

La responsabilitat professional dels arxiviers: àmbits legals d'incidència

Joan Guasch i Marimon

Lletrat de la Diputació de Barcelona

I. Introducció

L'objecte d'aquesta ponència introductòria és la presentació de síntesi del marc jurídic de la responsabilitat que implica l'exercici professional de l'arxivística a Catalunya, desgranant en els diversos àmbits materials quina regulació legal tindrà una incidència més forta en la modalització d'aquesta disciplina i tenint en compte que alguns dels susdits àmbits seran desenvolupats en profunditat en ponències posteriors d'aquesta mateixa Jornada per part d'especialistes en les matèries respectives.

Genèricament, es pot presentar la responsabilitat professional com a test d'adequació (i, per tant, manifestació de correcció o normalitat, o bé d'anormalitat) del fer habitual del professional en el desplegament quotidià del seu ofici en relació amb el conjunt de regles, normes tècniques, costums i pautes ètiques o deontològiques que conformen la "*lex artis*" o els bons usos de la professió les finalitats de la qual es volen protegir. Seguint el fil d'aquesta conceptualització, tot exercici d'elucidació de responsabilitat jurídica professional exigeix una acurada delimitació objectiva i subjectiva dels elements en causa: quins arxiviers? quina documentació, béns i valors a protegir?

L'objecte de la protecció en la professió arxivística, allò que en teoria jurídica hom s'anomena el bé jurídic protegit, tindrà aquí un caràcter polièdric, induït per la pluralitat de valors a preservar: hi ha uns béns materials (suports documentals de qualsevol tipus i les corresponents instal·lacions on s'encabeixen aquells) i uns béns espirituals o immaterials embolcallats en els primers (la integritat, la conservació i l'accessibilitat de la informació en pro de l'eficiència administrativa i de la transparència democràtica, la memòria històrica, la privacitat, l'honor i la pròpia imatge de les persones, els drets d'autoria o de la propietat intel·lectual dels productors dels documents, l'accés universal a la cultura, etc.). Abstraient-ne denominadors comuns essencials, es podria sintetitzar dient que es protegeix el patrimoni documental com a continent de la capacitat de funcionament eficient de l'Administració al servei de la ciu-

tadania i de transmissió de la memòria col·lectiva en una societat que es vol democràtica, avançada i lliure.

Aquesta diversitat de valors i d'interessos que conflueixen o són afectats per l'activitat arxivística tindrà com a traducció forçosa una concurrència de règims legals de responsabilitat sobre aquesta en funció de la matèria, alguns dels quals, a més, presenten àmbits, instàncies i nivells o intensitats diferents de protecció en funció del grau relatiu de la lesió que es pugui produir a aquells valors. Endemés, aquests àmbits presenten a voltes una profunda interrelació. És així com, al marge dels nivells més específics de regulació del sector professional específic (el legal i el deontològic), es pot donar una dualitat de tutela administrativopenal (p. e., en la protecció de la privacitat de les persones i de llurs dades personals), o bé civil-penal (p. e., en la protecció dels drets d'autoria de la propietat intel·lectual) o bé estatutariopenal (règim disciplinari de la funció pública reforçat per la tutela penal específica de la custòdia de documents). En els casos de dualitat exposats, l'opció a la via penal serà el darrer recurs, d'acord amb la naturalesa d'intervenció mínima que caracteritza aquesta jurisdicció davant dels comportaments considerats socialment com a més intolerables. La pluralitat ressenyada porta a parlar, no d'"una" responsabilitat, sinó més aviat d'un sistema de responsabilitat heterogeni de la professió arxivística, els elements i els àmbits de la qual s'exposen a continuació.

Quant a l'element subjectiu de la responsabilitat, cal considerar que es pot partir adés d'una concepció pública de servei, adés d'una altra de mercantilista, però des de qualsevulla d'ambdues perspectives, i sia en estat pur o mixt, ens trobem en tot cas en un àmbit professional al qual concorren també una pluralitat de subjectes o agents actius, representants d'interessos diversos, que no és estàtica, sinó que augmenta pel caràcter progressivament més tecnificat que caracteritza la disciplina: al voltant del triangle conformat pels gestors documentals (tècnics professionals i auxiliars), els autors, particulars o corporatius públics, de les obres protegibles incorporades en els documents, i de llurs respectives agrupacions associatives de caire corporatiu, i els usuaris particulars o corporatius dels serveis d'arxiu, hi ha no sols la intervenció decisòria dels subjectes responsables de l'ordenació de la professió (l'autoritat reguladora del Parlament de Catalunya i del Govern de la Generalitat) i els directius dels òrgans executius i assessors de les Administracions públiques competents, sinó també els actors eventuais en el mercat del patrimoni documental¹ (col·leccionistes privats, cases de subhastes, historiadors, institucions privades amb vocació de servei a la cultura del país, etc.) i, en els darrers anys, s'ha imposat el caràcter imprescindible dels administradors de sistemes informàtics i dels restauradors de documentació.

Baixant d'aquesta panoràmica global, necessària per tal d'establir, quan escaigui, la concurrència ponderada de responsabilitats eventuais,

i centrant-nos ja pròpiament en el que s'ha conceputat com a gestors documentals, la correcta delimitació d'aquest element subjectiu és un requisit *sine qua non* per a un funcionament òptim del sistema de responsabilitat i pressuposa, en tot cas i com a mínim, entre d'altres premisses que atenen la condició professional dels arxiviers:

- a) En un primer nivell, una definició clara de les funcions dels responsables dels arxius i l'aclariment de la seva adscripció i dependència², amb una delimitació i una articulació clara respecte als nivells superiors de responsabilitat decisòria administrativa i política, una avaluació progressivament actualitzada dels perfils professionals i els llocs de treball i una correcta assignació de recursos materials suficients per a l'acompliment de les funcions corresponents.
- b) En un segon nivell, una absència de desviació o de confusionisme a nivell polític local de l'adscripció dels arxius i del rol socioprofessional de llurs responsables, tendent a garantir un equilibri en la dedicació d'aquests a llurs múltiples funcions³.

II. La premissa deontològica

El primer punt de referència obligat en la recerca dels paràmetres que han de determinar l'adequació a la "*lex artis*" és, com ja s'ha avançat, el text de regulació deontològica de què es dota la professió. En aquest sentit, a la gènesi del Codi de l'AAC no sols hi van confluïr motius d'oportunitat, en capitalitzar el procés d'elaboració del codi internacional al si de la CIA/SPA⁴ endegat al Congrés de Montreal de 1992 i en compenjar la manca d'un col·legi professional que servís d'aglutinador professional de recolzament reforçat de les actuacions particulars dels membres de l'AAC, sinó, sobretot, la doble constatació a nivell intern⁵, d'una banda, de la insuficiència d'una reglamentació de la Funció pública local i estatal que és massa generalista per poder comprendre pautes de conducta dels funcionaris de les escales especials i, de l'altra, del sentiment de confusió i àdhuc d'indefensió en què pot restar l'arxiver com a únic responsable de la seva actuació enfront de les sovintejades contradiccions en què incorren les normes legals vigents que, perseguint interessos diversos i a voltes no fàcilment conciliables, incideixen en el seu àmbit d'actuació.

De les dues grans opcions de configuració dels codis professionals (entre un codi deontològic pur amb valors i principis professionals i un codi de pràctica amb solucions detallades per a cada tipus de situacions), el Codi AAC segueix predominantment la primera, enunciant els principis ètics de la disciplina arxivística i els deures professionals que se'n deriven en cinc grans apartats (envers la societat, la pròpia profes-

sió, els fons i els documents, els usuaris, i els arxivistes i altres professionals): els seus continguts en pro de la dignitat, la finalitat social i el bon exercici de la disciplina operen un rol d'autoregulació professional o directori corporatiu concentrat de prescripcions pròpies que es podran retrobar disseminades en àmbits diferents de l'ordenament jurídic en forma de normes legals o reglamentàries amb força coercitiva. Complementàriament, el Codi AAC conté elements de codi de pràctica, el principal dels quals hi figura per via de remissió a les normes tècniques pròpies de la praxi professional (apartat 2.2), que es configuren, així, com l'altre paràmetre de referència important de responsabilitat, tant des d'aquest àmbit com des de la remissió que també hi faran constantment les normes legals, que per naturalesa no poden descendir al seu nivell de complexitat tècnica i detallisme.

