

ISBN 978-9977-59-193-3

XIX CONGRESO ARCHIVISTICO NACIONAL

"La legislación archivística costarricense en el siglo XXI"

25 -26 Y 27 de julio de 2006
San José - Costa Rica



Guadernillos del Archivo Nacional
Serie ¿Qué es y qué hace un archivo
No 18

MJD
MINISTERIO DE CULTURA,
JUVENTUD Y DEPORTES

MINISTERIO DE CULTURA, JUVENTUD Y DEPORTES
DIRECCION GENERAL DEL ARCHIVO NACIONAL



ISBN 978-9977-59-193-3

**MINISTERIO DE CULTURA, JUVENTUD Y DEPORTES
DIRECCION GENERAL DEL ARCHIVO NACIONAL**

**COLECCION
CUADERNILLOS DEL ARCHIVO NACIONAL
Serie: ¿Qué es y qué hace un archivo?
Nº 18**

**Memoria
XIX CONGRESO
ARCHIVISTICO
NACIONAL**

**“LA LEGISLACIÓN ARCHIVÍSTICA
COSTARRICENSE EN EL SIGLO XXI”**

25 - 26 - 27 de julio de 2006

**San José - Costa Rica
2007**

027

C749L Congreso Archivístico Nacional (19° : 2006 : San José, C.R.)

La Legislación Archivística Costarricense en el siglo XXI:
memoria. -1ª. ed. - San José : Ministerio de Cultura, Juventud
y Deportes, Departamento de Publicaciones, 2007.

117 p. ; 25 x 18 cm. -- (Colección Cuadernillos del Archivo
Nacional : Serie ¿Qué es y qué hace un archivo?; 18)

ISBN: 978-9977-59-193-3

1. Archivística - Congresos, Conferencias, etc.
 2. Archivos - Congresos, Conferencias, etc..
 3. Archivos - Legislación -Costa Rica - Congresos, conferencias, etc.
- I. Título

DGB/PT

07-22

Edición y Artes Gráficas:

Octavio Alpizar Vaglio

Impreso en: **Imprenta Nacional**

Ministra de Cultura, Juventud y Deportes

María Elena Carballo Castegnaro

Directora General del Archivo Nacional

Virginia Chacón Arias

**JUNTA ADMINISTRATIVA
DEL ARCHIVO NACIONAL**

Roberto Solórzano Sanabria	<i>Presidente</i>
Edgar Gutiérrez López	<i>Vicepresidente</i>
Alonso Rodríguez Chaves	<i>Secretario</i>
José Francisco Gómez Alfaro	<i>Tesorero</i>
Wendy Martínez Jiménez	<i>Fiscal</i>
Edwin León Villalobos	<i>Primer vocal</i>
José Bernal Rivas Fernández	<i>Segundo vocal</i>
Virginia Chacón Arias	<i>Directora Ejecutiva</i>

COMISIÓN EDITORA

Virginia Chacón Arias

Archivo Nacional de Costa Rica

Edwin León Villalobos

Academia de Geografía e Historia de Costa Rica

Ana Virginia García De Benedictis

Archivo Nacional de Costa Rica

Francisco Enríquez Solano

Sección de Archivística de la Universidad de Costa Rica

Sol Argüello Scriba

Escuela de Filología de la Universidad de Costa Rica

COMITÉ ORGANIZADOR

Virginia Chacón Arias
Ana Virginia García De Benedictis
Sara Alfaro Espinoza
Luis Fernando Jaén García
Ana Lucía Jiménez Monge

COMITÉ TÉCNICO

Ana Virginia García De Benedictis
Ana Lucía Jiménez Monge
Luis Fernando Jaén García



Dirección General del Archivo Nacional
San José - Costa Rica. Apartado postal 41 2020 Zapote
Teléfono: (506) 234 7689, 234 7223, 234 7569 - Fax: 234 7312
Correo electrónico: ancost@ice.co.cr
Página Web: <http://www.archivonacional.go.cr>

CONTENIDO

Presentación	9
<i>Discurso de inauguración</i> Virginia Chacón Arias	13
<i>Discurso de inauguración</i> Adriana Collado Cháves	15
<i>Discurso de inauguración</i> Edwin León Villalobos	17
<i>La Legislación en la función pública</i> Ana Lorena Brenes Esquivel	19
<i>La legislación archivística y su relevancia</i> Aida Luz Mendoza Navarro	29
<i>Principios rectores de la legislación sobre archivos</i> Teresa Ingenios Martín	59
<i>Origen y estructura de la Ley del Sistema Nacional de Archivos N° 7202</i> Guiselle Mora Durán	73
Mesa redonda <i>Expectativas acerca de una nueva legislación archivística costarricense</i>	
Rafael León Zúñiga	83
Efraín Mejía Vindas	95
José Bernal Rivas Fernández	101
<i>Las implicaciones legales en el documento electrónico</i> Christian Hess Araya	107

PRESENTACIÓN

El 24 de octubre de 1990 se promulga la Ley 7202 del Sistema Nacional de Archivos. Esa fecha constituye un hito en el desarrollo archivístico costarricense porque se dan los lineamientos, de hecho y de derecho, para el tratamiento, custodia, conservación, difusión y servicios de la documentación, en los archivos de gestión y centrales, de las entidades estatales del país.

Desde la creación de la Ley 7202 a la fecha, muchos han sido los logros en materia archivística. A pesar de ello, el ente rector de Sistema Nacional de Archivos es consciente de que dicha Ley requiere una revisión y actualización acorde con las transformaciones que establece la Sociedad de la Información.

Por lo anterior, el XIX Congreso Archivístico Nacional se desarrolla bajo la óptica de analizar la legislación vigente, para proponer un nuevo corpus legal en la materia, el cual requiere ser congruente con los requerimientos, en todas sus dimensiones y necesidades, de los tres pilares de la Archivística, a saber, los archivos, la documentación y los archivistas.

INTITUCIONES PARTICIPANTES

Asamblea Legislativa
Asociación Nacional de Educadores
Archivo Nacional de Costa Rica
Archivo Histórico Arquidiocesano de la Curia Metropolitana
Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP)
Banco Crédito Agrícola de Cartago
Banco Hipotecario de la Vivienda
Banco Nacional de Costa Rica
Banco Popular y de Desarrollo Comunal
Banco Central de Costa Rica
Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias
Compañía Nacional de Fuerza y Luz (CNFL)
Consejo Nacional de Préstamos para la Educación (CONAPE)
Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI)
Contraloría General de la República
Corporación Bananera Nacional (CORBANA S. A.)
Colegio Universitario de Cartago
Dirección de Inteligencia y Seguridad
Dirección General de Aviación Civil
Escuela Agrícola Regional del Trópico Húmedo (EARTH)
Escuela Judicial
Fábrica Nacional de Licores (FANAL)
Federación Municipal Regional del Este (FEDEMUR)
Imprenta Nacional
Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA)
Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)
Instituto de Fomento Cooperativo (INFOCOOP)
Instituto del Café (ICAFE)
Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS)
Instituto Nacional de Aprendizaje (INA)
Instituto Nacional de la Mujer (INAMU)
Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC)
Instituto Nacional de Seguros (INS)
Instituto Tecnológico Costarricense (ITEC)
Junta Administrativa del Archivo Nacional
Junta de Protección Social de San José
MASTERLEX
Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes
Ministerio de Educación Pública
Ministerio de Salud Pública

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
Municipalidad de Belén
Municipalidad de Cartago
Municipalidad de Curridabat
Municipalidad de Escazú
Municipalidad de Guácimo
Municipalidad de La Unión
Municipalidad de Montes de Oca
Municipalidad de Orotina
Municipalidad de Pérez Zeledón
Municipalidad de Poás
Municipalidad de San José
Municipalidad de Santa Ana
Municipalidad de Santa Cruz
Municipalidad de Santo Domingo
Municipalidad de Siquirres
Museo Nacional
Mutual Cartago
Poder Judicial
SERVIARCHIVO
Sistema Nacional de Radio y Televisión (SINART)
Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF)
Tribunal Supremo de Elecciones (TSE)
Univesidad de Costa Rica
Universidad Nacional

**DISCURSO DE INAUGURACIÓN
VIRGINIA CHACÓN ARIAS
DIRECTORA GENERAL DEL ARCHIVO NACIONAL**

Señora Adriana Collado Chaves, Directora General de Cultura y representante de la señora Ministra de Cultura, Juventud y Deportes.

Señor Edwin León Villalobos, representante de la Junta Administrativa del Archivo Nacional.

Señora Luz Alba Chacón León, Exdirectora del Archivo Nacional

Señora Ana Lorena Brenes, Procuradora General de la República.

Señor Francisco Enríquez Solano, Director de la Escuela de Historia de la Universidad de Costa Rica.

Señor Omar Rodríguez Rodríguez, Subdirector de la Dirección General de Servicio Civil.

Estimados colegas archivistas.

Nos encontramos hoy aquí reunidos con el fin de inaugurar un nuevo Congreso Archivístico Nacional, una de las actividades académicas más importantes que organiza cada año el Archivo Nacional y que se efectúa durante la Semana del Archivista Costarricense.

Como ustedes saben, estos eventos coinciden con la fecha de la creación del Archivo Nacional, que precisamente celebra este año el 125 Aniversario de su fundación, gracias a las gestiones de don León Fernández Bonilla, quien consciente de la necesidad de conocer a fondo la historia patria, consiguió la creación de lo que entonces se llamó la Oficina de Archivos Nacionales el 23 de julio de 1881 con el fin de reunir, custodiar y ordenar los documentos anteriores a 1850.

Durante estos 125 años el Archivo Nacional ocupó diversas sedes, hasta que, después de muchos años de esfuerzos en 1993 inauguró su propio edificio, actualmente con más de 10.000 metros cuadrados construidos y, por cierto, con una tercera etapa pendiente, a la espera de los recursos económicos necesarios.

Durante los primeros años del Archivo Nacional, la institución realizó un arduo trabajo para reunir y organizar las primeras decenas de metros de documentos; procurarse las primeras normas y reglamentos, así como las primeras publicaciones, tales como la Revista del Archivo Nacional, que precisamente este año cumple 70 años de publicarse ininterrumpidamente.

Lo que inició como una sencilla Oficina de Archivos Nacionales, es 125 años después, una moderna y consolidada institución compuesta por cuatro archivos: el Archivo Histórico, responsable de la documentación de 1539 hasta 1980 aproximadamente; el Archivo Notarial, a cargo de los índices y protocolos notariales de 1900 a 2006; el nuevo Archivo Intermedio, responsable de los documentos aún con valor administrativo y legal de 1990 hasta la fecha, provenientes de la Presidencia de la República y de los Despachos Ministeriales, así como de instituciones públicas cerradas o privatizadas, tales como el Banco Anglo Costarricense, Codesa, y otros y, por supuesto el Archivo Central de nuestra institución.

El 100% de los 17 kms de documentos están ordenados y clasificados y al servicio de los usuarios. Las “viejas” fichas e inventarios, fueron sustituidos hace más de 10 años y los instrumentos de localización de una gran parte de los documentos, se encuentran hoy en gigantescas bases de datos relacionales, que nos permiten acceder con gran rapidez a la invaluable información que custodiamos.

No podemos dejar de mencionar, que desde hace 16 años, al Archivo Nacional le fue comisionada otra importante misión: ser el Ente Rector del Sistema Nacional de Archivos Públicos, competencia que asumió con entusiasmo y responsabilidad, para la cual ha dedicado una parte importante de sus recursos, porque aquí comprendemos la innegable necesidad de que los documentos y la información de las instituciones del Estado deben estar debidamente custodiados y organizados, si pretendemos contar con un Estado transparente y eficiente; si realmente queremos combatir la corrupción y garantizar los derechos de los ciudadanos y la rendición de cuentas efectiva de los funcionarios públicos. Para ello esta institución ha brindado cientos de asesorías, ha realizado cientos de inspecciones, ha impartido decenas de cursos, congresos, seminarios y pasantías para capacitar a miles de funcionarios públicos, por citar solo algunas de las actividades desarrolladas.

El Congreso que hoy inicia su trabajo, se realiza precisamente con el objetivo de revisar y preparar una actualización, con el valioso aporte de todos ustedes, de la Ley 7202, Ley del Sistema Nacional de Archivos, que como ustedes saben, está vigente hace 16 años.

Queremos también aprovechar esta ocasión para recordar y celebrar el 150 Aniversario de la Campaña Nacional de 1856-1857 y por ello, esta tarde disfrutaremos de la presentación de la obra de teatro “La tea fulgurante” del dramaturgo Jorge Arroyo, interpretada por el reconocido actor Roberto Zeledón.

Un agradecimiento muy sentido para todos los conferencistas que generosamente compartirán con nosotros sus conocimientos y experiencia, así como a todos los funcionarios del Archivo Nacional que durante meses han tenido la responsabilidad de organizar este importante evento.

Sean bienvenidos todos ustedes. Reciban nuestros deseos de éxito.

DISCURSO DE ADRIANA COLLADO CHAVES DIRECTORA GENERAL DE CULTURA

Buenas tardes.

Es un honor estar esta tarde con ustedes en representación de la señora Ministra de Cultura, Dr. María Elena Carballo.

Señora Virginia Chacón Arias, Directora General del Archivo Nacional.

Destacados expositores de este decimonoveno Congreso Archivístico Nacional. Participantes e invitados especiales, público en general.

Cuando pensamos en leyes, lo mismo que en archivos, pensamos en poner orden, es decir, poner las cosas en su lugar. El evento que nos convoca hoy, a mi entender, versa justamente en torno a este asunto ¿cómo articular órdenes que sean consecuentes con el sentido del orden de nuestra época? Por ejemplo ¿qué retos organizativos impone este tiempo de ordenadores, tráfico virtual y captura digital de datos? Y es que tener orden en la custodia, conservación y difusión del patrimonio documental es una de las claves fundamentales de la gobernabilidad. Incluso la misma historia da cuentas de que la buena administración de archivos y la buena marcha de un gobierno están hermanadas.