Respecte a la garantia de l'aplicació del Codi AAC, aquest, en atenció a la finalitat predominant de servei públic de la professió, no conté un règim disciplinari més enllà d'encomanar genèricament a l'AAC que vetlli per aquesta aplicació (Disposició Addicional) i de la remissió a una proposta de regulació per a la resolució de possibles conflictes "d'acord amb l'article 11 dels seus Estatuts". Aquest precepte preveu la pèrdua de la condició de soci per "*causa greu d'indignitat*", que ha de ser acordada per dos terços de la Junta Directiva i pot ser recorreguda per l'interessat davant l'Assemblea General, recurs que, al seu torn, haurà de ser resolt per majoria absoluta dels socis presents (article 13). L'experiència comparada a nivell internacional⁶ demostra que l'opció per l'omissió de continguts disciplinaris en l'autoregulació deontològica té relació no tant amb la manca d'una organització per tractar amb els arxivistes que la infringeixin, sinó, sobretot, amb la creença en vies alternatives de resolució i prevenció dels conflictes (com ara processos més acurats de definició professional, de certificació de la formació, de registre, etc.), i en la concepció del codi no com un *watchdog* últim d'arribada sinó de partida, com un instrument o guia d'ajut en la presa de decisions. En tot cas, es veurà compensada, en el nivell legal sectorial propi, pel règim sancionador de la L 10/2001, LAD, especialment dur en atenció al caràcter sovint únic de la documentació protegida.

III. La responsabilitat sectorial derivada de la regulació legal específica de la professió

El règim específic de responsabilitat professional de les persones que es dediquen a l'activitat arxivística a Catalunya ve establert per la Llei 10/2001, de 13 de juliol, d'arxius i documents (LAD), i les normatives de rang reglamentari que l'han de desenvolupar. D'aquest bloc, se n'han de remarcar les tres grans notes definitòries següents:

1a) Una enumeració precisa de responsabilitats adreçades a "*les administracions i les entitats titulars*" dels documents públics, amb una extensió difosa per la via del règim sancionador del Títol V al personal adscrit al servei i la direcció dels arxius, així com, específicament, dels òrgans encarregats de custodiar-los, i també dels titulars de documentació privada:

A) Responsabilitats de les administracions i les entitats titulars de documents públics (art. 7-9 i Títol V):

- a) Disposició d'un únic sistema de gestió documental, que abasti el cicle de vida del document (producció, tramitació, control, avaluació, conservació i accés) i en garanteixi el tractament administratiu correcte en fases activa i semiactiva, a l'ensems que la seva autenticitat, la integritat de continguts, la conservació i, si escau, la confidencialitat, tot això sens perjudici de les tècniques o suports emprats. Implica necessàriament la reserva de la definició del sistema de gestió documental i la direcció i la supervisió de l'activitat en cas que les Administracions o les entitats titulars externalitzin, mitjançant contractació administrativa amb empreses privades, tasques relatives a les funcions d'organització, avaluació, conservació i accés (art. 7.1 i 2, i 8).
- b) Possibilitació de l'accés, i lliurament de còpia o certificació a qui hi tingui dret, sens perjudici de garantir el dret a la intimitat personal i la reserva de les dades protegides per la llei (art. 7.4).
- c) Transferència a l'arxiu corresponent, un cop acabada la fase activa (art. 7.3).
- d) Aplicació de la normativa d'avaluació i tria, un cop concloses les fases activa i semiactiva (art. 9).
- e) Destinació dels recursos necessaris per aconseguir el tractament en el grau i el nivell requerits per al compliment de les finalitats de la llei (art. 7.5).

El corollari n'és la no-comissió de les conductes tipificades particularment com a infraccions en el règim sancionador previst al títol V, tipificació que se serveix de la tècnica jurídica de remissió a l'articulat on es regulen els anteriors ítems: tret que s'ha de destacar perquè, més enllà de l'atribució per aquesta via a les persones jurídiques que tenen la responsabilitat directa d'aquestes obligacions (és a dir, bàsicament, una responsabilitat institucional), no es produeix una previsió d'articulació clara amb l'eventual responsabilitat individual, complementària i/o compartida o no, dels agents particulars, interns o externs a l'organització, que intervenen forçosament en el procés documentari i arxivístic. Més enllà de les previsions, expressa i implícita, del següent apartat en relació amb el personal al servei dels arxius, cal entendre aplicable subsidiàriament a aquest àmbit, per autointegració normativa, la previsió de responsabilització plural oberta en funció de les circumstàncies contin-

guda a l'art. 72 de la Llei 9/1993, de 30 de setembre, del Patrimoni cultural català (LPCC).

- B) Responsabilitats del personal al servei de l'Administració pública adscrit a arxius integrants del Sistema d'Arxius de Catalunya (SAC) (art. 22.2 i Títol V):
- a) Manteniment de la confidencialitat en relació amb les dades excloses de consulta pública de què tinguin coneixement per raó de les seves comeses (art. 22.2).
 - b) No-comissió individual de les conductes tipificades com a infraccions en el règim sancionador previst al Títol V.
- C) Responsabilitats dels titulars de documentació privada que formi part del patrimoni documental català (art. 13 i Títol V):
- a) Ordenació i inventari, i lliurament de còpia d'aquest al Departament de Cultura.
 - b) Conservació íntegra i no desmembració dels fons sense autorització prèvia del Departament de Cultura.
 - c) Permissió de l'accés a les persones que acreditin documentalment la condició d'investigadores.
 - d) Comunicació prèvia al Departament de Cultura de qualsevol canvi en la titularitat o la possessió.
 - e) No eliminació sense autorització prèvia de la CNAATD, llevat d'excepcions procedimentals reglamentades.
 - f) El compliment de les obligacions establertes a la LPCC: ultra la reiteració dels deures de conservació i de facilitar la informació requerida per l'Administració, cal consignar especialment l'obligació de notificació prèvia al Departament de Cultura de les subhastes que afectin els béns del patrimoni documental als efectes de l'exercici dels drets d'adquisició preferent (tempteig i retracte) per part de la Generalitat (art. 22) i la remissió a la legislació estatal i comunitària pel que fa a l'exportació o l'expedició d'aquests béns (art. 24).

El corollari n'és la no-comissió de les conductes particularment tipificades com a infraccions pròpies d'aquest col·lectiu en els respectius règims sancionadors regulats als títols V LAD i IV LPCC. Addicionalment, l'ingrés temporal en un arxiu públic pot passar de ser una opció, en principi voluntària, de "dipòsit" a convertir-se en mesura forçosa per acord del Departament de Cultura en cas d'incompliment de les obligacions esmentades (art. 14).

- 2a) Un règim sancionador propi que es vol i predica de màxims (art. 38 a 41), tot i que presenta una certa descompensació entre la duresa singular del catàleg de sancions econòmiques elevades que s'hi corresponen (multa de fins a 3.000 € per a les faltes lleus, fins a

60.000 € per a les greus i fins a 300.000 € per a les molt greus) i amb la del sistema de prescripció de les faltes (un any per a les lleus, cinc per a les greus i set per a les molt greus), en relació amb els trets d'indeterminació jurídica del catàleg d'infraccions que tipifica. Mereix un esment en aquest sentit l'ús dels marges de discrecionalitat que es deixen a l'actuació inspectora en relació amb certs conceptes i en relació amb els llindars econòmics de valoració dels béns:

- A) El recurs que el legislador ha fet als conceptes jurídics indeterminats en la tipificació de les infraccions pot arribar a ser més censurable si aquesta tècnica s'usa com a clau de volta en el salt de l'esglaó entre tipus diferents d'infraccions. Així, veiem com el grau relatiu d'immediatesa del perill que per a la integritat dels documents suposi el sistema de gestió documental que s'hagi definit podrà donar lloc a una falta greu, si aquell perill no és immediat (art. 38.3.a) o bé molt greu en el cas que sí que ho fos (38.4.a); no cal insistir sobre el fet que, més enllà de la guia que suposen les normes tècniques i deontològiques que integren la "*lex artis*" de la disciplina, el professional afectat es veurà confrontat a situacions, i a l'adopció de decisions, de gestió en què pot legítimament interrogar-se on és el punt crític fronterer d'immediatesa que determina, o, més ben dit, que pot determinar, el pas a un tipus o altre de falta.
- B) La superació o no de determinats llindars quantitius en la valoració que es faci dels documents pot suposar el pas d'una categoria a l'altra d'infracció: superior a 20.000 € o no perquè l'incompliment de l'obligació de conservació íntegra i no-desmembració de fons privats suposi una falta greu o lleu (art. 38.2.c i 38.3.b), o bé a 60.000 € perquè la destrucció que no segueixi la normativa i el procediment reglamentaris ni sigui autoritzada prèviament per la CNAATD sigui falta molt greu o greu (art. 38.3.c i 38.4.b).

La competència per a la fixació dels valors documentals a aquests efectes s'atribueix a la Junta de Qualificació, Valoració i Exportació de Béns del Patrimoni Cultural de Catalunya (art. 38.5), d'acord amb la configuració d'aquest òrgan, la regulació del qual pel Decret 175/1999 ja li confereix funcions de taxació de béns culturals mobles i integra dins la seva estructura una Comissió de Valoració. Nogensmenys, cal constatar que el caràcter sovint únic dels fons en custòdia, reforçat i consagrat legalment quan l'art. 12 LAD atribueix als documents públics les notes típicament demaniales d'inalienabilitat, inembargabilitat i imprescriptibilitat, dificulta considerablement una tasca de valoració en relació amb la qual la legislació no és particularment generosa en l'atorgament de criteris⁷. Alguns indicis importants al respecte, tot i el seu caràcter indirec-

te, s'hauran d'anar a cercar en la política d'assegurança del Departament de Cultura respecte als paràmetres globals en relació amb les instal·lacions i els fons gestionats, o en el muntant de les pòlisses contractades per cobrir els riscos derivats del trasllat i el transport arran de cessions temporals per a exposicions, o en el caràcter de la conservació prescrita a les taules d'avaluació documental de la CNAATD. Més directament, s'ha d'acudir als factors de mercat⁸, el coneixement dels quals serà de tota manera important per als arxivers amb responsabilitats de direcció per tal de poder valorar adequadament el patrimoni de la institució titular del seu centre.

3a) Un disseny institucional que atorga al Departament de Cultura un rol central en la implementació del sistema de responsabilitat, mitjançant, d'una part, l'atribució de la coordinació del SAC, de l'elaboració de la seva normativa i de la direcció funcional i coordinació dels arxius centrals administratius dels Departaments de la Generalitat (art. 17.1.a i c, i 28) i, de l'altra, l'exercici de la competència d'inspecció dels arxius (art. 17.1.f i 2). Una articulació clara i actualitzada de la funció inspectora que encaixi bé en les característiques d'aquest disseny és una altra de les premisses de garantia última d'un correcte funcionament del sistema de responsabilitat. La LAD obria una expectativa, encara no acomplerta, en relació amb la modificació de la seva regulació (art. 17.2.e): en l'atribució de la competència residual de la Inspecció (art. 17.2.c), s'hi pot interpretar no tant un mandat de desplegament reglamentari adreçat a l'Executiu com un recordatori de les possibilitats obertes que aquest desenvolupament podria suposar més enllà del marc de l'encara vigent regulació del Decret 61/1982.

IV. La responsabilitat derivada de la relació estatutària de servei

Des de l'òptica de la relació jurídica de servei amb l'entitat o la institució per compte de la qual s'exerceixen professionalment les funcions pròpies de la disciplina arxivística, l'adscripció majoritària al sector públic per part dels fons documentals i els arxius en el marc del patrimoni documental català remet a considerar en primer terme el règim estatutari de la Funció pública propi de cada Administració titular d'arxius i, en el seu àmbit de regulació, la correlació entre els corresponents capítols de deures i obligacions i els de règim disciplinari. Com ja s'ha observat amb anterioritat, un dels factors a l'arrel del procés cap a l'elaboració del Codi deontològic de l'AAC va ser, precisament, el caràcter forçosament generalista del contingut de les bases jurídiques d'aquest règim disciplinari, que no deixa gaire marge a la consideració de les

peculiaritats pròpies dels cossos d'Administració especial. Aquestes bases són:

- a) En l'àmbit de la Generalitat de Catalunya: els art. 108-121 del Decret Legislatiu 1/1997, de 31 d'octubre, pel qual s'aprova la refosa en un Text Únic dels preceptes de determinats textos legals vigents a Catalunya en matèria de funció pública (TU), i el Decret 243/1995, de 27 de juny, pel qual s'aprova el Reglament de règim disciplinari de la funció pública de l'Administració de la Generalitat de Catalunya.
- b) En l'àmbit de l'Administració General de l'Estat: l'art. 31 de la Llei 30/1984, de 2 d'agost, de Mesures per a la Reforma de la Funció Pública (MRFP), i el Reial Decret 33/1986, de 10 de gener, pel qual s'aprova el Reglament de règim disciplinari dels funcionaris de l'Administració de l'Estat.

Ultra la responsabilitat genèrica dels funcionaris per la bona gestió dels servei encomanats, que no exclou la que pugui correspondre a llurs superiors jeràrquics (art. 109 TU), en aquest àmbit interessa ressaltar l'acció de regrés que tenen totes les Administracions públiques contra llurs funcionaris o agents que, per falta greu o negligència inexcusable, hagin ocasionat danys i perjudicis a la pròpia Administració o a tercers si aquests han de ser indemnitzats per aquella mitjançant el mecanisme de l'exigència de la responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques regulat en capçalera a l'art. 106.2 de la Constitució i al títol X (art. 139-145) de la Llei 30/1992, del Règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC): els pressupòsits d'aquesta, en la causació de danys o perjudicis a particulars, són aplicables a hipòtesis tals com la pèrdua o la desaparició de documents necessaris (vg., l'expedient propi) per tal d'obtenir algun ajut o assistència d'altres instàncies del sector públic, danys que es poden exacerbar de manera directa quan l'expedient extraviat, per seguir amb el mateix exemple, és de naturalesa clínica. A tall de mer recordatori, els esmentats pressupòsits es centren en la producció d'una lesió rescabable que ha de ser: a) patrimonial; b) efectiva; c) avaluable econòmicament; d) antijurídica; e) causada pel funcionament normal o anormal del servei públic (considerant aquest en sentit ample, i es consagra així la responsabilitat objectiva de l'Administració); i f) imputable a l'Administració mitjançant l'establiment d'una relació de causalitat provada, tret essencial que exclou els factors de força major (caracteritzats per les notes d'imprevisibilitat, i, en tot cas, d'inevitabilitat) i admet factors de modulació en relació amb la culpa exclusiva o concurrent del mateix perjudicat o de tercers.

La susdita acció de regrés de l'Administració contra els seus funcionaris quan, a partir de l'establiment dels anteriors pressupòsits, hagués

indemnitzat els lesionats (o directament, en cas de danys a béns o drets propis) si aquells haguessin contribuït amb dol, culpa o negligència greu a la producció dels danys es regula als art. 145 LRJPAC, 110 TU i, en sentit equivalent, l'art. 87 de la Llei 13/1989, de 14 de desembre, d'organització, procediment i règim jurídic de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, i el caràcter potestatiu d'aquesta acció que recollien les esmentades bases jurídiques s'ha d'entendre transformat en una acció reglada d'ofici des de la modificació de l'art. 145 LRJPAC per la Llei 4/1999, extensible a totes les Administracions atès el caràcter bàsic del precepte modificat. En conseqüència, en concurrència de dol, culpa o negligència greu en la conducta del funcionari causant del dany, l'Administració restarà obligada a instruir el procediment disciplinari corresponent regulat en les bases citades anteriorment.

S'ha de recordar, en darrer terme, una altra via "externa" per la qual es pot produir la incoació de l'expedient disciplinari del funcionari: quan ho recomani una resolució sancionadora de la Direcció de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades arran de la infracció a la normativa de la LOPD en el marc de la gestió de fitxers de titularitat pública.