La palabra gobierno y la palabra archivo tienen el mismo origen: la palabra griega “arkhon”; que rememora un pasaje muy importante de la antigua Grecia, cuando el Rey Codros de Atenas muere a manos de los dorios, para que se cumpliera la profecía de la pitonisa de Delfos. Su pueblo, en homenaje a tal hazaña, decidió que nadie más sucedería al rey y por eso nombraron a un magistrado civil, el primero de los arcantes que gobernaron por cinco siglos a Atenas. “Monarca”, “jerarca”, “archivium”, todas ellas son palabras que en su raíz están asociadas a acciones de mando.

“Archivium” según su adecuación al latín da origen a la palabra archivo. De modo que un archivo es parte del corazón de un gobierno, yo diría que es el corazón de un corazón y aquí otra vez corro en auxilio de la etimología. Puesto que un archivo es un trabajo con la memoria, se podría decir que, los depósitos de recuerdos. El verbo “recordar” deviene del latín, donde el prefijo “re” quiere decir volver y “cordar” (de “cordis”)significa corazón. En suma, recordar vendría siendo la acción de volver a pasar algo por nuestro corazón.

Todo lo que está resguardado en nuestro Archivo Nacional es la materia emocional y creativa de un pueblo, que despierta cada vez que alguien busca remedios para el mal de olvidos. Muchas gracias a archivistas e investigadores por su entrega, por revivir información que necesitamos volver a pasar por nuestros corazones para conocernos mejor a nosotros mismos, para aumentar nuestra autoestima, para alimentar nuestro pensamiento crítico, para perder el miedo a mirar hacia adentro y adquirir una perspectiva más amplia al mirar hacia delante.

Deseo agradecer a quienes se han dado cita a este décimo noveno Congreso Archivístico Nacional acerca de la Legislación Archivística Costarricense en el siglo XXI. Gracias porque cuando se trata del funcionamiento de un órgano cardinal para un pueblo, como lo es el Archivo Nacional de Costa Rica, es menester revisar continuamente el estado de sus arterias, en este caso, una tan vital como lo es la legislación.

Agradezco también a la Dirección y a todo el personal del Archivo por velar diariamente por el bienestar de nuestra memoria.

Finalmente deseo externar mis más sinceras felicitaciones a la Junta Administrativa del Archivo Nacional, por impulsar año a año la organización de tan importante actividad y por cuidar continuamente de este corazón, cuyo palpitar es indisociable de la claridad en el mando y la salud de nuestro gobierno, y sobre todo porque como buen corazón es símbolo indiscutible de amor a nosotros mismos como pueblo.

Muchos éxitos en este Congreso y muchas gracias a ustedes por su atención.

DISCURSO DE EDWIN LEÓN VILLALOBOS MIEMBRO DE LA JUNTA ADMINISTRATIVA DEL ARCHIVO NACIONAL

Señora Virginia Chacón, Directora del Archivo Nacional
Señora Adriana Collado, Directora General de Cultura
Amigos todos del Archivo Nacional

Reciban un saludo muy afectuoso todos los participantes en este acto que, desde luego, queremos que sea de gran provecho para ustedes y para las instituciones en que ustedes laboran. La Junta Administrativa del Archivo Nacional, como rector del Sistema Nacional de Archivos se siente especialmente complacida en propiciar y organizar este acto, en colaboración con la señora Directora, la señora Subdirectora con todos los funcionarios del Archivo Nacional.

En realidad pocas veces le ha tocado al hombre que vivir épocas tan difíciles como la que estamos viviendo. Vivimos en realidad, como alguien decía, en un mundo en estampida, en un mundo cambiante, en donde lo de hoy se hace añejo mañana. A algunos les da por cuantificar cuánto aprende uno, cuánto no aprende; dicen que cuando un alumno sale graduado de una universidad ya el 60% de los conocimientos que adquirió son obsoletos y uno se pregunta ¿será verdad esto?, ¿Cómo resolver este problema si cuando ya salimos de la universidad y nos vamos a enfrentar al mundo del trabajo, para llamarlo de alguna manera, ya estamos obsoletos en algunos conocimientos? La única manera de resolver esto es que las universidades propicien cursos de refrescamiento, que haya conferencias, que haya seminarios y que haya congresos como este que hoy estamos celebrando, que nos permitan compartir los adelantos científicos y tecnológicos que se han dado fuera de las instituciones. Otro especialista, al que le da por los números, dice que el 92% que aprende un niño lo aprende fuera de la escuela, no en la Escuela. El otro 8% lo aprende en la Escuela, pero el 92% fuera de la escuela, en contacto con la televisión, en contacto con el medio que lo rodea, oyendo el mundo cambiante que tiene a su alrededor. Y uno se pregunta en realidad si las cosas más grandes que uno ha aprendido no las ha aprendido fuera de la escuela. Uno aprendió fuera de la escuela a hablar y a caminar. Imagínense que si nos hubieran enseñado a hablar en la escuela estaríamos mudos. Nos dan clases de Inglés cinco años y el estudiante sale casi igual que como entró. ¿Y cómo aprende el niño con la mamá y el papá? Por eso, cuando no le hablamos bien el chiquito habla mal. Bueno, si este mundo va cambiando tan violentamente, es lógico y natural que tenemos que recurrir a una educación permanente. Es decir, tenemos que aprender todos los días, tenemos que actualizarnos, por que si no, al cabo de tres o cuatro o cinco años ya estamos obsoletos en nuestros conocimientos. Este es el sentido de este congreso y de

todas estas actividades extraescolares, si es que las podemos llamar de alguna manera, para que al contacto con el medio en que vivimos nos vayamos enriqueciendo en esta carrera violenta de la ciencia y la tecnología. Yo digo también que no hay que creer que la ciencia y la tecnología nos van a resolver todos los problemas. Alguien tenía un problema y dijo: Pongamos una computadora más; pero eso no es así de fácil. Una vez contaban ahí en Heredia, -aunque no me crean a mí que soy de Heredia-, que había un hombre que se entusiasmó con la tecnología. Comenzó a hablar de la tecnología y a entusiasmarse con los adelantos científicos y sólo de eso hablaba. Conversaba con alguien y decía: Mira como van estos adelantos científicos y como va el mundo, que barbaridad. Un día se fue para Puntarenas. Los jóvenes no saben de eso pero los viejos sí sabemos; los que íbamos a Puntarenas en aquellos tiempos recordamos que el tren que venía de Puntarenas se paraba a la par del de San José, que iba para Puntarenas, y ahí estaban juntos. Entonces este señor herediano, fanático de la ciencia y la tecnología, se bajó a comprar cosas que siempre las compraba uno en Orotina, pero cuando se iba a montar al tren no se montó en el que iba para Puntarenas sino en el que venía para San José. Desde luego que al primero que tenía a mano comenzó a hablarle de la tecnología y la ciencia y entonces le dice: ¿y para donde va usted? -Bueno yo voy para San José, le contestó el compañero de asiento-, y nuestro amigo le replicó: Bueno, vea como está de adelantada la ciencia y la tecnología que yo voy para Puntarenas, usted va San José y vamos en el mismo tren.

Esto se lo cuento porque me preocupa a mí que un fanatismo por la ciencia y la tecnología, olvidando la parte humana del hombre, haga que la sociedad contemporánea coja el tren equivocado. Yo creo que en este camino hemos ido perdiendo el espíritu. No es que estoy en contra de la ciencia y la tecnología, sino que creo que, a la par de esto, debemos poner las otras condiciones del ser humano. Cuentan que una vez unos ingleses se fueron a un safari. Iban rapidísimo, para llegar al sitio donde querían matar animales, para poder después vender las pieles, e iban dejando atrás a los nativos, a los esclavos negros que llevaban las cargas. De pronto los esclavos negros se sentaron y no quisieron caminar más; los ingleses se devolvieron y les dijeron: ¿Ustedes por qué no caminan, por qué no van con nosotros?, a lo que los primeros respondieron: No caminamos porque ustedes van tan rápido que estamos dejando el espíritu atrás.

Pienso que a la civilización contemporánea le está sucediendo eso; vamos tan rápido que hemos dejado el espíritu atrás. Yo siempre he creído que no importa que las máquinas se parezcan a los hombres; lo preocupante es que los hombres se conviertan en máquinas.

Estimados señores y señoras, jóvenes y no jóvenes, como nosotros, les deseo un gran éxito en este congreso y que sea de beneficio para las instituciones y para ustedes.

Muchas Gracias

LA LEGISLACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

*Ana Lorena Brenes Esquivel*¹

El tema que se me asignó fue La Legislación en la Función Pública, el cual es un tema bastante amplio, el que trataré de manera general.

A nivel de legislación lo que existe son dos artículos en la Constitución Política, 191 y 192, que dan las bases esenciales de lo que es el régimen de función pública.

Hay que tomar en cuenta que la propia Sala Constitucional ha indicado que los artículos constitucionales tenían una trascendencia o un espíritu mayor del que el legislador les dio a partir del Estatuto de Servicio Civil. La pretensión del Constituyente era que hubiera un Estatuto que regulara todas las relaciones de la Administración y los servidores. El estatuto cuando se diseña, se diseña para las relaciones básicamente de lo que es el Poder Ejecutivo y no de toda la Administración, pero los principios que contienen los artículos 191 y 192, sí se le aplican al resto de la Administración.

Aquí hay que hacer un análisis histórico muy rápido. En 1948 no estaba desarrollado el Derecho Administrativo tal y como lo conocemos hoy día, es más, no estaba desarrollado prácticamente el Derecho Administrativo.

En 1953 que es la fecha en que se promulga el Estatuto de Servicio Civil, tampoco estaba desarrollado el Derecho Administrativo, entonces nosotros tenemos una legislación bastante antigua, regulando situaciones donde ya se ha clarificado por lo menos por parte de la Sala Constitucional el tema. Esto nos crea una serie de problemas a la hora de interpretar la normativa y a la hora de aplicar la normativa. Tenemos conceptos como servidor público, funcionario público, empleado público, que doctrinariamente pueden tener su separación, pero por ejemplo a nivel de Ley General de Administración Pública se va a decir que son conceptos idénticos, sea, es sinónimo hablar de funcionario y servidor, pero bajo ese concepto tenemos que a la vez existen distintas regulaciones según el tipo de funcionario o servidor; por lo que en este momento haremos referencia a lo genérico como si fueran similares, haciendo las siguientes diferencias.

Los conceptos de servidor y funcionario los tenemos en diversa normativa y el problema es que tienen diferente significado.

1. Procuradora General de la República
Conferencia transcrita por Christian Sánchez Coto, de Asesoría Legal y revisada por Ana Virginia García de Benedictis, Subdirectora General del Archivo Nacional.

El primer problema, es el que se presenta con el Presidente de la República y los Ministros, los propios Diputados, ¿son o no servidores públicos? ¿Bajo qué concepto los va a englobar la Procuraduría General de la República? La Procuraduría había mantenido que ellos no son servidores públicos en el concepto tradicional y por lo tanto -por ejemplo- no tenían derecho a vacaciones. El problema de estos puestos, es que solo tienen una regulación Constitucional y esa regulación constitucional es omisa en determinar los elementos de la relación, son electos popularmente, tienen una serie de competencias, pero nada se dice sobre su relación con la Administración. Caso similar es el de los Diputados.

No hay una regulación Constitucional específica en esta materia, en ambos casos lo que tenemos es un tema de incompatibilidades, pero no un tema de cómo se fija el salario por ejemplo o si es salario o no es salario, si tienen vacaciones o no tienen vacaciones, etcétera. Entonces vemos por los periódicos que dicen -los diputados se vuelven a ir de vacaciones-, bueno, cuáles son las vacaciones en realidad, o qué es lo que pasa, que normalmente coinciden con sesiones extraordinarias, entonces dejan de convocarse todos los proyectos lo cual automáticamente genera "unas vacaciones" de los diputados.

En el caso del Presidente y los Ministros no se tiene nada, la Procuraduría venía diciendo que no tenían tampoco derecho a vacaciones. El año pasado, se reformó el dictamen en ese sentido y se dijo que aunque no calzan en el concepto exacto de lo que es un trabajador o un funcionario porque presupone una relación de jerarquía, relación de jerarquía que no existe en el caso del Presidente, cuyo jerarca, es la ciudadanía, se podría responder, que la ciudadanía no le puede dar las vacaciones, difícil que eso pueda suceder, pero hay un principio constitucional que es el derecho al descanso, que se aplica también a la situación de los alcaldes y concejos municipales, que tampoco tienen una relación de jerarquía con nadie y tampoco tiene regulado su sistema de vacaciones, para decir tienen un derecho constitucional al descanso este tipo de funcionarios que se pueden denominar funcionarios gobernantes y que su régimen debería estar estipulado en la Constitución, donde realmente no está por lo que hay que hacerlo vía interpretación, llenando el vacío normativo. A esta misma conclusión se puede llegar, en relación con las señoras y los señores diputados. Tienen un derecho al descanso, ahí que, el reglamento podría eventualmente entrar a regularlo de alguna manera, porque es necesario, sean o no funcionarios públicos. En el concepto tradicional no calzan, pero por ejemplo tenemos la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito donde amplía el concepto de funcionario público que tiene el artículo 111 de la Ley General y que tiene el propio Estatuto de Servicio Civil y la Ley de Control Interno, entonces ¿cuál es la problemática real que tenemos en la legislación sobre esta materia?, ¿que habrá que buscar? ¿qué es lo que voy aplicar para ver cual es el concepto de funcionario público que tengo que aplicar? porque en la Ley Contra la Corrupción el concepto que se da de funcionario

público es amplísimo y habla de entes estatales y no estatales dentro del concepto de funcionario público; si ustedes comparan el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública con el artículo 2 o el 3 de la Ley Contra la Corrupción, amplía considerablemente el concepto de funcionario público.