V. La responsabilitat civil contractual i extracontractual: entre l'aplicació i l'aplicabilitat

L'existència d'una relació obligatòria prèvia mitjançant contracte o conveni amb un tercer (es podria considerar, per exemple, en contractes de comodat per a la cessió temporal de fons arxivístics o en contractes d'assegurança per al cobriment dels riscos de les instal·lacions d'arxius o els que són inherents a trasllats dels fons) a qui es perjudica amb un incompliment de les obligacions establertes per dol, negligència o morositat dona lloc a la responsabilitat civil contractual per infracció del principi *pacta sunt servanda* i suposa l'obligació de rescabament o reparació del perjudici causat, per al qual s'haurà d'estar als termes que hi són estipulats i la normativa continguda als art. 1.101 i s. del Codi Civil (CC): en termes generals, opció del perjudicat a escollir entre exigir el compliment de l'obligació incomplerta o la resolució d'aquesta, amb el rescabament de danys i l'abonament d'interessos en ambdós casos; pot demanar també la resolució, àdhuc després d'haver optat pel compliment, si aquest resultés impossible. Amb independència de la qüestió operativa de la valoració del dany causat als efectes de rescabament, aquesta darrera hipòtesi de satisfacció seria la més probable en cas de pèrdua o destrucció de determinats fons cedits entre arxius privats. Si la cessió, en aquesta hipòtesi, hagués estat d'arxiu privat a públic en aplicació de l'opció voluntària prevista als art. 13.c i 14 LAD, operaria el mecanisme de la responsabilitat patrimonial de l'Administració pública (art. 144 LRJPAC).

Nogensmenys, i a diferència de col·lectius professionals liberals la responsabilitat dels quals s'origina quasi exclusivament en la seva relació contractual típica d'arrendament de serveis per les seves actuacions (metges, arquitectes, advocats), l'exercici de les funcions i les prestacions típiques dels professionals de l'arxivística s'emmarca bàsicament en una relació al servei d'una determinada entitat pública o privada i amb una alta component finalista de servei públic: entre les persones o les entitats que eventualment poguessin resultar perjudicades amb un dany causat per culpa o negligència en l'exercici o arran de les dites funcions arxivístiques i l'autor no existeix una relació contractual prèvia, de la qual cosa es deriva que la responsabilitat contreta es canalitzaria, en principi, per la via de l'extracontractual o aquiliana, regulada als art. 1.902 i s. CC.

Aquest tipus de responsabilitat extracontractual sols hauria d'operar en principi en relació amb l'actuació de professionals prestant els seus serveis en arxius o institucions privades i no amb els dels públics, les reclamacions contra els quals per danys s'haurien d'adreçar per la via, ja examinada, del procediment de la responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques enfront dels particulars (art. 139 i s. LRJPAC), que és aplicable àdhuc quan aquelles actuen en relacions de dret privat (art. 144 LRJPAC). Ara bé, l'interès que la regulació de la responsabilitat extracontractual en els art. 1.902 i s. CC pot revestir per a les entitats públiques titulars d'arxius i el personal directiu i auxiliar d'aquests és doble:

- a) D'una banda, la jurisprudència del Tribunal Suprem ha aplicat aquest règim a les Administracions públiques quan la demanda s'adreça també, conjuntament amb elles, a una persona jurídica privada (SSTS de 8.02.97 i de 26.02.00), en virtut del principi processal de *vis atractiva* de la jurisdicció civil per tal d'evitar el "pelegrinatge judicial" del perjudicat que, fent ús de l'acció directa que li confereix l'art. 76 de la Llei 50/1980, del Contracte d'Assegurança, accionava conjuntament contra l'Administració i contra la seva asseguradora. Aquesta tendència, però, sembla invertir-se definitivament amb la modificació de la Llei Orgànica del Poder Judicial (art. 9.4) i de la de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa (art. 21.1.c) per la LO 19/2003: a partir d'ara les asseguradores de les Administracions públiques sempre seran automàticament part codemandada juntament amb l'Administració a la qual assegurin, i en coneixerà la Jurisdicció Contenciosa.
- b) De l'altra, és un règim de responsabilitat subjectiva o per culpa que cobreix una funció de regla de dret comú que és aplicable, per tant, a:
 - Els supòsits de dany extracontractual de difícil adscripció en un règim especial, i els mancats de tota regulació.
 - A tall complementari, pot actuar com a règim subsidiari dels especials de responsabilitat tant subjectiva –actuant com a suple-

tori en allò no regulat en ells– com objectiva, mitjançant l'aplicació d'expedients jurisprudencials atenuadors de la responsabilitat, com ara la concurrència o la compensació de culpes⁹. Serà, doncs, per aquesta tercera via subsidiària de supletorietat com el règim de l'art. 1.902 i s. CC i, particularment, els seus desenvolupaments jurisprudencials poden actuar com un element d'autointegració de les eventuais llacunes en l'elucidació i la delimitació de responsabilitats individuals del règim especial establert a la LAD. Se'n presenten, doncs, les notes essencials a continuació.

Els pressupòsits perquè pugui prosperar una acció basada en l'art. 1.902 CC (*"El que per acció o omisió causa dany a altri, intervenint culpa o negligència, està obligat a reparar el dany causat"*) són cinc:

- a) La producció d'un dany: Hi cap qualsevol menyscabament d'un bé patrimonial (vg., la pèrdua negligent o substracció dolosa d'un fons de propietat aliena en dipòsit legal ex art. 14.3 LAD) o bé personal o moral (vg., lesió a la intimitat o a l'honor d'una persona per la difusió indeguda de documents sotmesos a un període d'exclusió de consulta), però en tot cas han de ser danys certs i no hipotètics o eventuais.
- b) Una acció o omisió humana: En el cas de les persones jurídiques titulars d'arxius o en possessió de documentació, aquestes respondran pels perjudicis causats per les persones físiques que integren els seus òrgans de direcció quan actuïn en aquest concepte.
- c) Una relació de causalitat entre els dos anteriors: Quan concorrin diverses persones i cap de les respectives accions elimina la causalitat de les altres s'aplica la concurrència de culpes. Les omissions es consideraran causalment rellevants quan es produeixin en el marc d'una activitat general positiva de fer.
- d) Il·licitud o antijuridicitat, i culpabilitat, de l'actuació danyosa: Cal una absència total de causes de justificació per a la vulneració del dret o l'interès protegit (ho podrien ser el consentiment del perjudicat, l'exercici legítim d'un dret o compliment d'un deure, i legítima defensa), i la culpa o la negligència neix de la manca d'adopció de les mesures de seguretat i cura que s'haguessin emprat per una persona ideal diligent (el referent del "bon pare de família") en previsió d'un eventual perjudici a tercers.
- e) Acció de reclamació: prescriu en un any a comptar des de la presa de coneixement del dany per part de l'afectat.

Sota la premissa que l'obligació que imposa l'article 1.902 és exigible no sols per als actes o les omissions propis, sinó per als de les persones de les quals s'hagi de respondre, l'art. 1.903 estableix que *"ho són igualment [responsables dels danys] els caps o directors d'un establiment o empresa respecte dels perjudicis causats per llurs dependents en el ser-*

vei dels rams en els quals estiguessin ocupats, o arran de llurs funcions" i, com a corol·lari, l'art. 1.904 tanca el sistema amb el mateix tipus d'acció de regrés que ja s'havia vist en seu de responsabilitat patrimonial de l'Administració: "*El qui paga el dany causat pels seus dependents pot repetir d'aquests el que hagués satisfet*". Els elements a considerar aquí¹⁰ són:

- a) Aquesta relació entre l'"empresari" i el "dependent" s'ha interpretat de forma àmplia per la jurisprudència: pel que fa al primer, s'ha aplicat des de a directors de centre, sucursal, delegació o establiment fins als titulars de l'explotació econòmica en sentit ampli (incloent, com ja s'ha dit, Administracions públiques); quant al segon, cal que la seva actuació culposa ho sigui en l'àmbit o arran de les funcions encomanades en el marc d'una activitat per compte o en interès d'aquell i sota la seva potestat d'organització i direcció o ordres, amb independència que el vincle sigui jurídicolaboral, civil o d'una altra classe.
- b) L'"empresari" sols podrà exonerar-se de la responsabilitat si el dany produït pel "dependent" es causa amb independència i totalment al marge de les tasques encomanades sense que sigui suficient una mera indisciplina lleu quant als temps i les formes de compliment d'allò que se li encomana.
- c) Quant a l'acció de regrés de l'art. 1.904, que prescriu als quinze anys en no ser pròpiament una acció de responsabilitat i, per tant, s'aplica el termini general de les accions civils de l'art. 1.964, per exercitar-la n'hi ha prou amb acreditar una negligència lleu per part del "dependent". La seva quantia es limitarà a la part del dany rescabalable que sigui imputable a la culpa d'aquest darrer i no a la seva totalitat quan s'hagin d'aplicar les regles de ponderació derivades de la concurrència de culpes.