El otro tema es que hay unos funcionarios que están regidos por el Estatuto de Servicio Civil y otros funcionarios que no están regidos por el Estatuto de Servicio Civil. Funcionarios de la Asamblea Legislativa, incluso dentro de la Asamblea hay unos que están por el estatuto y otros no, el Poder Judicial está fuera del Estatuto, la Contraloría y la Defensoría de los Habitantes están fuera del Estatuto, todas las Autónomas están fuera del Estatuto, es básicamente el Poder Ejecutivo el que está dentro del Estatuto de Servicio Civil, y la Constitución lo dice, pueden haber funcionarios que no estén regidos por el Estatuto, que son básicamente los funcionarios de confianza, que están excluidos de la regulación del Estatuto de Servicio Civil, pero por ejemplo si ustedes van aplicar la Ley General de la Administración Pública para seguir un procedimiento administrativo o un artículo de la Ley Contra la Corrupción, si son funcionarios públicos, aún cuando no estén regulados por el Estatuto de Servicio Civil.

¿Qué se ha dicho sobre el tema? La Sala Constitucional expresa que se debe analizar si las relaciones de los funcionarios con la Administración Pública son relaciones sujetas al Derecho Público, no al Derecho Privado, porque a falta de norma, en las interpretaciones se aplicaban normas del Código de Trabajo. ¿Y por qué no aplicar el Código de Trabajo en términos generales? Bueno porque son relaciones muy distintas, las relaciones de empleo privado que de empleo público. ¿Y porqué son distintas? La primera distinción que hay que hacer, es que en el Estado rige el principio de legalidad, la Administración solo puede hacer aquello que el ordenamiento le permita, en las relaciones particulares rige el principio contrario, puedo hacer todo lo que la ley no me impida hacer. Partiendo de esos principios que son totalmente distintos, la relación del funcionario con la administración, o de una empresa privada con un trabajador, parte de una regulación totalmente distinta, ese fue uno de los razonamientos por los cuales la Sala Constitucional declaró inconstitucionales la aplicación de los laudos que están en el Código de Trabajo de la Administración Pública. ¿Eso significa que no pueden haber Convenciones? No, no significa eso, lo que significa es que debe haber una regulación propia para la Administración de todos estos temas. Igual los entes descentralizados tienen un régimen no estatutario, es decir no regulado por el Estatuto de Servicio Civil, pero siempre sujeto a los principios del Derecho Público, ¿sujeto a cuales principios?, hay que buscar la eficiencia y la eficacia, la estabilidad en el empleo público que se aplica tanto a nivel de Servicio Civil como a nivel de este tipo de Instituciones Autónomas y ahí es donde la Sala desarrolla toda una doctrina jurisprudencial que cambia los conceptos que se venían manejando. En la Procuraduría había un departamento, una sección, un área que

se llamaba la de Derecho Laboral, ahora se llama de la Función Pública, sea el concepto mismo hay que variarlo, en el sentido de no aplicar el Código de Trabajo, sino que se aplicarán los principios del Derecho Público, por lo que se tiene básicamente desarrollado a nivel de jurisprudencia de la Sala Constitucional y retomado en los dictámenes de la Procuraduría, pero no existe una legislación adecuada a este tema porque estamos hablando de una Constitución hecha en el año 1948, el Estatuto de Servicio Civil es de 1953, donde todos estos conceptos no estaban siendo desarrollados; se le han hecho modificaciones, sí, pero modificaciones no sustantivas, o sea, no que nos adecua el régimen a una realidad existente que es la aplicación del Derecho Público. En este tipo de sistemas existen una serie de normas que regulan ese tipo de relaciones dispersas a lo largo de leyes, por ejemplo a nivel de Ley General de Administración Pública que se supone que es la ley marco para toda la Administración, lo que existe son dos únicos artículos que se refieren al concepto de funcionario público, y son los artículos 111 y 112 donde incluso se dice que los que no participan de la gestión pública se regirán por el Derecho Privado y no por el Derecho Público, se tiene que dentro de la Administración a nivel de Ley General de Administración Pública y eso ha servido en mucho para el tema de Convenciones Colectivas, si es un trabajador que esté incluido en esta parte puede suscribir Convención Colectiva, porque no participa de la gestión pública y lo que se aplica es el Derecho de Trabajo. En ese tema, la realidad es que lo que se aplica es la normativa con la que se regula la Institución, casi con independencia de si participa o no participa de la gestión pública, concepto, que a su vez es difícil de definir cuando un funcionario participa de la gestión pública, la Sala lo que ha dicho es que le corresponde a cada Administración determinar si se participa o no se participa de la gestión pública, con lo cual quedamos prácticamente en lo mismo.

A nivel, de responsabilidad disciplinaria, en la Ley Orgánica de la Contraloría existe una regulación específica, también en la Ley de Control Interno y en la Ley Contra la Corrupción, por lo que se tiene dispersa toda la normativa referente al tema. Esto plantea serias dificultades normalmente a la hora de aplicar y conocer cual es la normativa que se debe aplicar a un determinado funcionario, donde existe el problema si se le aplica toda o parcialmente, lo que hace variar los plazos de prescripción para sancionar, ya que estos varían dependiendo de la normativa.

Lo importante de resaltar es que en este tipo de relaciones, en general en todas, voy aplicar Constitución y Ley. Normalmente no hay contratos de trabajo, la regulación del régimen aplicable está directamente en la Ley, al contrario de un trabajador que se pone de acuerdo con el patrono, empleador-empleado y convienen más allá de lo que pueda estipular el Código de Trabajo. El Código de Trabajo normalmente lo que establece son los mínimos, pero va hacer el contrato, e incluso el Contrato Realidad el que va a definir las relaciones. En la

Administración no, en la Administración normalmente lo que va a definir las relaciones es la ley, es la ley directamente la que se aplica a las relaciones de empleo público.

Esto plantea el inconveniente que como no se tiene una regulación adecuada, sobre todo el tema de empleo público, muchas veces se causa una seria confusión para determinar cual es la normativa que se va aplicar en un determinado caso, con problemas además, de que se hace una separación para efectos de aplicar sanciones disciplinarias.

Por ejemplo, para el despido de funcionarios sujetos al Estatuto de Servicio Civil, hay que hacer la gestión directamente ante Servicio Civil; para sanciones que no sean el despido la gestión la hace el jerarca de la Institución. Ahora, ¿qué es lo que pasa, si voy a un despido y consideran que no había mérito para el despido?, el funcionario queda sin sanción, si fuera un único jerarca o una única instancia la que resuelve los dos asuntos, podría determinar que la falta no es para despido, es para suspensión por quince días, o es para suspensión de una semana, pero al dividirse las vías, no se tiene esa opción, o abrí el procedimiento administrativo dentro de la institución para efectos de sancionar, lo terminé y terminándolo me di cuenta que eso era despido, ya se fue el plazo, por lo que debe continuarse por la vía de sanción, posiblemente se tratará de imponer la sanción más alta, pero tengo que seguir por la vía de sanción; por lo anterior es que debería haber un solo órgano que pueda ir determinando en el procedimiento al averiguar la verdad real, la sanción aplicable.

Hay una serie de inconvenientes y para el mismo servidor en muchos casos, por no saber exactamente cual es el régimen que se le va aplicar. A la Contraloría se le abre la posibilidad de emitir con carácter vinculante gestiones, decirle, usted tiene que despedir a este funcionario; mucho más complicado tema -por ejemplo- el de la separación de Alcaldes, que ahora son de elección popular, ¿quién los separa?, ¿el Tribunal Supremo de Elecciones? ¿bajo cuáles conceptos, dos o tres procedimientos administrativos o es la Contraloría General de la República?, En las noticias hace poco que el Tribunal dijo, “bueno, es que me lo ordena la Contraloría”, no por un convencimiento propio de que tenga la competencia y así como hay alcaldes excelentes hay otros alcaldes que podrían ameritar alguna sanción.

Con respecto a los Ministros de Estado, éstos son designados por el Presidente bajo un tema de relación de confianza. ¿Puede la Contraloría ordenarle al Presidente que destituya a un Ministro constitucionalmente?, sino está otorgada la competencia constitucionalmente, posiblemente no, puede sugerirle, puede instarlo, pero no puede obligarlo, ¿por qué?, porque el régimen está a nivel de Constitución y la Constitución lo que dice es que el Presidente removerá

libremente, es más, en nuestro sistema que es presidencialista con matices parlamentarios, el voto de censura de la Asamblea Legislativa no obliga al Presidente, ya esto se vivió con un voto de censura que se dio a un Ministro, el Presidente dijo lo mantengo y lo puede mantener constitucionalmente; la propia Asamblea Legislativa no puede ordenarle al Presidente y la Contraloría que es un órgano de la Asamblea Legislativa, casi que tampoco le puede ordenar destituir un Ministro. ¿Qué pasa si el Ministro violenta la Ley Contra la Corrupción, se le va a dejar impune?, son temas que al menos deberían tener una referencia en la propia Constitución, el problema es que la Constitución es muy antigua, cuando se hace el diseño constitucional el constituyente ni siquiera le quiso dar la posibilidad a la Asamblea Legislativa que con un voto de censura obligara a sustituir, o será que tenemos que volver a un sistema un poco más parlamentario para que sí lo obligue, para que con un tema de corrupción por ejemplo, sí se pueda obligar a la destitución y confiar que la Asamblea no politice el tema, porque existen riesgos que pueden politizar el tema, porque se nos puede decir que violentamos la Ley Contra la Corrupción porque usó un carro un domingo, ¿será ese motivo para destituir en ese momento cuando la ley dice que los carros son de uso discrecional, sin límite y los límites vienen impuestos más por una concepción ahora de manejo de fondos públicos o de transparencia en la gestión? bueno, pero si la ley lo dice entonces se debería reformar la Ley, el temor que queda es que esos temas a nivel de Asamblea se puedan politizar, a la larga sería mejor reformar la Constitución para que dentro del capítulo que regula la Contraloría, a esta se le de esa posibilidad, que es mucho menos política que una Asamblea Legislativa, esto es para clarificar un poco todo lo complicado que pueden ser estos temas que se dan a nivel de los funcionarios medios, también desde el Presidente y de ahí a todos los demás funcionarios, porque no hay una regulación adecuada en esta materia, existen una serie de regulaciones parciales del tema, que son parches porque no está sistematizado, por lo que considero que urge una regulación nueva, completa, de lo que es el empleo público, como es el tema del Presidente y Ministros que deberían tener una regulación constitucional, pero hay toda una serie de condiciones, de temas, de gestión diaria de la Administración que se complica muchísimo, por que no tenemos claramente establecido cual es la regulación adecuada y si además de eso lo unimos con instituciones donde hay Convenciones Colectivas con Juntas de Relaciones Laborales, el tema es más complicado, ¿por qué?, porque -por ejemplo- a la Procuraduría le han consultado, ¿qué sucede si la Junta de Relaciones Laborales no se reúne y es necesario el criterio de la Junta de Relaciones Laborales para que el Ministro pueda resolver, corre el plazo otra vez o no está corriendo?, va a prescribir o no va a prescribir si existe una imposibilidad porque esa Junta no se reúne?; ¿es vinculante o no lo que indica la Junta de Relaciones Laborales?, la Sala Constitucional señaló que no podía ser vinculante, pero sí tiene que darse procesalmente ese paso; si no se reúne la Junta de Relaciones Laborales la Procuraduría ha señalado que el plazo queda suspendido

hasta que se reúna, por qué el Ministro no puede ejercer su potestad, no se critica la existencia de la Junta de Relaciones Laborales como un paso previo a la decisión que debe adoptar el jerarca, la crítica se dirige a que no hay una regulación que indique que en ese momento queda suspendido el plazo.

Respecto al tema de procedimiento, se conviene indicar que la Ley se reformó, pero debe recordarse que para imponer una sanción disciplinaria se contaba con un mes, vía jurisprudencia se dijo que un mes es para abrir el debido proceso. El procedimiento administrativo estaba regulado como procedimiento, pero no regulaba que había de aplicarlo a ese tipo de situaciones, entonces se dijo, que en ese mes debía de abrirse el procedimiento, abierto el procedimiento tengo dos meses prorrogables a dos meses más de acuerdo con la Ley General de la Administración Pública para concluirlo, si no se concluye en esos cuatro meses y no hay justificación me vuelve a correr el plazo de un mes, es lo que ha dicho la Procuraduría, pero eso no lo tenemos en una norma expresa, en una norma tenemos que prescribe en un mes, ¿por qué?, porque es aplicación supletoria del Código Laboral, porque no está en el Estatuto de Servicio Civil, al no existir debemos irnos al Código Laboral y el Código Laboral establece un mes, no estaba previendo que había que seguirle un debido proceso al funcionario, hubo que integrar el ordenamiento jurídico, ¿para qué?, para complementar la obligación del debido proceso y el plazo de prescripción de un mes, porque en un mes es imposible abrir el procedimiento, terminarlo y dictar el acto, cuando la propia Ley General de la Administración Pública señala que hay que darle quince días hábiles para convocarlo a comparecencia, ya solo ahí estamos hablando de veintidós días, es totalmente imposible hacerlo en un mes, no es posible para la Administración que se de cuenta hoy, hoy abra el procedimiento, le de audiencia para dentro de veintidós días y tenga resuelto dentro de un mes. Con esto retomo el tema, ¿qué debemos hacer?, primero una modificación prácticamente completa al Estatuto de Servicio Civil.

¿Qué tema podríamos entrar a regular? Considero que debe hacerse un replanteamiento de las pruebas de idoneidad, las pruebas de idoneidad en este momento no necesariamente hacen una buena evaluación de la persona, tengo la experiencia de funcionarios que pueden venir con muy buena nota y en el momento que empiezan a trabajar no funcionan, como ha pasado, que excelentes funcionarios que están interinos, les va mal y no pueden pasar el examen de Servicio Civil, uno sabe como trabajan, los está viendo trabajar, sabe que son excelentes, pero no pasan el examen y de la Procuraduría se ha tenido que ir gente porque no pasa el examen y uno sabe que es gente muy buena; hay que hacer un replanteamiento de cómo se hacen esas pruebas, habrá técnicos, gente que haya estudiado eso, psicólogos, para decir como se debe hacer la evaluación; me parece, por experiencia, es que tal y como está diseñada la evaluación en este momento no funciona, no le sirve a la Administración.

Otro tema relacionado con lo anterior, es que hay que buscar una profesionalización del empleo público, por ejemplo, es importante, exigir como un requisito, que al menos, cada tres años, tenga que haberse llevado algún curso de actualización en la materia en que se trabaje, porque el funcionario necesita estarse actualizando, incluso no solo en el tema en que trabaja sino en lo que está sucediendo en el país, en las últimas normas que se han promulgado, en las interpretaciones de hacia donde vamos, etcétera. Desde esa perspectiva parecería saludable que exista una norma que obligue a que el funcionario demuestre cada tres o cada cinco años, haber llevado al menos un curso de actualización y establecer la posibilidad de que sean cursos que se den en la misma Institución, o en la Contraloría General de la República por ejemplo que da cursos de contratación, o en la Procuraduría que ahora está dando cursos, que de alguna manera pueda acreditar que se mantiene actualizado y si no se actualiza, volverle a hacer al funcionario el examen, que de alguna manera pruebe el funcionario que se mantiene dentro del tema, ¿por qué?, porque en este momento, está garantizada la inamovilidad, pero esa inamovilidad no se puede confundir con sentarse en nuestros escritorios y no hacer nada hasta que me llegue el tiempo de la pensión. El tener la garantía de inamovilidad, la cual hay que mantener y no debe cambiarse, no significa mantener una garantía de no hacer nada, significa que mientras estemos trabajando bien, no nos pueden remover por criterios políticos o porque le caí mal a mi jefe, pero no significa que no trabajemos o que nos quedemos simplemente sin hacer nada, significa que tenemos que seguirnos manteniendo actualizados para poder trabajar bien, lo cual es importante y nos hace sentir mejor a nosotros mismos, toda vez que si yo sé qué está pasando, si yo sé que están regulando, si yo sé qué leyes están cambiando, que directa o indirectamente las tengo que aplicar, me voy a sentir mejor en mi trabajo si yo sé que significan, si sé como lo ha interpretado la Sala Constitucional, si conozco mi materia, me voy a sentir más satisfecho de mi trabajo y posiblemente nos va a dar, primero: menos pereza y segundo: menos miedo de tomar decisiones y es que hay que aprender y hay que estar más concientes y sobre todo ahora, a partir de la aplicación del Código Procesal Contencioso Administrativo, que no hacer nada genera responsabilidad, que no tomar decisiones genera responsabilidad para el servidor y para la Administración; antes entendíamos que no hacer nada, era mejor, porque si hago y me equivoco me castigan. Lo que pasa es que el sistema está cambiando y está cambiando bien. ¿Por qué está cambiando bien? porque ahora la omisión de la Administración es sancionable y la omisión del funcionario que hace que la Administración omita su decisión también es sancionable, entonces dentro de esa perspectiva, el funcionario tiene que cambiar la visión de cómo funciona y de qué se espera de ellos.

El funcionario público en términos generales quiere aprender, es darle la oportunidad de que aprenda, es darle los instrumentos para que pueda aprender, todos tenemos que trabajar juntos en dar ese giro.

¿Hace falta una reforma al Estatuto de Servicio Civil? Sí, si hace falta en mi criterio; pero hace falta también que cambiemos la actitud y que tengamos una actitud de sentirnos orgullosos de ser funcionarios públicos y hacer este tipo de actividades para mejorar y aprender, para saber como hacer las cosas, e incluso, saber como hacer las cosas es una manera de prevenir la corrupción. Entonces debemos prepararnos, hay que buscar instrumentos adecuados y por eso les reitero que actividades como esta me parecen que precisamente van en esa línea de un cambio de actitud y de un tema que para mi en el fondo es de prevención de la corrupción y además ¿cuál es el objetivo final de la Administración?, ¿Para qué se creo la Administración?, para la satisfacción de los intereses de los administrados, de todos los ciudadanos, entonces si la Administración cambia, si hace mejor las cosas, por lo tanto las hará más rápido, posiblemente la satisfacción del interés público y del interés individual de los administrados, que es el objetivo final de la creación de la Administración, también se verá cumplida de una mejor manera.

"LA LEGISLACIÓN ARCHIVÍSTICA Y SU RELEVANCIA"

*Aída Luz Mendoza Navarro*¹

SÍNTESIS

El sugerente título del presente artículo trata de fundamentar la necesidad de contar con una legislación coherente, suficiente y actualizada para los archivos. En ese camino, una primera tarea será convencer a las autoridades administrativas y políticas de la importancia de legislación archivística para cubrir sus múltiples necesidades.

La legislación archivística, por lo tanto deberá considerar el tipo de norma más adecuada, en concordancia con los avances de los últimos tiempos relacionados con los archivos, el rol de los funcionarios públicos en su protección, además de las sanciones que deberán aplicarse en caso de incumplimiento de las normas vigentes. Estos serán los temas que en las siguientes líneas desarrollaremos.

INTRODUCCIÓN

Para hacer posible la vida en sociedad, facilitar la convivencia humana y la relación entre los hombres, el Estado se ha visto en la necesidad de agenciarse de un sistema legal que le permita establecer la regulación de los diversos sectores de la actividad pública y privada. En unos más que en otros, las normas son cuantiosas, en cambio hay sectores en los que la legislación es muy escasa y también hay actividades no normadas, lo que ocasiona vacíos legales en el momento de tomar decisiones jurídicas en el ámbito administrativo o extra-judicial y judicial propiamente.

La sociedad adopta normas que se integran al ordenamiento jurídico que rige la vida del hombre y la de éste con la de sus semejantes, en suma, todas las actividades que el hombre realiza, o casi todas, tienen una base jurídica y aquellas en las que no existen leyes son motivo de grandes luchas por quienes necesitan de la norma para tener un parámetro de actuación legal.

1. Abogada, Consultora en Archivos.

La archivística desde hace mucho mantiene una legislación más o menos satisfactoria para las diversas áreas en las que se desarrolla la actividad, su importancia va cobrando cada vez más adeptos, fundamentalmente, en lo que se refiere a la protección del patrimonio documental de la Nación; las leyes sobre sistemas nacionales de archivos; y las normas técnicas emanadas de los organismos oficiales competentes, revestidos de facultades otorgadas por la misma ley y autorizados a expedir dispositivos legales, también forman parte de la Legislación Archivística de un país.

En ese contexto trataremos de establecer algunas ideas sobre la relevancia del elemento normativo en los archivos para su protección como una vía para ir revirtiendo la crítica situación en la que todavía se encuentra la mayoría de ellos.

2. ¿POR QUÉ SE NECESITA LEGISLAR SOBRE LOS ARCHIVOS Y LOS DOCUMENTOS ARCHIVÍSTICOS?

Para la mayoría de los archiveros de los diversos países del mundo no es novedad que la situación de los archivos y los documentos no es de lo mejor, tanto para los de la actividad privada como estatal. Los de este último sector son los que más problemas enfrentan, muchas veces, por la incomprensión de los gobernantes o para decirlo con más propiedad, por su ignorancia respecto de lo que significan los documentos para la sociedad y el Estado mismo. Lamentablemente es muy poco lo que los gobiernos hacen para favorecer la protección de los archivos, se trata de un sector que sufre -más de las veces- la indiferencia de las autoridades exponiendo los valiosos documentos de la gestión pública a su pérdida, los que se abandona a su suerte, y hasta podemos sospechar que en algunos casos 'su destrucción' es provocada por quienes tienen interés en que se eliminen las pruebas documentales de hechos ilícitos. Posiblemente el deshacerse de las pruebas -que muy bien podrían sustentar las sanciones a funcionarios irresponsables por acciones administrativas o respaldar la aplicación de penas en el ámbito penal por la comisión de delitos contra la administración pública- garantiza la impunidad que buscan para quedar incólumes ante la justicia social.

Accesoriamente a la caótica situación en la que se encuentran muchos archivos, encontramos que no se sanciona a los responsables con penas severas a manera de ejemplificar actos reñidos contra la ley. Vemos como los documentos se deterioran, se pierden, se eliminan sistemáticamente y no pasa nada, esta situación indigna a quienes están comprometidos con los archivos porque sienten que ya nada se puede hacer para cambiar el triste panorama que se observa.

Los documentos archivísticos gozan de una característica que los hace entendibles dentro de un conjunto documental orgánico, esa es la integridad, de modo que si

éstos se pierden o se destruyen indiscriminadamente se producen vacíos que pueden provocar, a su vez, la pérdida de información irreparable. De la misma manera cuando se realizan eliminaciones sin aplicar las técnicas apropiadas de archivos tomando decisiones apresuradas para reducir el volumen de la documentación, eliminándose los documentos sin hacer una evaluación en aplicación de los criterios y técnicas de selección documental, el fondo documental también pierde ese carácter orgánico, tan importante para entender la gestión de una entidad y demostrar a través de los documentos sus derechos, pero también sus obligaciones.

A los problemas señalados podemos agregar que las autoridades de las entidades públicas no demuestran responsabilidad cuando se decide la ubicación de los archivos centrales dentro de las organizaciones, y no encontramos una norma que los obligue de manera categórica a crear los ambientes apropiados para la conservación de los documentos, o si ésta existe no se cumple, alguien dijo una vez: 'se necesitaría una ley que obligue a cumplir la ley'. Esto se repite no solo en los países en desarrollo sino también en los países desarrollados, de manera que no podemos decir que se trata solo de un problema de presupuestos o falta de recursos, sino de falta de responsabilidad y conciencia respecto de lo que significa el patrimonio documental de la Nación, más allá, será la ciudadanía la que sufrirá las consecuencias de la falta de sus documentos para la consecución de sus derechos cuya responsabilidad, sin duda, corresponde a las autoridades y administradores del Estado, porque en última instancia los documentos son de la nación, no de los gobernantes que la producen o de las entidades que los van sumando como producto de la gestión realizada, sino de la sociedad en su conjunto a la cual finalmente pertenece por constituir parte del patrimonio documental de las naciones.

Pero, no bastará con formular leyes con contenidos plagados de términos estimulantes, o normas técnicas dirigidas a la protección de los documentos archivísticos y los archivos, sino que éstas normas deberán estar de acuerdo con el tiempo y el espacio en las que se procuran, lo que significa tener a disposición una legislación moderna adecuada a las exigencias actuales para cubrir los vacíos u omisiones que por los avances tecnológicos producidos se van dando tanto a nivel nacional como internacional, por lo que se hace imprescindible legislar sobre temas nuevos o novedosos vinculados directamente a los archivos. En ese camino la legislación deberá ser actualizada con prudente periodicidad², para responder a las exigencias de los cambios tecnológicos en este mundo globalizado al cual no podemos sustraernos.

2. Algunos especialistas recomiendan la revisión de las normas legales, por lo menos cada cinco años para ser actualizadas o modificadas, según sea el caso.

Como es de advertirse la legislación deberá cubrir los vacíos que se irán detectando y que por el devenir del tiempo, como es natural, no se encuentran en las leyes o normas vigentes. Temas como la corrupción de los funcionarios públicos y la probanza de los delitos a través de los documentos, la transparencia de la función pública y el acceso a los documentos, la rendición de cuentas documentada, etc., no pueden faltar en la legislación de estos tiempos. Por añadidura tendremos que enfrentar otros temas que vienen incidiendo directamente en los archivos, como la tercerización en la custodia de los documentos tanto para entidades públicas como privadas, esta modalidad de custodia tan novedosa como riesgosa respecto de la responsabilidad entre el que solicita el servicio y el que lo ejecuta, bien merece un precepto normativo dentro de una ley. Nos preguntamos: de producirse un siniestro en una de las empresas almaceneras de archivos, ¿quién asume la responsabilidad? ¿cómo resarcir a la sociedad de la pérdida? ¿es posible tal resarcimiento mediante una indemnización -cifra dineraria- pagada por la empresa almacenera?, ésta ¿podrá recuperar la información siniestrada? Estamos convencidos que de ninguna manera. Estas interrogantes tendrán que responderse de manera muy precisa en una norma y reglamentarse pormenorizadamente a fin de que algunas garantías y responsabilidades queden explicitadas en una norma con carácter de ley.

Lo mismo podemos decir de la tercerización de los servicios de administración de archivos, desde el momento que cada día existen más empresas privadas dirigidas a organizar archivos aplicando los procesos técnicos que la institución contratante -pública o privada- demanda. Este tipo de servicio amerita una regulación que permita la vigilancia técnica de los organismos que conducen la archivística nacional, porque el patrimonio documental está en juego, de manera que no se puede dejar en el vacío legislativo, sobre todo cuando se dirige a la administración pública.

Algunos dirán que en un contrato se puede estipular las condiciones y penalidades suficientes a la luz de acuerdos y voluntades de las partes contratantes, por cierto, un contrato es ley entre las partes, pero si todas las garantías no se encuentran dentro de un dispositivo legal no estarán obligados a señalar ciertas condiciones más allá de la buena voluntad de las partes. De otro lado, una norma legal le permitirá al organismo archivístico de nivel nacional ejercer el control respectivo, exigir que se cumplan las garantías estipuladas en la norma y aplicar las sanciones administrativas cuando hayan sido burladas, sin perjuicio de denunciar los delitos que se configuren ante las instancias jurisdiccionales correspondientes.