VI. La tutela penal de la custòdia de la documentació

L'interès en la delimitació objectiva prèvia a l'entorn del concepte penal de document rau en la transcendència directa o indirecta, i activa o passiva, que l'element documental té en la majoria de tipus delictius, i que va induir la Llei Orgànica 10/1995, del Codi Penal (CP), a introduir una definició operativa de document prou àmplia com per reconèixer a aquest text legal el mèrit de ser un dels primers que comprenia implícitament en el seu àmbit el fenomen de les noves tecnologies de la informació i les telecomunicacions: "*es considera document tot suport material que expressi o incorpori dades, fets o narracions amb eficàcia probatòria o qualsevol altre tipus de rellevància jurídica*" (art. 26). La juris-

prudència l'ha perfilat amb les notes següents (SSTS 11.04.02, RJ 4951 i 11.07.02, RJ 7653): ha de constar en un suport indeleble, de procedència humana amb autoria determinada o determinable, amb un contingut declaratiu comprensible d'acord amb els usos socials i que tingui entrada en el tràfic jurídic amb la finalitat de tenir una certa eficàcia probatòria o de tenir algun tipus de rellevància jurídica¹¹.

Actualitzant una classificació doctrinal clàssica dels delictes documentaris¹², s'han de posar de relleu dos grans blocs: els de falsificació i falsedats en relació amb missatges documentats (art. 390-399) i els d'infracció del deure de conserva dels documents, el qual, al seu torn, es pot subdividir en tres subgrups, separats en llocs distints del CP: de danys (art. 263-267), de custòdia genèrica (art. 413-418) i de custòdia específica dels secrets de particulars, els quals poden ser relatius a la privacitat (art. 197-201) o empresarials (art. 278-280). S'analitzen aquests dos darrers subgrups, per l'especial connexió de la vinculació que presenten amb l'exercici de la professió arxivística.

1. Els tipus genèrics en relació amb la custòdia

Els tipus objectius de responsabilitat penal en relació amb l'obligació de custòdia documental genèrica per part d'autoritats i funcionaris públics, per raó del seu càrrec, es regulen en el marc del Títol XIX, de delictes "*contra l'Administració pública*", i en el seu capítol IV, "*De la infidelitat en la custòdia de documents i de la violació de secrets*", i són quatre:

- 1r) Substracció, destrucció, inutilització o ocultació, total o parcial, per part d'autoritat o funcionari públic i amb coneixement de causa, de documents la custòdia dels quals li estigui encomanada per raó del càrrec (art. 413).

La desaparició de documents tipificada¹³ requereix dol (coneixement de causa i voluntat, de forma que no cap la comissió per imprudència) i que el subjecte actiu tingui la custòdia funcional del document: se li ha d'haver encarregat formalment amb caràcter previ el tràmit, el despatx o l'arxiu dels documents dipositats a les dependències afectades. En canvi, contràriament a la seva configuració en el CP anterior, no exigeix que n'hagi resultat dany per a tercers o per a la causa pública, configurant-se així com un delictes de risc i no de resultat. En conseqüència, l'aplicació d'aquest tipus no requereix que l'autor hagi perseguit medialment la comissió d'un altre il·lícit, però la "substracció" perseguida s'ha de relacionar, als efectes de la present exposició i en aquest punt, amb l'il·lícit de contraban de documentació, regulat a l'art. 2.e de la Llei Orgànica 12/1995, de Repressió del Contraban, amb la referència a la "*substracció del territori espanyol de béns que*

integren el Patrimoni Històric Espanyol sense l'autorització de l'Administració de l'Estat quan aquesta sigui necessària": s'hi ha d'entendre compresa l'exportació i l'expedició de béns integrants del patrimoni cultural català per la remissió indirecta que hi fa l'art. 24 LPCC. Es delimita el caràcter administratiu o penal de la infracció pel criteri quantitatiu del valor del document afectat, en funció de si és inferior o no, respectivament, a 18.000 €.

Respecte a les altres conductes, s'ha aplicat a la destrucció de denúncies per part de policies (STS 18.01.01) i a l'ocultació d'edictes per part d'Alcalde i regidors per tal d'impedir que acomplissin les seves finalitats (STS 24.06.99).

2n) Destrucció o inutilització, per part d'autoritat o funcionari públic i amb coneixement de causa, dels mitjans posats per impedir l'accés a documents que es tenen en custòdia per raó del càrrec quan aquest accés hagués estat restringit per l'autoritat competent (art. 414.1).

No requereix que, com a conseqüència de la destrucció o la inutilització dels mitjans de protecció, es produeixi l'apoderament, la destrucció o la inutilització dels documents, n'hi ha prou amb aquella.

3r) Accés, o permetre'l a tercers, per part d'autoritat o funcionari públic, a documents secrets la custòdia dels quals estigui confiada per raó del càrrec, sense autorització (art. 415).

4t) Revelació de secrets o informacions dels quals es tingui coneixement per raó de l'ofici o el càrrec i que no hagin de ser divulgats (art. 417), que presenta dos tipus agreujats en funció de si en resulta un dany greu per a la causa pública o per a tercers, o bé de si es tracta de secrets d'un particular.

L'element objectiu dels dos darrers tipus, el secret, no s'ha d'entendre referit sols al contingut de la Llei 9/1968, de Secrets Oficials, sinó en un sentit més ampli, des de la concepció formal del secret com a tècnica jurídica instrumental que pot estar al servei de múltiples interessos o béns jurídics. Al marge dels atenents a l'àmbit particular, que es tracten a l'epígraf següent, caldrà en general la qualificació expressa per part d'una norma jurídica (secret oficial, estadístic, sumarial, tributari i econòmic, sanitari, etc.)¹⁴.

Quant a l'abast subjectiu del darrer tipus, el Tribunal Suprem l'ha clarificat en el sentit de ser aplicable no sols a aquelles persones que tinguin poder de decisió, sinó també als que assessoren les primeres, amb una al·lusió explícita al secretari de l'Administració local, que "*està obligat a guardar la reserva del que conegui si el que coneix és secret*"¹⁵, i la qual s'ha d'entendre extensible als serveis d'assessorament jurídic de les unitats d'arxiu en els quals concorri aquesta circumstància.

Al marge d'aplicar-se a fets produïts en el marc de l'Administració de Justícia en relació amb el secret sumarial, el major nombre de casos s'enregistren a l'Administració General de l'Estat i a l'Administració Local: funcionari de Tresoreria de la Seguretat Social que revela a un grup de l'oposició municipal en el seu ajuntament informació d'empresa de la qual havia estat administrador l'alcalde del municipi (STS 14.05.98), agents dels cossos policials de seguretat que informen d'intervencions imminents prèviament a produir-se aquestes als qui n'han de ser objecte (STS 3.06.02), transmissió d'informació privilegiada en matèria urbanística amb infracció del principi d'igualtat (STS 18.01.94), etc. En tot cas, és interessant el posicionament del Tribunal Constitucional, el qual, després de refusar que l'exercici dels drets a la llibertat d'expressió i d'informació pugui justificar aquesta conducta, en les sentències 6/1988 de 21 de gener i 143/1991 d'1 de juliol ha apreciat en via d'empara l'eximent de compliment d'un deure quan es tracta de denunciar delictes o irregularitats, atès que el secret funcional ha de ser actual, efectiu i, sobretot, lícit¹⁶.