Otro tema que no podemos dejar pasar sin que se refleje en una norma es el relacionado con el uso de la tecnología informática en la gestión documental lo que llevaría a un eminente riesgo de pérdida en la conservación de los documentos públicos y privados si resulta de una aplicación indiscriminada. Se han

promulgado muchas leyes al respecto a nivel mundial, los países se afanan cada vez más en contar con una legislación suficiente sobre el tema -eso está muy bien, es la modernidad, son los efectos de la globalización con los que tenemos que conectarnos para ser parte de esa modernidad con amplio sentido de inclusión en un fenómeno que nos envuelve y al que no podemos negarnos- pero, se necesita su interconexión con la legislación archivística y luego se impone una sistematización de toda la legislación producida sobre el tema, sea del nivel que fuere, más aun cuando -en la mayoría de los países, es el caso del Perú- se dieron sin ninguna coordinación con las entidades archivísticas las que mucho tienen que decir al respecto porque toda legislación en la que se incida en los documentos -cualquiera sea el soporte- se vincula directamente con los archivos.

Pese al esfuerzo de los archiveros de muchos países que han luchado y vienen luchando por contar con normas eficaces para los archivos, no siempre ha sido posible obtener la ley apropiada para la protección del patrimonio documental. Algunos países latinoamericanos en los últimos tiempos, han visto con satisfacción la aprobación de sus leyes del sistema nacional de archivos (SNA), pero aun son muy escasos los que las lograron, otros siguen esperando una ley similar o por lo menos una lo suficientemente rígida para proteger el patrimonio documental.

En la mayoría de países la producción legislativa en materia de archivos no es muy profusa sin embargo hay que destacar casos en Latinoamérica como los de Brasil, Costa Rica, Colombia y Perú, que gozan de leyes no solamente para el SNA sino además de normas técnicas dirigidas a la aplicación de actividades técnico-archivísticas específicas.

Actualmente el Estado afianza sus actividades sobre la base de la información, ésta proviene de diversas fuentes, una de las principales es la que podemos encontrar en los archivos públicos, de allí la necesidad de proteger la documentación que el Estado produce a través de diferentes mecanismos, políticas, estrategias, etc. Una de las vías más valiosas para la protección de los documentos públicos es la emisión de normas para lograr una legislación archivística suficiente que coadyuve a su conservación. Esta debería ser una tarea impostergable de todos los gobiernos. Lamentablemente los archivos no son los que concitan su atención, por lo que generalmente nos encontramos con situaciones como:

1. Ambientes destinados a los archivos que no reúnen las condiciones mínimas para la conservación de sus documentos y falta de presupuestos indispensables para el tratamiento de la documentación, además de insuficiente personal y carencia de capacitación del mismo, para la adecuada atención de los archivos públicos a nivel nacional.

2. Continuas pérdidas de documentos como acción de siniestros producidos en algunas entidades públicas y en otros casos, ocasionados por negligencia o acción delictiva sin que se sancione a los responsables.
3. Los códigos de ética y las leyes de transparencia, en la mayoría de los casos no precisan el comportamiento que los funcionarios y servidores públicos deben observar respecto de los documentos públicos, ni las medidas de carácter archivístico que se deben tomar para facilitar su acceso. Adicionalmente no se promueve la conciencia ciudadana sobre la importancia de los documentos como pruebas de la función pública.
4. La legislación sobre archivos y las normas técnicas están desactualizadas, no responden a los cambios de la Archivística moderna.
5. La carencia de políticas archivísticas impide un desarrollo uniforme, sistemático y técnico de la gestión documental.
6. No se precisa las coordinaciones y competencias de los Archivos Nacionales u organismos que definen la política archivística nacional sobre su interrelación con las organizaciones encargadas de la aplicación y seguimiento de las leyes de transparencia, ética y desarrollo del gobierno electrónico, lo que dificulta el tratamiento integral, la recuperación y el acceso a la información.
7. La falta de documentos impide la rendición de cuentas documentada de las autoridades, funcionarios y servidores públicos y su desorganización retarda las acciones de control y fiscalización de los organismos competentes y ciudadanos en general al dificultar el acceso.
8. Los documentos electrónicos, en la mayoría de casos, no son atendidos por los archiveros dentro de cada una de las entidades, por tanto no reciben un tratamiento archivístico, por el contrario la gestión documental informatizada se encuentra en manos de profesionales ajenos a la archivística.

Los problemas consignados deberían llevarnos a profundas reflexiones, pero también a emprender una lucha decidida para cambiar las situaciones que afectan a los archivos una vez que las detectemos. De continuar en ese escenario las consecuencias a afrontar serán:

1. La falta de integridad del acervo documentario lo que pone en riesgo la reconstrucción del pasado nacional.
2. Muchos casos de corrupción no serán sancionados al no contarse con las pruebas documentales para fundamentar las denuncias.
3. Las acciones de control y fiscalización carecerán de objetividad al no

sustentarse con documentación suficiente para la probanza de los actos y actividades administrativas.

4. No podrá cumplirse con los principios de transparencia y acceso a la información.
5. Los documentos electrónicos se eliminarán indiscriminadamente sin autorización de la organización facultada a decidir su eliminación.

En tanto se superen los problemas descritos, entre otras medidas, se deberá tratar de alcanzar las leyes que cubran los vacíos de las normas vigentes, debido a los cambios que se vienen produciendo en los últimos tiempos. Los temas más inmediatos a legislar serán:

1. Definir dentro de la legislación archivística, la aplicación de la tecnología informática cuidando la conservación, seguridad, estabilidad y autenticidad de los documentos por largos períodos de acuerdo a plazos de retención previamente establecidos.
2. Comprender dentro de las normas técnicas provenientes de los organismos archivísticos facultados a emitirlas, las disposiciones más adecuadas para el tratamiento de la documentación por medios electrónicos durante todo su ciclo vital.
3. El SNA deberá contar con políticas y normas técnicas que progresivamente reviertan la situación presentada respecto del riesgo en el que se encuentran los documentos públicos.
4. Diseñar las políticas de Estado dirigidas a los archivos que conduzcan a optimizar, la preservación, el tratamiento y la conservación para la posteridad de los documentos públicos.
5. Tomar las medidas más inmediatas para detectar la situación de riesgo en que se encuentra la documentación pública de algunas organizaciones previamente identificadas y de las privadas que quieran adherirse al SNA.

Teniendo claro el panorama sobre las necesidades legislativas el camino será centrar todos los esfuerzos en conseguir una legislación sólida cuyo contenido satisfaga los vacíos detectados y estaremos preparados para fundamentar el valor y utilidad de los documentos archivísticos con suficiencia jurídica.

Empezaremos por convencer de las necesidades de legislación archivística en determinados temas e intentaremos responder a una pregunta inicial: ¿por qué debemos considerar la legislación archivística como una vía para la protección de los documentos públicos durante todo su ciclo vital?

De acuerdo con la interrogante anterior nos preguntamos:

¿Qué tipo de norma es necesario para apoyar las políticas sobre la conservación de los documentos generados por la gestión pública?

¿Cómo influye la falta de normas apropiadas en la conservación de los documentos que constituyen pruebas de las responsabilidades o delitos cometidos durante la gestión pública, de las autoridades, funcionarios y servidores del Estado?

¿Qué características técnico-legales deben cumplir las leyes para los archivos con respecto al tratamiento de los documentos en cualquier tipo de soporte?

¿Cuáles son los organismos legalmente competentes para atender actividades relacionadas con el uso de la información contenida en los documentos públicos con los que la organización archivística de nivel nacional debe mantener coordinaciones?

¿En qué medida la adopción de normas éticas sobre el cuidado de los documentos públicos por el personal encargado de su gestión en las actividades del Estado puede ser una alternativa para evitar su destrucción indiscriminada?

En las próximas líneas intentaremos responder las interrogantes planteadas.

3. LA LEGISLACIÓN ESPECIALIZADA Y LOS ARCHIVOS

En primer lugar, habrá que optar por mantener una legislación coherente, suficiente y actualizada acorde con los cambios suscitados en los últimos tiempos. Al respecto Miguel Alejandro López Olvera dice: *“Un país que se preocupa por mejorar la calidad de sus leyes, es un país que avanza en todos los aspectos: económicos, culturales, tecnológicos, etcétera. Las leyes de un país necesariamente reflejan las estructuras económicas del mismo, la cultura, etcétera”*.³ De acuerdo con el autor, una de las formas de mejorar la problemática de los archivos -aunque no la única- será trabajar para la obtención de leyes y normas que satisfagan las necesidades legislativas de los archivos y documentos de acuerdo con los tiempos que vivimos, teniendo en cuenta el desarrollo de la archivística y la incursión de la tecnología informática en la gestión documental.

Junto con las novedades archivísticas es primordial desarrollar los conceptos archivísticos que luego se formularán en una ley o norma técnica que se ajusten al tratamiento de los documentos tradicionales y electrónicos, a partir de los principios universales archivísticos y las nuevas tendencias en la gestión de los

3. LÓPEZ OLIVERA, Miguel Alejandro, Técnica legislativa y proyectos de ley, p. 117.

documentos públicos. Esta no es una tarea sencilla porque habrá que conjugar ambas ciencias: la Archivística y el Derecho. No siempre lo que pensamos como norma archivística podrá definirse en una ley; sin embargo en una norma técnica archivística, en exclusiva, si es pertinente desarrollar con más libertad conceptos y elementos archivísticos sin que se afecte su calidad de obligatoria, que es una de las características fundamentales de las normas jurídicas y administrativas.

Cualquier tipo de norma archivística deberá enmarcarse en la realidad nacional, sin colisionar con el ordenamiento legal del país ni con la legislación vigente y válida sobre documentos, patrimonio documental, gestión, control y uso de los documentos públicos dentro de un SNA o cualquier otra norma general sobre la protección del patrimonio documental, etc., antes bien, la nueva norma reforzará lo establecido o mejorará todo aquello que tenga que modificarse o perfeccionarse. En cuanto a la construcción de la norma, aunque solo se establecen para su vigencia dentro del territorio nacional -así lo señalan las constituciones de los países sobre la base del principio de soberanía nacional- pueden ser formuladas a la luz de otras experiencias de países latinoamericanos, europeos u otras latitudes que enriquezcan la norma, siempre que sean compatibles con la realidad nacional, de allí la importancia del manejo de la legislación comparada, tanto para sustentar o sostener una norma como para proponer las modificaciones y actualizaciones de acuerdo con el desarrollo de la Archivística de otras partes del mundo.

Tal como se aprecia, la legislación archivística involucra a todo tipo de normas, éstas se presentan jerárquicamente en cuya cúspide se encuentra la Constitución Política del país, a esta norma de mayor nivel le siguen otras en estricto orden jerárquico descendente; además para complementar las normas con carácter de ley -en lo que a los archivos corresponde- se podrán aprobar instrumentos metodológicos para la gestión documental de los organismos públicos. Asimismo, la preocupación de los archiveros se extenderá a otros sectores, en la medida que aun no siendo temas propiamente archivísticos son vinculantes como la transparencia de la función pública y la rendición de cuentas, de acceso a la información, la ética pública, etc., en tanto estos temas guardan una estrecha relación con los archivos y documentos, por consiguiente las leyes que los sostienen son también de interés de la Archivística.

Por lo tanto, no solo tenemos que pensar en obtener una norma con categoría de ley, porque es muy importante contar con los instrumentos metodológicos que faciliten una eficiente y eficaz gestión de los documentos públicos, mejorando los controles y la seguridad de su conservación por parte del personal de archivos que se beneficiará con las orientaciones técnicas para realizar una serie de acciones o actividades archivísticas, lo que lleva a otra gran ventaja: la uniformidad en el tratamiento de la documentación en las organizaciones destinadas a su aplicación y cumplimiento.

Antes de iniciar la redacción de una norma, cualquiera sea el nivel, será necesario realizar una investigación para detectar las necesidades concretas a legislar y los vacíos de las normas vigentes, pero además, será ineludible un estudio de las normas derogadas en sus diversas modalidades⁴, o abrogadas⁵, porque la gran variedad de normas existentes tanto especializadas en materia archivística como las normas conexas o complementarias - no necesariamente archivísticas - pueden llevar a fatales confusiones e inclusive a lo que se denomina superposición de normas o antinomias⁶, lo que dificulta su aplicación, por tanto conviene un análisis exhaustivo de toda la producción legislativa directa o indirectamente relacionada con el tema. Este será un trabajo sine qua non para luego iniciar la formulación de las leyes o normas técnicas que sean necesarias para su aplicación en el tratamiento, tanto de la documentación tradicional y en medios electrónicos durante su etapa administrativa, como aquellas de carácter más general o leyes marco para la protección y conservación del patrimonio documental de la nación.

Las leyes marco⁷ que pudieran promulgarse sobre archivos también deberían sugerir algunas políticas nacionales para la protección de los documentos públicos. Las políticas sobre archivos permitirá que la máxima organización archivística cuente con una estrategia integral que reúna los elementos técnico-archivísticos para revertir progresivamente los problemas detectados sobre la situación en la que se encuentran los documentos públicos. La consignación sugerente de políticas dentro de las leyes las hacen más permanentes, inclusive podemos considerarlas como políticas de Estado a ser ejecutadas por todos los gobiernos que se sucedan.

En materia de archivos podemos hablar de un sistema legislativo especializado formado por el conjunto de normas vinculadas a éstos, promulgadas por los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Se comprende en dicho conjunto todo el Derecho

4. Marina Gascón Abellán, sostiene que la derogación consiste en limitar en el tiempo la esfera de aplicabilidad de las normas, se distinguen, al menos, dos grandes clases de derogación: la derogación expresa cuando ésta se produce por medio de una disposición derogatoria que identifica con precisión el objeto de la derogación y la derogación tácita o por incompatibilidad normativa que es la expresión del principio de la *lex posterior* cuando se produce incompatibilidad entre normas sucesivas. También se considera la derogación expresa indeterminada para designar el supuesto en que una disposición derogatoria se limita a fijar su objeto de manera indirecta (por ejemplo: "quedan derogadas todas las normas incompatibles con la presente ley" *La derogación*, p. 232-233 En: Elementos de Técnica Legislativa, coordinadores Carbonell y Pedroza de la Llave, México, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=21> [Consulta: 17.05.06].

5. Se denomina abrogación cuando la ley queda sin efecto en su totalidad por otra de igual o mayor jerarquía.

6. Contradicciones entre las normas.

7. En la técnica legislativa se denomina ley marco a aquella que establece principios generales. Este tipo de leyes no entra en detalles porque se entiende que otras normas complementarias los asumirán.

Positivo del país sobre los archivos, sean leyes propiamente, decretos, resoluciones o reglamentos; así como directivas, instructivos, etc. aprobados por los dispositivos del nivel jerárquico correspondiente y en general, todas las normas de naturaleza legal aprobadas y promulgadas para la actividad archivística por los organismos en uso de sus atribuciones.

Las normas que forman parte de un sector de actividad tienen que ser coherentes y armónicas entre sí, a pesar de su disimilitud sistemática; porque orientan al hombre hacia sus fines trascendentales⁸. Ante esta sugerencia, debemos tener en cuenta que sobre la base del derecho, las normas se emiten para cada sector de actividad, pero eso no significa que su existencia es aislada porque se deben al conjunto normativo de un país e integran el sistema legal del Estado de manera que el contenido y sentido de la norma no puede ser distorsionado. Por otro lado, es necesario reconocer que existe una relación de interdependencia entre la relación jurídica y la norma jurídica, Norberto Bobbio afirma: “...no diremos que una norma es jurídica porque regula una relación jurídica, sino que una relación jurídica es jurídica porque es regulada por una norma jurídica....Relación jurídica es aquella que, cualquiera sea su contenido, es tomada en consideración por una norma jurídica integrada en un ordenamiento jurídico y calificada por una o varias normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico”.⁹ En tal virtud, se necesita coherencia en la formulación de cualquier norma aun cuando esté dirigida a un sector de actividad muy específico, como es el caso de los archivos, lo que supone el estudio amplio de todas las normas que puedan incidir en la nueva disposición legal para evitar interferencias que podrían derivar en usurpación de facultades y competencias entre los organismos del Estado, cuya función pública se enmarca dentro de las normas que señalan las funciones que le son propias a cada una de las organizaciones públicas. Esto no sólo es válido para la emisión de normas sobre archivos sino para todo tipo norma. Lamentablemente, en repetidas ocasiones constatamos que muchos dispositivos legales luego de ser aprobados y puestos en vigencia, nos damos con la sorpresa que inciden negativamente en alguna actividad archivística o lo que es peor, atentan contra los archivos poniendo en riesgo la documentación pública y el patrimonio documental en su conjunto, por lo que toda norma que tenga alguna incidencia en los archivos debería ser consultada con el organismo archivístico nacional el que presentará, en todos los casos, su informe oficial ante la instancia proponente para expresar su opinión favorable o desfavorable y proponer las modificaciones o correcciones al proyecto que estime necesarios. Esta situación tiene que ser recogida en la ley de archivos.

8. GARCÍA TOMA, Conceptos fundamentales del Derecho, p. 16.

9. Op. Cit. BOBBIO, p. 18.

Tratándose de los documentos archivísticos y los archivos las normas necesariamente deberán tener carácter imperativo -lo que se denomina jurídicamente imperatividad erga omnes debido a que el respeto de la norma será universalmente obligatorio- de ninguna manera puede optarse por una norma declarativa. Las normas que más conviene a la Archivística son las obligatorias, éstas son consideradas substanciales porque son necesarias para mantener la propia vida de la comunidad o algún aspecto altamente valorado de la misma.¹⁰

De acuerdo con lo dicho las preguntas que tenemos que hacernos son: ¿qué es la legislación? y ¿para qué sirve?

La legislación en todo Estado de derecho es el conjunto de normas integradas entre sí, que constituyen un ordenamiento jurídico, en tanto éstas no existen solas sino en un contexto de normas que tienen relaciones particulares.¹¹ Dentro de ese conjunto normativo encontramos las dirigidas a los archivos y documentos; así como las que de manera indirecta inciden en la actividad archivística debiendo considerarlas como concordantes y conexas.

Existe una jerarquización en la emisión de las normas, siguiendo la línea planteada por Kelsen en su representativa pirámide, las normas de más alto nivel establecen cómo se crean las leyes, en el siguiente nivel están las que se encargan de la aplicación del derecho; y en la base se encuentran las normas que regulan una acción en concreto en un caso específico. Este proceso se denomina ‘concretización’¹² Aquí precisamente, podemos ubicar las normas especiales, propiamente las que regulan actividades como las de los archivos.

Sobre los niveles que guardan las normas Ramón Badenes dice: “*La jerarquía normativa tiene el sentido de mantener la dignidad y preeminencia política de la norma que el poder soberano destaca con tal valor. Precisamente se deriva del respeto a este poder; la jerarquía de las normas es el reflejo de la jerarquía entre los órganos estatales, y no admitirla sería permitir contradicciones jurídicas, creando situaciones prácticamente iguales a las de la anarquía*”.¹³ Esta prelación normativa hace viable la aplicación de la norma con coherencia por los organismos estatales encargados de hacerla cumplir, así se mantiene un orden jurídico de acuerdo con las facultades asignadas a cada organización pública, de lo contrario entraríamos en un caos normativo donde nadie sabe a quien le corresponde hacer cumplir la ley y aplicar las medidas de sanción que ésta le permita cuando no se cumple.

10. RIDDALL, J.G. Teoría General del Derecho p. 63.

11. BOBBIO, Norberto, Teoría General del Derecho, p. 142.

12. *Ibidem*, p. 160.

13. BADENES GASSET, Ramón, Metodología del Derecho, p. 287.

Señalar la competencia de la aplicación de la norma con toda claridad, partiendo de la ley que así lo faculta, es fundamental y en archivos por lo general se asigna esa potestad a un organismo que en representación del Estado tiene el encargo de hacer cumplir la legislación correspondiente. Éste instituido como organismo individual o como cuerpo colegiado, tiene el poder legal suficiente para tomar las decisiones -sobre la base de la legislación que lo autoriza- para definir las estrategias relacionadas con el cumplimiento del imperio de la ley, cualquier intromisión de organismos ajenos deberá ser inmediatamente cuestionada, cuando no sancionada.

4. LAS LEYES PARA ARCHIVOS

La ley es toda norma dictada por poder competente con atribuciones para otorgarla. Pueden presentarse en sus diversas modalidades: constitucionales, ordinarias, orgánicas, regionales, etc., más todas entran en la denominación genérica y común del término, entonces, hablamos de la leyes de un país, aunque luego las individualicemos de acuerdo con su nivel jerárquico. Ese conjunto normativo y otros de distinto nivel jerárquico forman el ordenamiento jurídico de un Estado de derecho, cuyo propósito es regular la relación entre los hombres dentro de una sociedad determinada, o entre los Estados, según las relaciones que puedan emprenderse o derivarse entre dos o más de ellos, en tanto cada uno mantiene una serie de actividades y relaciones bilaterales y multilaterales; pero también pueden presentarse relaciones de personas individuales con personas jurídicas e inclusive de éstas con un Estado, las que deben regularse sobre la base de la legislación nacional e internacional, según sea el caso.

La principal característica de la ley es ser obligatoria porque es establecida por la autoridad pública competente para aprobarla, promulgarla y ponerla en vigencia. Ese carácter de obligatoriedad de la ley nos lleva a establecer que en sentido amplio y general estará dirigida a todos los habitantes de un país, cualquiera sea su condición, lo que incluye a los ciudadanos extranjeros dentro del territorio nacional, sin excepción.

En cuanto a la naturaleza de la ley -en materia de archivos- casi todos los países cuentan con leyes generales de protección o conservación del patrimonio documental, algunas datan del siglo XIX y XX, éstas normas son fundamentales porque a partir de ellas es posible emitir las de menor nivel que vayan cubriendo temas específicos y para los diversos aspectos necesarios a legislar. Según Manuel Calvo García: *“En el conocimiento científico por excelencia, las leyes más generales, aunque ellas mismas puedan quedar inexplicadas, permiten, al menos, explicar o dar razón de todas las demás, al tiempo que el desarrollo científico se*

*hace posible por la posibilidad perenne del contraste de las mismas con la realidad. Es decir, aunque las leyes más generales del conocimiento científico del mundo de los hechos plantean enlaces lógicamente arbitrarios en tanto que 'inexplicados' no dejan lugar a duda, ya que 'los enlaces que afirman son universales y definen la realidad', por lo que no hay más remedio que inclinarse ante la realidad de los hechos"*¹⁴. Estas leyes generales, que incluyen un universo amplio, cuya pretensión es no dejar nada que posibilite una laguna legal en el momento de aplicar la ley, deberán ser muy sólidas. Su contenido exige una cobertura de gran dimensión porque será el enlace con todas las que se deriven de ésta, en consecuencia de las razones jurídicas que pueda contener dependerá mucho la eficacia de las normas derivadas de aquella.

Cuando nos referimos a los archivos y mencionamos la legislación dirigida a este sector de actividad, tenemos que diferenciar las leyes generales las cuales solo pueden ser emitidas por el Poder Legislativo y promulgadas por el presidente de la República, o procedimiento análogo establecido por la Constitución Política de cada país; y las normas propias del Poder Ejecutivo que pueden ser procedimentales, reglamentarias o técnicas, otorgadas por este poder del Estado sobre la base de la Constitución Política y las leyes generales que así lo establezcan.

La norma sobre archivos -más que en otro tipo de actividades del Estado- deberá cuidar muy especialmente su contenido para que sus objetivos se cumplan o al menos logre ciertos niveles de eficacia. Al respecto, Calvo sostiene: *"La denominada certeza del derecho depende, pues, en última instancia, del orden dogmático de la ley que establece cuáles son las reglas de juego válidas y cómo se llega a soluciones correctas. Este orden dogmático permite organizar los medios adecuados para flexibilizar y extender o recortar el texto de la ley, sin dejar de atribuir las soluciones a su autoridad. O, cuando menos, garantizar que el tránsito desde la abstracción legal hasta lo concreto se produce sin menoscabo de la autoridad de la que está investida la ley"*¹⁵. De donde inferimos que el carácter imperativo de la ley estará presente en las de archivos con mayor énfasis que en otros temas.

No es ajeno a los archiveros de todas las latitudes del mundo lo difícil que resulta encontrar consensos con las autoridades y gobernantes de turno respecto de las necesidades legislativas de los archivos. Tenemos que reconocer que los archivos no son priorizados por los gobiernos; no obstante, en los últimos años algunos temas vinculados a ellos ha facilitado su revalorización en algunos países, quizá

14. CALVO GARCÍA, Manuel, Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica, p. 219.

15. Ibidem, p. 255.

en un proceso lento pero se va avanzando en cuanto a su protección en algunos Estados más que en otros, es así que Antonio Gonzáles Quintana dice: *“Las responsabilidades de los poderes públicos para con sus documentos han evolucionado sustancialmente a lo largo de los siglos. De garantía fundamentalmente económica, de enorme magnitud en el desarrollo del capitalismo, los documentos producidos como consecuencia de las actividades de los organismos públicos están recorriendo un largo camino hacia su conversión en garantes de derechos. La misma seguridad jurídica que históricamente han ofrecido los registros públicos, como piedra angular del sistema de propiedad privada, la deben ofrecer hoy los archivos en general, para hacer valer los derechos propios de una sociedad democrática.”*¹⁶ De acuerdo con el autor, el sostenimiento de los archivos se vincula en estos tiempos a la idea de los valores democráticos, dentro de los que se comprende: el acceso a la información, la transparencia de la gestión pública y otros temas relacionados, con lo que se va creando una atmósfera favorable que los archiveros del mundo deben aprovechar para situar a los archivos en el nivel en el que siempre debieron ubicarse, como fuentes fundamentales de la gestión pública por lo que les corresponde un lugar preferente dentro de los Estados al constituirse en las principales fuentes de información de las democracias y testimonios de los derechos del hombre dentro de la sociedad.

La legislación en todo Estado de derecho es vital, porque cualquier falla de orden jurídico o por la carencia de una ley, se podría poner en grave riesgo la seguridad jurídica, a la vez que el Estado estaría incumpliendo su obligación de tutelar los derechos fundamentales de la sociedad, es así que los archivos tampoco pueden quedar desprotegidos legalmente porque conservan las evidencias documentales que permiten que esa seguridad jurídica sea una realidad.

5. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Uno de los problemas jurídicos que se percibe como riesgosos con respecto a las leyes se presenta en su interpretación. Toda norma o ley para su aplicación pasa por la técnica jurídica de la interpretación, aun cuando intencionalmente el jurista pretenda despojarse de ella; sin embargo, al momento de aplicar la norma, por lo general tanto juristas como abogados y legos en la materia se ven impulsados a entender el sentido de la ley, entonces, se ubican en el terreno de la interpretación. Refiriéndose a la aceptabilidad de las interpretaciones de la ley, Calvo afirma: *“Esto es, el orden dogmático de la ley tiene funciones tanto de control como de legitimación, ya que al mismo tiempo que establece y administra los cánones*

16. QUINTANA GONZÁLEZ, Antonio, Garantías documentales y democracia. (On line).

hermenéuticos garantiza la aceptabilidad de las interpretaciones realizadas de acuerdo con las reglas y los procedimientos del mismo".¹⁷ En efecto, existen determinadas reglas de interpretación de las cuales se agencian los juristas para llegar a lo que se denomina el espíritu de la ley; pero, no siempre esas reglas son aplicadas con rigurosidad jurídica por lo que muchas veces nos encontramos con interpretaciones que a los entendidos en derecho sorprende y más aun a los profanos en asuntos jurídicos quienes no terminan de entender lo que realmente pasa en estricto orden legal.