2. Els tipus específics derivats en funció d'interessos particulars concrets protegits per l'ordenament

Els tipus penals específics de tutela dels drets i els interessos dels particulars fan referència a la seva privacitat (A) i al secret empresarial (B).

- A) Respecte a la protecció de les dades personals, el tipus bàsic, en connexió amb la Llei Orgànica 15/1999, de Protecció de Dades Personals (LOPD), consisteix en l'apoderament, l'accés, l'ús o la modificació, en perjudici de tercer, de dades reservades personals o familiars d'altri que es trobin registrades en fitxers, suports electrònics, informàtics i telemàtics, o arxiu o registre públic o privat, sense autorització (art. 197.2): sols és perseguible prèvia denúncia de la persona agreujada, llevat del cas del funcionari públic que es preval del seu càrrec o quan el delicte afecti una pluralitat de persones o els interessos generals. Cumulativament, es preveu una escala de tipus agreujats progressius, en funció de si les dades afectades: a) es difonen, revelen o cedeixen a tercers; b) es revelen amb fins lucratiu; c) la revelació afecta les dades sensibles d'ideologia, religió, creences, salut, vida sexual i origen racial; d) la revelació es realitza pels responsables dels fitxers; i e) la revelació és feta per autoritat o funcionari públic fora dels casos permesos per la llei, sense concórrer causa legal per delicte i prevalent-se del seu càrrec.

Ha tingut aplicació en relació amb un cas d'apoderament de dades del Padró municipal (STS 11.07.01), que ha donat ocasió al

Tribunal Suprem per clarificar la interpretació de les dues expressions nuclears del tipus:

- "En perjudici de tercer": el precepte protegeix exclusivament la intimitat i, com que no contempla la lesió d'altres béns jurídics, la conducta es consuma amb el mer accés a les dades per qui no hi està autoritzat, sense necessitat que es produeixi un ulterior perjudici.
- "Dades reservades": totes les dades personals, un cop introduïdes en un fitxer automatitzat, són sensibles en el sentit de susceptibles de manipulació i, per tant, la LOPD no distingeix a l'hora de protegir-les i no n'hi ha de reservades i no reservades, i tampoc no és possible interpretar que les dades reservades són sols les més sensibles –ideologia, religió...– perquè aquestes darreres sols es contemplen en el tipus agreujat¹⁷.

B) Un ulterior tipus delictiu, en el marc dels delictes contra el patrimoni i contra l'ordre socioeconòmic, s'adreça a reprimir la difusió, la revelació o la cessió d'un secret d'empresa duta a terme per qui tingués legalment o contractualment obligació de guardar-ne reserva (art. 279). Es remet al tipus genèric de l'art. 199, sobre violació de secrets aliens dels quals es té coneixement per raó de l'ofici i que es divulguen amb incompliment de l'obligació professional de sigil o reserva sobre els mateixos.

Per a l'aplicació d'aquest tipus, que es pot donar preferentment en les derivacions administratives dels procediments de contractació i d'inscripció registral de certs tipus de propietats immaterials de caire industrial, cal que la informació reuneixi els requisits de ser reservada (no pública), que aquesta reserva confereixi a l'empresa un avantatge competitiu i que a l'enans concorri la voluntat del titular de guardar i de fer guardar el secret.

VII. La responsabilitat derivada de la protecció dels valors incorporats en la documentació

La concentració de valors inherents al caràcter relacional de la documentació pot representar a la perfecció no sols algunes manifestacions rellevants del mateix Estat social, democràtic i de dret, sinó també, sovint, una tensió entre drets i interessos en causa (dret d'accés com a símbol de la transparència administrativa *versus* dret fonamental a l'autodeterminació informativa o els drets d'exclusió de l'explotació econòmica de la propietat intel·lectual, llibertat d'expressió i d'informació *versus* drets a l'honor, la intimitat i la imatge de les persones, etc.) que s'hauran de ponderar adequadament cas per cas¹⁸.

Amb un caràcter que de no ser forçosament sintètic ultrapassaria la finalitat del present treball, atesa la complexitat de cadascun d'aquests àmbits materials, i prenent sols com a referència els més significatius (drets d'accés, de privacitat i d'autoria), se'n relacionen a continuació les bases jurídiques, els trets essencials i uns determinats aspectes operatius derivats de la seva regulació que presenten interès en relació amb l'exigència de responsabilitat.

1. La tensió entre els drets d'accés i el d'autodeterminació informativa

A) Règim d'accessibilitat

A partir de la previsió constitucional de l'art. 105.b sobre el dret d'accés dels ciutadans als arxius i els registres administratius, la seva regulació ve conformada a un doble nivell, general (1) i en funció dels règims especials establerts per raó de la matèria (2).

1) A nivell general, la legislació bàsica ve conformada pels art. 35.h i 37 LRJPAC, la qual és desplegada, a nivell autonòmic català, pel títol IV (art. 34 a 37) LAD.

1.a) El bloc de la normativa bàsica presenta, en síntesi, la conjunció d'un principi general d'accés respecte a documents d'arxius administratius i relatius a expedients de procediments closos, compensat per determinades limitacions taxades tendents a protegir drets i interessos públics, privats i formals en el funcionament de la pròpia Administració¹⁹ que es consideren preferents per l'ordenament jurídic. Cal, no gensmenys, coincidir amb la crítica arran del fet que l'extensió del catàleg de limitacions de l'art. 37 LRJPAC és de tal magnitud i s'ha aplicat amb un biaix tan corporativista tant per part de les instàncies administratives com judicials que s'ha convertit de fet en regla general el que havia de ser l'excepció, frustrant en aquest sentit les expectatives generades per l'art. 105.b de la Constitució en el sentit que havia de suposar un punt d'inflexió en la secular tradició secretista de l'Administració espanyola²⁰.

1.b) El règim de la LAD es caracteritza per:

- Una previsió institucional d'ampliació de competències de la CNA(A)TD, en matèria d'accés, que necessiten l'adopció d'un desplegament reglamentari equilibrat per a la seva operativitat pràctica²¹.
- Un règim d'accés als documents públics amb una taula de vigència de les exclusions legals de consulta que s'alineja amb

l'antecedent de la Llei de Patrimoni Històric Espanyol de 1985: regla general de 30 anys des de la producció del document, amb especialitats per a documents sensibles per a la seguretat, l'honor, la intimitat o la imatge dels afectats (en una escala defectiva, s'hi podrà accedir amb el consentiment dels afectats / als vint-i-cinc anys de la seva mort / als cinquanta anys de la producció del document).

- Un règim d'accés als documents privats de caràcter garantista respecte als investigadors acreditats, reforçat amb les previsions del procediment sancionador regulat al títol V.

2) En relació amb els règims especials, es poden ressaltar com a més rellevants els següents:

2.a) El règim d'accés a les dades sanitàries. En la mesura en què les dades sol·licitades són susceptibles d'ésser incloses a la documentació clínica de la persona afectada, és directament aplicable la normativa sectorial en matèria dels drets dels pacients en relació amb la seva història clínica, a saber, en l'àmbit estatal i amb caràcter de bàsica per a totes les Administracions públiques, la Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica, i, en l'àmbit autonòmic català, la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient i la documentació clínica. La ponderació d'interessos en joc hi és extremadament complexa, segons resulta dels trets bàsics d'aquesta normativa:

- El titular del dret a la informació assistencial és el mateix pacient, el qual implica un dret d'accés a la pròpia història clínica que mai no pot ser en perjudici del dret de tercers a la confidencialitat de les dades d'aquests que figuren a l'esmentada documentació, ni del dret dels professionals que han intervingut en l'elaboració d'aquesta, que poden invocar la reserva de llurs observacions, apreciacions o anotacions objectives (art. 13.2 L 21/2000).
- Respecte a la història clínica dels pacients traspassats, sols es pot facilitar l'accés a les persones vinculades a ells per raons familiars o de fet llevat que el pacient ho hagués prohibit expressament de manera acreditada. L'accés d'un tercer aliè a aquest cercle familiar sols podrà venir motivat per un risc per a la seva salut, però es limitarà a les dades pertinents. En cap dels casos no es facilitarà informació que afecti la intimitat del pacient mort, ni les anotacions subjectives dels professionals, ni que perjudiqui tercers (art. 18.4 L 41/2002).