Los jueces aplican la ley, no obstante, las interpretaciones a menudo no se condicen con su esencia en tanto confluyen factores ajenos que los llevan a tomar decisiones apartadas de lo puramente jurídico, siguiendo con Calvo recogemos su posición frente a esta situación: "*La racionalización jurídica que promueve el derecho natural moderno coincide en el tiempo con los procesos modernos de secularización y burocratización de la función del jurista al servicio de las administraciones y de los poderes laicos. La autoridad del burócrata no descansa directamente sobre el dominio de un método, aunque exige un saber específico, sino sobre las estructuras administrativas de los incipientes estados modernos y las nuevas formas de legitimación a que dan lugar. Parece como si ante la pérdida de su función creadora, la autoridad pseudosacerdotal del jurista se hubiese proyectado sobre un nuevo marco de relaciones de poder que asegura la autoridad del jurista a partir de mecanismos que se muestran como mecanismos jurídico-políticos y al mismo tiempo puramente formales*".¹⁸ De manera que el jurista cuando aplica la ley no está desprovisto de influencias, no necesariamente jurídicas, sino políticas que lamentablemente influyen en sus decisiones llevándolo a interpretaciones alejadas de la esencia jurídica.

Más adelante Calvo sostiene: "*...paralelamente comienzan a desarrollarse nuevos postulados de legitimación, una situación en la que la legitimidad del experto se vincula no tanto al dominio de una técnica como al ejercicio de una función burocrática. En los sistemas jurídicos modernos saber y poder se complementan en un sistema integrado de legitimación científica y legitimación burocrática*".¹⁹ Quizá la situación que se crea es lo que suscita la desconfianza de la sociedad respecto de la justicia porque es notoria la incidencia de diversos factores en las decisiones de los juristas, lo que deja dudas en la población que no tiene la certeza absoluta de que sus fallos siempre estén arreglados al estricto apego a la justicia. En esta medida, cuando los archiveros constatan que existiendo leyes que protegen la conservación de los documentos o castigan su eliminación indiscriminada, no se

17. Op. Cit. CALVO, p. 256.

18. Ibidem, p. 256.

19. Ibidem, p. 257.

sanciona al agente del delito, sienten que al Estado no le interesa este sector, la indiferencia de las autoridades ocasiona cierto pesimismo porque comprobamos que los delitos contra los documentos públicos quedan impunes.

Pero, no solamente en el ámbito jurisdiccional se producen interpretaciones alejadas de la esencia jurídica sobre la aplicación de la ley, esto también ocurre en la vía administrativa, en alusión a esta situación, Calvo dice: "*Desde un punto de vista general, las técnicas del derecho administrativo promueven el aumento de la legislación, la particularización y la concreción creciente de las normas que regulan las actuaciones públicas; pero paradójicamente este incremento y concreción de las normas jurídicas no acaba con el 'ámbito de apreciación' o margen de 'discrecionalidad' en la aplicación del derecho*".²⁰ Precisamente bajo ese margen de discrecionalidad²¹ es donde se produce una especie de interpretación, esta vez, por parte de los funcionarios públicos. Sabemos que la administración pública también actúa sobre la base de un conjunto de normas cuyo número es cada vez más creciente. En este sector no se da un paso desprovisto de una norma que lo sustente, pero, no obstante existir un gran número de normas, más de las veces el funcionario hace uso de la discrecionalidad -distinta a la interpretación, pero que suele confundirse- para aplicar la norma como más conviene a su interés particular o de terceros, donde el problema es la desdiferenciación de los sistemas jurídico y político que determina la utilización del derecho con fines de política social.²² Cuanto más poder tiene el funcionario el abuso del poder discrecional se incrementa, esto es palpable cuando nos enteramos que un funcionario de más alto nivel, -haciendo uso de una errada atribución y poderío administrativo- ordenó la eliminación de documentos porque ocupaban un espacio que necesitaba para otros fines, lo cual no se inscribe en ese poder otorgado por la ley, sino en una actuación delictiva consignada en una norma jurídica penal.

La interpretación es una institución jurídica que se aplica a todas las normas aun cuando su contenido sea claro, porque no hay que confundir la interpretación con la dificultad de la interpretación.²³ Lo que quiere decir que a la ley, cuyo texto tenemos escrito, necesitamos darle vida a través de la interpretación -*interpretatio legis*- para conocer cual es su sentido, de este modo llegamos al *espíritu* de la ley

20. Op. Cit. CALVO, p. 266.

21. La discrecionalidad es una facultad que se le otorga -por la ley- a los funcionarios públicos para tomar decisiones con relativo margen de libertad o prudencia, para resolver un asunto concreto sin que esté consignada su actuación en una norma respecto del tema sobre el cual ejerce su poder discrecional; en cambio la interpretación se basa en una norma que establece una solución, la que puede ser manejada desde diferentes puntos de vista dentro de los márgenes de la técnica de la interpretación jurídica que asumen los jueces.

22. Op. Cit. CALVO, p. 267.

23. Op. Cit. BADENES, p. 359.

donde el intérprete debe estudiarla, sin desligarla de su origen pero adaptándola a las circunstancias sociales.²⁴

No obstante la necesidad de claridad y sencillez en cada uno de los términos que componen una ley o norma, en la dación de las que provienen del Poder Legislativo e inclusive del Poder Ejecutivo, inciden situaciones que muchas veces escapan al sentido que se pretendió de la norma por parte de los directamente interesados. Tratándose de los archivos el principal interesado en la emisión de una determinada norma será la entidad que conduce la archivística nacional, sin embargo, a menudo se tiene que sopesar dos factores que inciden en la técnica legislativa, como sostienen Susana Pedroza y Jesús Cruz, a saber: “*Bajo la distinción entre lo político y lo técnico podemos señalar lo siguiente:*

- 1. Lo estrictamente político contiene las posiciones ideológicas de los partidos políticos y grupos de interés.*
- 2. Lo técnico se refiere a las características formales que debe tener el texto normativo, como son: el uso del lenguaje, su estructura lógica, brevedad, claridad; y la inserción armónica dentro del sistema jurídico, es decir, de su cumplimiento con las reglas de reconocimiento (constitucionalidad y legalidad).²⁵*

En efecto, cuando se formula un proyecto de ley, -éste puede iniciarse en el organismo técnico-, cada uno de los artículos que comprende la futura norma tiene un objetivo, se cuida los términos propios del área correspondiente, se sigue un estricto orden lógico en su estructura y se cuida que la norma no interfiera con otras de sectores en los que pueda incidir negativamente. En materia de archivos, según el sector de la actividad archivística a regular, verbigracia, para implementar un SNA, habrá que cuidar de no colisionar con las normas de los sistemas administrativos, antes bien, habrá que reforzar su concordancia con elementos que ayuden o favorezcan a los archivos y más allá, se deberá poner especial cuidado con el sistema legal en su conjunto partiendo de la Constitución Política del país; sin embargo cuando la norma al llegar al Poder Ejecutivo -si corresponde a éste su aprobación- o al Poder Legislativo -para las normas con carácter de ley-; se tiene que estar a las posiciones u opiniones de los funcionarios o de los legisladores, respectivamente, cuyas diversas tendencias políticas, de acuerdo a sus ideologías e intereses partidarios, buscarán introducir sus ‘aportes’ que fatalmente y con frecuencia no se condicen con el sentido de lo que se pretendió como norma jurídica, es más, se puede inclusive desvirtuar su contenido y con ello se conduce a una situación diferente de la que se quiso legislar. De otro lado, no estaremos

24 Op. Cit. BADENES, p. 363.

25 PEDROZA DE LA LLAVE, Susana, Cruz Velásquez, Jesús, Introducción a la técnica legislativa en México, p. 39 (On line).

exentos de ver como se introducen términos que antes de aclarar la norma la oscurecen porque no responden a los elementos técnicos de la misma. Como resultado y por factores de poder funcional o político se aprobará una norma alejada de los objetivos que se pretendieron. De allí la necesidad de que el organismo técnico proponente haga prevalecer su criterio técnico en las instancias correspondientes aun cuando los niveles jerárquicos sean superiores y que participe en las reuniones de las comisiones administrativas y legislativas para fundamentar, en cada una de las sesiones, todos los aspectos que el legislador necesita conocer a fin de que no se altere sustancialmente el proyecto inicial.

En lo que a la claridad de la norma se refiere, Susana Pedroza y Jesús Cruz dicen: *“La claridad es proporcional al número de sujetos a los que va a regular, es decir, que cuando el número de destinatarios es amplio, heterogéneo y en su mayoría sin una preparación suficiente, la forma del mensaje debe tratar de acercarse a los mismos. Aunque podemos aceptar cierta relatividad del carácter de claridad de las normas, ya que se circunscribe a la especialidad.”*²⁶ En este aspecto, tenemos que diferenciar las normas de acuerdo a los temas a legislar porque nos podemos encontrar con:

- a- Las normas generales destinadas a la protección del patrimonio documental de la Nación.
- b- Las normas específicas cuyos preceptos normativos están dirigidos a normar el establecimiento de sistemas de archivos en el ámbito nacional, aunque podrían incluir algunos dirigidos a la protección del patrimonio documental.
- c- Las normas técnicas sobre el tratamiento de los archivos y documentos de acuerdo con los procesos y procedimientos de archivo.

En el primer caso conviene que el mensaje de cada uno de los preceptos sea lo más sencillo y claro posible porque se destinará a la sociedad en general, de manera que ésta se vea involucrada a proteger los documentos que le pertenecen como patrimonio estatal porque forman parte de su identidad cultural; en el segundo caso se deberá cuidar de lograr equidad en cada uno de los preceptos normativos de manera que aquellos destinados al patrimonio documental, su conservación, custodia, etc. queden perfectamente claros para la sociedad en general, pero sin descuidar el elemento técnico archivístico que los funcionarios del Estado, cualquiera sea su nivel, capten de manera precisa y perfectamente entendible e inclusive se mantendrán -aunque sin caer en tecnicismos exacerbados- los elementos técnico-archivísticos para los archiveros que velarán por la aplicación de la norma en cada una de las instancias administrativas en las que se encuentren;

26. Op. Cit. PEDROZA y CRUZ, p. 46.

y en el tercer caso la norma técnica lógicamente mantendrá la terminología de la especialidad -archivística- pero, sin llegar a ser extremadamente técnica, porque tenemos que situarnos en una realidad que no podemos desconocer, cual es, el ejercicio de la actividad archivística por archiveros empíricos, o cuya preparación no es suficiente. En muchos países -Latinoamérica es uno de los continentes donde encontramos repetidos casos- no siempre los puestos de archiveros son ocupados por profesionales debidamente preparados para tal fin.

Pedroza y Cruz señalan que la claridad comprende aspectos: estilísticos, ortográficos y léxico semánticos. Entendiéndose como estilísticos la brevedad de los enunciados y construcciones gramaticales, sin tecnicismos, por ejemplo preferir el sinónimo más breve, evitar los adverbios terminados en el sufijo *mente*; en cuanto a los aspectos ortográficos tener cuidado con el uso de los signos gramaticales, las mayúsculas, no siendo aconsejables las abreviaturas en los textos legales, excepto tratándose de siglas, es decir, habrá que tener mucho cuidado con las reglas gramaticales porque incluso una coma podría cambiar el sentido de la norma. Sobre los aspectos léxico semánticos los autores señalan que se debe optar por un equilibrio entre el léxico común y el técnico que es lo que indicamos cuando señalábamos, líneas arriba, las características de las normas del caso b); nuestros autores agregan: *“También se puede emplear léxico técnico de origen no jurídico, propios de terminologías y nomenclaturas especializadas, de esta forma el lenguaje legal se ha convertido en una esponja que absorbe las nomenclaturas y taxonomías terminológicas más variadas, por lo que cuanto más especializado es el contenido de la norma, más determinado y especializado se va haciendo el círculo de destinatarios.*

*El uso de definiciones puede despejar dudas sobre el significado de términos legales, sobre todo a la luz de terminología de otras áreas del conocimiento como la meteorología, la zoología, la química, la ingeniería, entre otras. En esencia son útiles para dar transparencia al lenguaje”.*²⁷ Es precisamente en este contexto en el que los términos propios de la ciencia archivística se manifiestan con las salvedades ya anotadas.

En definitiva, toda iniciativa legal deberá estar premunida de un conocimiento previo de la técnica jurídica empleada para la obtención de una nueva norma, se deberá tener en cuenta que su elaboración se rige por reglas y criterios que los estudiosos del derecho han abordado desde diferentes ángulos y que no podemos soslayar. Existe abundante doctrina al respecto y posiciones, aunque no continuamente coincidentes que será pertinente revisar y aunque todos los esfuerzos se dirijan a un solo propósito para lograr una ley, norma o disposición nos esforzaremos para que pueda considerarse correcta en cuanto a su forma y su

27. Op. Cit. PEDROZA y CRUZ, p. 49.

fondo²⁸, mediante la aplicación rigurosa de las reglas existentes, que los especialistas no dejan de comentar en sendos trabajos que bien merece la pena explorar cuando se proyecta una norma, cualquiera que esta sea, sin pretender ser especialistas en la materia.

6. LEYES O NORMAS DE ARCHIVOS Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La archivística tiene mayor visibilidad en la gestión pública, con lo cual no pretendemos decir que en la actividad privada su producción documental sea menos importante, nada de eso, tanto en uno como en otro sector la producción documental es similar y el valor de los documentos para ambos tipos de organizaciones es vital. Sin embargo, es en la gestión pública donde los archivos cobran especial interés para toda la población de un país, de los documentos depende las garantías de los derechos de la actividad pública y privada, así como de toda la sociedad.