- L'accés per tercers a la història clínica es podrà produir amb finalitats epidemiològiques, d'investigació o de docència amb subjecció a la normativa de protecció de dades de caràcter personal, que en aquest àmbit es tradueix en l'obligació de preservar les dades d'identificació personal del pacient separades de les de caràcter clínicoassistencial. En concordança amb aquestes finalitats, el període mínim de conservació d'aquesta documentació és de vint anys des del decés llevat d'aquelles parts de la mateixa que s'hagin de preservar tot el temps que calgui per ser rellevant, a criteri facultatiu, a efectes preventius, assistencials o epidemiològics (art. 11.3 i 12.1 i 3 L 21/2000).

2.b) El règim d'accés a les dades del Padró municipal. Regulat a nivell bàsic a l'art. 16.3 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les bases del règim local (LRBRL), i, en el seu desplegament autonòmic, a l'art. 40.2 i 3 del Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, aprovat per Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril (TRLMRLC). El criteri determinant per a la cessió a altres Administracions o a altres serveis de la pròpia sense el consentiment previ de l'afectat és la necessitat per a l'exercici de llurs respectives competències, i exclusivament per a assumptes en els quals la residència o el domicili siguin dades rellevants. Les aplicacions principals d'aquest principi en la pràctica han estat:

- Peticions procedents de cossos de policia: es concedeix sempre per necessitats concretes i puntuals, i sols les dades de notificació (nom i domicili) de la persona interessada.
- Peticions procedents de les Administracions tributàries: tradicionalment han pogut accedir a qualsevol dada de la persona afectada particularment per un procediment d'inspecció; darreament, l'Agència Estatal d'Administració Tributària està conclouent convenis de col·laboració amb Ajuntaments per tal de poder accedir a tot el fitxer del Padró en bloc, genèricament, a l'empara del règim d'excepció de la DA 4^a LOPD i de l'art. 112.4 de la Llei General Tributària.
- Peticions procedents de totes les altres Administracions: sols se'ls concedeix l'accés a les dades de notificació de persones concretes.
- En general, davant una sol·licitud d'accés, l'Agència Espanyola de Protecció de Dades recomana exigir l'acreditació del títol competencial i de les finalitats concretes al·legades llevat que concorri una autorització legal expressa, com és, recentment, el cas de l'accés *ex lege* per la Direcció General de la Policia a les dades d'inscripció padronal dels estrangers existents en els Padrons, preferentment per via telemàtica (nova Disposició

Addicional Setena de la LRBRL, introduïda per l'art. 3.5 de la Llei Orgànica 14/2003, de 20 de novembre).

- 2.c) El dret d'informació dels electes locals. Regulat a l'art. 164 TRLMRLC, recull aportacions jurisprudencials prèvies i se centra, per a l'accés directe, en el criteri determinant de la necessarietat de la informació requerida per a l'exercici de llurs funcions, si tenen competències delegades, en els assumptes de llur responsabilitat.

B) Règim de l'autodeterminació informativa

Els contrapunts generals més importants al dret d'accés, i també la font de tensió més important envers aquest, vénen donats per la protecció constitucional dels drets fonamentals a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge i a l'autodeterminació informativa (privacitat) (art. 18.1 i 4, respectivament, CE):

- 1) En la mesura en què les dades personals sol·licitades ho són en relació amb elements de l'àmbit més restringit de la intimitat familiar o de l'honor, és aplicable la Llei Orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge.

Als seus efectes, i des de la perspectiva de l'actuació arxivística, es considera intromissió il·legítima en el seu àmbit de protecció la revelació de dades privades d'una persona o família conegudes a través de l'activitat professional o oficial de qui les revela, llevat que:

- a) Concorri una habilitació legal expressa, o bé el consentiment exprés del titular del dret, essencialment revocable en qualsevol moment (art. 2.2).
- b) Predomini un interès històric, científic o cultural rellevant (art. 8.1). Atesa la deficient sistemàtica d'aquest precepte, es considera convenient, per seguretat jurídica, instar l'Administració titular de l'arxiu a l'adopció d'un acte administratiu motivat d'autorització en aquest sentit.

- 2) En la mesura en què se sol·liciten informacions privades d'altri que poden ésser incloses en un fitxer de dades personals, genèricament, són aplicables els principis de la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de Protecció de Dades de Caràcter Personal (LOPD) i la normativa de desplegament, de la qual s'ha de posar de relleu:

- En l'àmbit estatal, el desplegament reglamentari a nivell organitzatiu mitjançant el Reial Decret 428/1993, de 26 de març, pel qual

s'aprova l'Estatut de l'Agència [Espanyola] de Protecció de dades (AEPD), i a nivell material mitjançant el Reial Decret 994/1999, d'11 de juny, pel qual s'aprova el Reglament de mesures de seguretat dels fitxers automatitzats que continguin dades de caràcter personal (RMS), ultra la protecció penal ja analitzada²².

- El desplegament autonòmic de la LOPD s'ha efectuat a Catalunya mitjançant la Llei 5/2002, de 19 d'abril, de l'Agència catalana de protecció de dades (ACPD), el Decret 48/2003, de 20 de febrer, pel qual s'aprova l'Estatut de l'Agència catalana de protecció de dades, i la Circular 2/2000, de 2 de febrer, sobre els deures i les responsabilitats del personal de l'Administració de la Generalitat que intervingui en qualsevol tractament automatitzat de dades personals.

Interessa posar de relleu, ultra les obligacions essencials de notificació prèvia de la creació de fitxers a l'AEPD / ACPD i d'implementació de les mesures de seguretat establertes al RMS, i la d'ús de determinats instruments contractuals (contracte d'encàrrec de tractament per tercers, *ex art. 12 LOPD*) i documentals de caràcter tècnic (document de seguretat, previst en tots els nivells regulats al RMS), els trets del règim sancionador de la LOPD (art. 43 i s.), quant a:

- Determinació de la responsabilitat: resten subjectes al règim sancionador els responsables dels fitxers (qui decideix sobre la finalitat, el contingut i l'ús del tractament, sigui persona física, jurídica, pública, privada o òrgan administratiu) i els encarregats del tractament (qui tracta les dades per compte del responsable del fitxer).
- Tipus de sancions: a) en cas de fitxers de titularitat privada, multa pecuniària; b) si són de titularitat pública, resolució de la Direcció de l'AEPD / ACPD, que establirà les mesures de cessament o correctores dels efectes de la infracció i podrà proposar la iniciació d'actuacions disciplinàries, si escauen, mitjançant el procediment de règim disciplinari de l'Administració corresponent (les actuacions adoptades al respecte hauran de ser comunicades a l'AEPD / ACPD), i comunicació al Defensor del Poble / Síndic de Greuges de les actuacions i les resolucions adoptades; c) en tot cas, potestat d'immobilització de fitxers, en cas d'infracció molt greu.

2. La tutela de l'autoria de la documentació dels arxius

El règim de protecció civil de la propietat intel·lectual ve donat amb rang de capçalera pel Reial Decret Legislatiu 1/1996, de 12 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de propietat intel·lectual (TRLPI), complementat pel Reial Decret 281/2003, de 7 de març, pel qual s'aprova el Reglament del Registre General de la Propietat Intel·lectual. També

en aquest àmbit es dóna una dualitat de protecció civil-penal, amb una tipificació delictual per conductes infractores greus en els art. 270-288 CP. En l'aspecte processal s'hauran d'integrar els requeriments de la recent Directiva 2004/48/CE, de 29 d'abril, relativa al respecte dels drets de la propietat intel·lectual.

De la regulació del TRLPI, interessa ressaltar, essencialment, que la protecció de la gestió arxivística en aquest àmbit passa forçosament per l'ús ineludible dels instruments contractuals: partint de l'exigència legal que tota transmissió de drets d'explotació econòmica de les obres produïdes, per part de llurs autors, ha de ser expressa, circumstanciada i per escrit (art. 43 i 45 TRLPI), la premissa en serà que en tota nova adquisició de fons per part dels arxius no es té cedit cap dret sobre l'obra que no s'hagi fet constar expressament per escrit, la qual cosa implica, entre altres extrems, la precisió del dret o els drets, i llurs modalitats d'explotació, cedits, i els àmbits temporal i territorial i condicions tècniques de la cessió. Igualment important en els contractes de cessió comodaticia temporal serà preveure una regulació mínima de la reversió de la transmissió²³. Ultra aquesta exigència, l'excepció dels arxius prevista a l'art. 37 TRLPI com a límit als drets d'explotació econòmica dels autors o qui els tinguin reservats autoritza l'arxiu a fer la reproducció que sol·licita l'investigador amb finalitats de recerca i sense afany de lucre: caldrà interpretar com a "lucratiu" tot ús que vagi més enllà de la publicació estrictament inherent a la finalitat científica de la investigació.

VIII. Notes conclusives

La primera conseqüència de la pluralitat heterogènia de valors implícits en la documentació arxivística i, per extensió, en la seva gestió és que, més que una responsabilitat professional, hom ha de considerar un sistema complex de responsabilitats més o menys directes en l'exercici d'aquella gestió. La segona, i més important, que els susdits valors comporten en si mateixos la paradoxa d'obeir principis, exigències i objectius tots els quals són ben legítims a l'ensem que sovint contraposats i contradictoris en llurs manifestacions legislatives, el qual comporta una tensió que no és aliena a cap de les tres fases de gestió dels documents i força una delicada ponderació d'interessos i equilibris difícils en la presa de decisions per part dels responsables dels arxius.

L'opció del Codi de valors i principis deontològics de l'Associació d'Arxivers de Catalunya per l'omissió de continguts disciplinaris d'auto-regulació ha tingut un contrapunt en un règim sancionador dur en el nivell de regulació de la Llei 10/2001, d'arxius i documents. La manca de desplegament reglamentari d'aquesta en aspectes claus del seu sistema organitzatiu produeix llacunes en relació amb l'articulació de les eventuals responsabilitats individuals, concurrents o no, per part dels agents

interns o externs a l'organització del propi arxiu: la legislació en matèria de patrimoni cultural català i de responsabilitat civil extracontractual ofereixen vies subsidiàries d'autointegració a les quals es pot recórrer en aquests casos mitjançant la seva aplicació supletòria en l'elucidació i la delimitació d'aquelles responsabilitats.

A nivell operatiu i instrumental, no es pot deixar de recalcar la transcendència ineludible de l'ús dels instruments contractuals, alguns d'ells induïts per la mateixa normativa, com a paravent de la responsabilitat exigible des d'àmbits més generals: la determinació per escrit de manera clara, detallada i sense equívocs de les condicions en què es vol realitzar una adquisició, o acceptar una cessió temporal, de fons és un element clau de garantia enfront de les eventuais reclamacions per la contrapart venedora o cedent com en matèria de drets d'explotació econòmica de la propietat intel·lectual per part de tercers, com no ho és menys la implementació correcta dels contractes de tractament de fitxers per part de professionals aliens i dels documents de mesures de seguretat exigits per la maximalista normativa en matèria de protecció de dades personals.

Notes

- 1 Se segueix la caracterització, en aquest sentit, de PLANES ALBETS, Ramon. "El comerç dels béns del patrimoni documental". *Ítem*, 1999, núm. 25, pàgs. 82-106.
- 2 FARRÉ VILADRICH, Joan. "La condició professional de l'arxiver a l'Administració autonòmica". *Lligall*, 1997, núm. 11, pàgs. 289-300.
- 3 COMASÒLIVES FONT, Joan. "La condició professional de l'arxiver a l'Administració local". *Lligall*, 1997, núm. 11, pàgs. 281-288.
- 4 Sobre aquest procés, vegeu les aportacions a la Jornada d'estudi i debat de l'AAC sobre l'ètica de l'arxiver, celebrada a Barcelona el 16 de juny de 1994, publicades a *Lligall*, 1994, núm. 8, pàgs. 207-254.
- 5 En aquest sentit, RODON VALLS, M. Assumpta. "Treball de la comissió d'ètica de l'AAC per a l'elaboració d'un codi deontològic". *Lligall*, 1994, núm. 8, pàgs. 245-254.
- 6 BOS-ROPS, Ivonne. "El codi d'ètica dels arxivers en el marc internacional". *Lligall*, 1994, núm. 8, pàgs. 219-226.
- 7 Un reconeixement d'aquesta dificultat el podem trobar en els criteris de valoració establerts als efectes del delictes de contraban per la Llei Orgànica 12/1995, de 12 de desembre: respecte als béns integrants del Patrimoni Històric Espanyol, "el jutge recaptarà dels serveis competents els assessoraments i els informes que estimi necessaris" (art. 10.4).
- 8 Ramon Planes Albets (Op. cit.) considera els següents: contingut temàtic, persones que hi intervenen o el signen, lloc territorial al qual es refereix, cronologia, caràcter gràfic, presència de segells i timbres, caràcter original o de còpia (en reproduccions fotogràfiques, clixé o positiu), raresa o abundor, suport material, enquadracions, dimensions i embalum, estat de conservació i completesa, preu de compra i preu de mercat.

- 9 PEÑA LÓPEZ, Fernando. A: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil*. Ed. Aranzadi, S. A., Elcano, 2001, pàg. 2.121.
- 10 Seguint encara la sistemàtica i l'exegesi del mateix autor citat, *Ibid.*, pàgs. 2.127-28.
- 11 HAVA GARCÍA, Esther. "Concepto penal de documento". A: *Memento Páctico Francis Lefebvre - Penal de Empresa 2004-2005*. Santiago de Compostela, Ediciones Francis Lefebvre, S. A., 2003, pàgs. 54-56.
- 12 DESANTES GUANTER, José María. *Teoría y régimen jurídico de la documentación*. Madrid, Ed. Eudema, 1987, pàg. 320 i s.
- 13 Una anàlisi d'aquest precepte es pot consultar a LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho Penal – Parte especial*. Madrid, Ed. Dykinson, S. L., 2004, pàg. 279 i s.
- 14 Per una exposició sistemàtica dels principals àmbits regulats en relació amb el deure específic de secret del funcionari, *vid.* GARCÍA MACHO, Ricardo. *Secreto profesional y libertad de expresión del funcionario*. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1994, pàgs. 31-124.
- 15 STS 18.01.94, RJ 6482, fonament vuitè, paràgraf 12.
- 16 Ambdues sentències són ressenyades per MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal*. Barcelona, José María Bosch Editor, 2000, pàgs. 201-205.
- 17 Fonament Tercer, apartats 3 i 5 de la sentència citada.
- 18 En aquest sentit, MATAS BALAGUER, Josep. *El acceso a los documentos: un derecho democrático* (ponència presentada al Seminari precongressual "Los retos del acceso a la información" en el marc del XIV Congreso Internacional de Archivos, celebrat a Sevilla, 18-20.09.2000).
- 19 Una classificació en aquest sentit és realitzada per CERRILLO MARTÍNEZ, Albert. *L'aplicació del dret d'accés a la documentació administrativa de la Generalitat de Catalunya*. Barcelona, EAPC, 2000.
- 20 Al respecte, els treballs d'ALBERCH FUGUERAS, Ramón; CRUZ MUNDET, José Ramón. *¡Archívese! Los documentos del poder, el poder de los documentos*. Madrid, Alianza Editorial, S. A., 1999, pàgs. 107-111. També GARCÍA MACHO, Ricardo. *Op. cit.*, pàgs. 33-56.
- 21 MATAS BALAGUER, Josep. "La Llei 20/2001 d'arxius i documents. El seu desenvolupament". *Lligall*, 2002, núm. 19, pàgs. 250-251.
- 22 *Vid. supra*, epígraf VI.2.
- 23 Una proposta operativa de clausulat contractual a l'efecte es pot consultar a BOADAS RASET, Joan, *et al.* *Patrimoni cultural i drets d'autor: Instruments per a la seva gestió*. Girona, Ed. Ajuntament de Girona, 1998 (Col·lecció "Textos i Documents", 8).