Calvo habla de un derecho administrativizado, que emite normas que buscan determinados intereses y objetivos sociales y por normas de organización, que son las que atribuyen competencias e instituyen procedimientos, con fines regulativos de un derecho cuya eficacia exige el ejercicio activo por parte de los poderes públicos. Estas normas se dirigen a sujetos determinados, con características específicas derivadas de atribuciones, competencias o poderes, es así que el elemento vocativo de las normas jurídicas regulativas apela a las autoridades públicas bajo cuya responsabilidad se articulan los procedimientos y actuaciones con miras a valores e intereses sociales y solo a posteriori, en tanto puedan generar derechos, se entiende dirigidas a los ciudadanos en general, siendo así, -citando a Alejandro Nieto- comenta que el funcionario aplica lo más concreto, es decir la circular y en lo no previsto, va remontándose hacia lo general (abstracto) pasando por la orden ministerial, el decreto y la ley.²⁹ Bajo esta jerarquización normativa los burócratas ejercen sus funciones, dentro de un conjunto de normas, casi no hay actividad del Estado en la que no encontremos una norma, cualquiera sea su nivel, otra cosa es que las disposiciones emitidas cubran todas las posibilidades de actuación administrativa. De la misma manera, los archivos y documentos no escapan a la legislación, eso es positivo, lo contrario pone en riesgo la documentación de la gestión pública y cuanto más fuertes y amplias sean las leyes, en cuanto a su obligatoriedad y cobertura, más protegida estará la documentación pública. No obstante, los archivos de la administración pública en relación a la actividad de los funcionarios, -ajenos a los archivos- por lo general se encuentran desprotegidos, por diversas razones siendo unas de ellas:

28. Op. Cit. LÓPEZ OLVERA, p. 118.

29. Op. Cit. CALVO, p. 265.

- a- El desconocimiento del valor de los archivos y los documentos oficiales.
- b- Legislación deficiente en relación a las responsabilidades que los funcionarios deben cumplir respecto de los archivos.
- c- Negligencia y falta de conciencia para la atención de los archivos.

Muy atados a las razones señaladas, encontramos los problemas éticos que muchas veces afectan el servicio de los documentos, como cuando los funcionarios impiden el acceso a ciertos documentos que comprometen su gestión; o cuando el ocultamiento de ellos les favorece por intereses subalternos, compromisos políticos, familiares, amicales, etc. Vemos que las normas se aplican de acuerdo con los intereses en juego y no necesariamente por el poder jurídico que de ellas emana. Más allá de esta situación advertimos que el Derecho se socializa, de tal forma que su aplicación no es puramente jurídica, antes bien se aleja de esa formalidad para estar más cerca de la función administrativa, cuyos funcionarios no necesariamente son juristas, es así que Calvo comenta: *“En consecuencia la eficacia del derecho útil no va a medirse en términos de ajuste o de seguimiento estricto de las normas jurídicas; sino en función de imperativos éticos, conveniencias de todo tipo de intereses políticos. O, mejor dicho, la lógica del funcionamiento político-administrativo determina que la evaluación de la eficacia del derecho útil tienda a medirse en términos de logro de objetivos o realización de funciones”*.³⁰ Como podemos apreciar, inciden otras circunstancias en la aplicación de las normas, distintas a las estrictamente jurídicas, porque el funcionario tiene su propia técnica administrativa de aplicación, que además se encuentra revestida de factores éticos, conveniencias e intereses políticos según sostiene nuestro autor. Esta situación, en concreto, incide desfavorablemente en los archivos porque son los menos favorecidos por la generalidad de los funcionarios públicos, esta es una realidad palpable, vigente y reiterativa aunque nos pese.

7. LA VALIDEZ Y LA EFICACIA DE LA NORMA JURÍDICA

De acuerdo con Norberto Bobbio, la validez jurídica de una norma equivale a su existencia como norma jurídica y para decidir que pertenece a determinado sistema legal es necesario realizar tres operaciones:

1. Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas.

30. Op. Cit. CALVO, p. 269.

2. Comprobar si no ha sido derogada, es decir, si una norma posterior en el tiempo la ha derogado expresamente o ha regulado la misma materia.
3. Comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema particularmente con una norma superior (una norma constitucional es superior a una ley ordinaria en una Constitución rígida) o con una norma posterior, porque dos normas incompatibles no pueden ser válidas al mismo tiempo.³¹

En cuanto a la eficacia, el mismo autor señala que se refiere a si la norma es o no cumplida por las personas a las que está dirigida -los destinatarios de la norma jurídica- y en caso de ser transgredida que se haga cumplir por medios coercitivos por la autoridad correspondiente. Las normas que son cumplidas universalmente son más eficaces, pero hay algunas que no se cumplen a pesar de la coacción.³² Entrar en este terreno, en cuestión de archivos, significa resbalarse una y otra vez, porque si bien existen normas para los archivos, generalmente nos encontramos con el incumplimiento de éstas, con lo cual la situación de los archivos se mantiene en el estado lamentable de siempre. Aquí la eficacia de la norma, en la mayoría de los casos, es mínima, en unos pocos -con más suerte- se logra avanzar, pero, por lo general nos queda el sinsabor de la norma incumplida y la postergación de los archivos, sobre todo en la administración pública.

Pero, no es cuestión de lamentarse y actuar con el pesimismo de quien nunca verá conseguir sus propósitos, por el contrario, de lo que se trata es de afianzar la aplicación de la legislación destinada a los archivos, reforzar su difusión, convencer a tirios y troyanos que una de las formas de revertir el riesgo de pérdida de los archivos y sus documentos es conseguir una legislación cada vez más sólida, fuerte y emprender una lucha incansable por su cumplimiento en todas y cada una de las organizaciones del aparato estatal.

Además, para lograr el interés del sector al cual va dirigida la norma, y despertar la conciencia general sobre la necesidad de contar con la legislación adecuada para la protección de los archivos y sus documentos, se tendrá que buscar consensos sobre lo que se espera de la norma jurídica, porque estamos convencidos que resolverá la problemática detectada, esto es, trabajar arduamente para convencer a todos los involucrados de la relevancia de la legislación archivística para la protección, administración y tratamiento de los documentos que en última instancia pertenecen a toda la sociedad, por ser testimonios de su identidad y garantía de sus derechos.

Un paso impostergable será conseguir la voluntad de los gobernantes, el apoyo político es fundamental, si se logra interesar a ese sector y más aun si se consigue

31. Op. Cit. BOBBIO, p. 21.

32. Ibidem, p. 22.

que los políticos asuman la protección de los archivos como una política de Estado, habremos logrado el espaldarazo que los archivos esperan. Al respecto Reyes Rodríguez Mondragón asegura: *“La construcción de esta voluntad política es necesaria para justificar la pretensión de modificación normativa y lograr la adhesión de sus destinatarios, facilitando la eventual creación de la norma y su obediencia. Eficacia que requiere de la elaboración y análisis de un diagnóstico de las conductas e intercambios a institucionalizar, detallando las cuestiones problemáticas y las necesidades prácticas que se pretendan limitar y solucionar.*

Es cuestión de predicar con sólidos argumentos sobre la necesidad de mantener archivos bien administrados e integrales como soporte de las acciones de gobierno y de la seguridad jurídica de los ciudadanos, de manera que se consiga que cualquier iniciativa legal se priorice y se incluya dentro de la agenda legislativa. Rodríguez Mondragón, señala una serie de acciones previas para luego incluir cualquier iniciativa legal en la agenda legislativa³³, de las cuales nos interesa las siguientes:

- Plantear correctamente el problema, esto es definir qué buscamos mejorar
- Establecer los objetivos que se persiguen o perseguirán con la ley, la operatividad, consistencia y practicabilidad de los mismos.
- Precisar la materia de ley, es decir, esclarecer qué conductas y qué aspectos de la misma se regularán.
- Describir el contexto en el que se sitúa el problema (político, económico y jurídico).
- Analizar quién es competente para actuar, quién es la autoridad obligada a institucionalizar las iniciativas en la materia (Federación, estados, municipios)”³⁴.

Para formular una iniciativa de ley o norma de cualquier nivel jerárquico es pertinente:

1. Tener bien establecido el problema que se pretende superar, los vacíos legales a cubrir, o la necesidad de reforzar determinado aspecto de la archivística nacional;
2. Plantearemos los objetivos a alcanzar, es decir, de qué manera la norma nos va a ayudar a revertir el problema detectado;

33. Op. Cit. RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, p 86.

34. RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, Reyes, El proceso de producción legislativa, un procedimiento de diseño institucional. (On line).

3. Determinar el nivel jerárquico legal que corresponde o necesitamos de la norma que nos proponemos y qué aspectos concretos serán los que se necesitan normar, así como las responsabilidades que los actores asumirán para lograr su eficacia;
4. Describir el contexto en el que ésta será puesta en vigencia, sopesando los factores políticos -cuyo compromiso es vital para el éxito en la aprobación y aplicación de la norma-;
5. Considerar el factor económico como imprescindible debido a que la mayoría de las normas supone recursos para su difusión y aplicación, verbigracia si se establece que todas las entidades públicas deben contar con un archivo central equipado con estantería y espacios suficientes, será necesario que se destinen los presupuestos para que esto sea una realidad, de lo contrario por mucho que la ley lo exija será impracticable conseguir archivos centrales óptimos en cuanto a infraestructura;
6. En lo que al aspecto jurídico se refiere, se tratará de conseguir la norma del nivel, alcance y solidez necesarios para cumplir con los objetivos normativos planteados.

Otro punto a tener en cuenta es la denominada legitimidad de la ley, es decir si cumple con los requisitos propios de ella, es decir, el problema de la constitucionalidad de la ley, basándose en dos aspectos: el formal resultante de los trámites para la formación de la ley, y el material, que nace de la conformidad de las normas contenidas en la ley con las del estatuto fundamental del Estado,³⁵ este es la Constitución Política del país. Sin duda toda norma debe ser sancionada con arreglo al procedimiento legalmente establecido dentro de cada país, de lo contrario se incurre en un problema de inconstitucionalidad que perjudicaría su aplicación, de manera que el seguimiento riguroso del procedimiento hasta su aprobación, promulgación y puesta en vigencia será otro tema a considerarse.

8. LA SANCIÓN

Una de las tareas fundamentales del Estado es vigilar el orden jurídico, es así que la sociedad demanda sanciones cuando la norma jurídica no es cumplida, de esta manera la capacidad de gobernar se institucionaliza para actuar coactivamente a través de un marco regulatorio para proceder contra quienes estando obligados a cumplir la norma, no lo hacen. En este sentido Héctor González señala: *“La primera tarea, y sin duda la más importante y trascendental, de la autoridad del Estado, es el gobierno de los hombres. Esta actividad tiene manifestaciones en muy diversos campos: el social, el económico, el político. Se gobierna mediante*

35. Op. Cit. BADENES, p. 285

*preceptos y órdenes que por dirigirse a seres racionales y libres afectan primariamente el fuero de la conciencia y crean un deber ético de obedecer. A esto se añade -especialmente para los reluctantes- la obligación jurídica que trae aparejada una sanción exterior para el caso de incumplimiento”.*³⁶

La sanción externa e institucionalizada es una de las consecuencias de la inobservancia de las normas que constituyen los ordenamientos jurídicos, por tanto, éstas conllevan a una sanción externa e institucionalizada en caso de que no se cumpla.³⁷ Convenimos, entonces, que el complemento de la norma para su efectividad es la sanción, porque actúa en forma disuasiva de cualquier intento de violentarla; por consiguiente, la legislación archivística no puede quedar al margen de la sanción y aunque la coacción no debería ser un elemento sustancial para el cumplimiento de la ley, resulta imprescindible para garantizar la conservación del patrimonio documental.

En este escenario distinguiremos la sanción administrativa de la sanción penal. La primera será la que aplicarán las instancias administrativas las cuales no perjudican la aplicación de la sanción penal en caso de configurarse delitos contra el patrimonio documental. De modo que la legislación administrativa tendrá que incorporar las sanciones para ser aplicadas por las propias entidades públicas o por el organismo conductor de la archivística nacional, cuya facultad sancionadora reforzará su actuación.

Para Bobbio el procedimiento para la aplicación de la sanción institucionalizada es:

*“1) para una violación de una regla primaria se ha establecido su sanción correspondiente; 2) se establece, si bien dentro de ciertos términos, cuál es la medida de la sanción; 3) se indican las personas encargadas de cumplir la ejecución. ...; con la primera limitación se asegura la certeza de la respuesta, con la segunda la proporcionalidad, y con la tercera la imparcialidad. Todas estas tres limitaciones, en conjunto, tienen como fin común aumentar la eficacia de las reglas institucionales y, en definitiva, de la institución en su conjunto”*³⁸ Tal como apreciamos se trata de una eficacia reforzada por ser una norma que emana del Estado de derecho.

El Derecho Administrativo contempla procesos y procedimientos para la sanción del funcionario público que comete faltas, infracciones, contravenciones administrativas contra la administración pública, señalando la autoridad a aplicarla y las modalidades de sanción a manera de garantizar la actividad pública. En

36. GONZÁLES URIBE, Héctor, Teoría y política, p.307.

37. Op. Cit. BOBBIO, p. 111.

38. *Ibidem*, p. 113.

materia de archivos las faltas pueden ser variadas, algunas ameritan sólo la sanción administrativa, pero otras -una vez que se configura el delito- tendrán que actuarse en el ámbito jurisdiccional; sin embargo las legislaciones de los países, en gran proporción, contemplan primero un proceso administrativo sin perjuicio de conducirse luego a la vía penal, como cuando se sanciona administrativamente la eliminación de documentos sin autorización. En este caso el funcionario es sancionado administrativamente y luego puede ser juzgado en la vía penal de encontrarse el delito tipificado en el Código Penal respectivo.

Las penas en el derecho penal, por lo general, conllevan a pena privativa de libertad, mientras que las administrativas provenientes de la función pública pueden ser: amonestación, suspensión de labores sin remuneración, destitución, o multas según la legislación propia de cada país. Por lo general son denominadas sanciones disciplinarias y se encuentran contempladas en la mayoría de las legislaciones sobre el servicio público. Otras modalidades de sanción administrativa dirigidas a particulares infractores de la ley, pueden ser: el decomiso de bienes, la caducidad de una concesión, la multa, etc. En cuanto a esta última modalidad de sanción muchos juristas se han pronunciado en contra, entre otras razones, porque resulta de fácil cumplimiento para el pudiente y de imposible realización para el que posee bajos recursos.

El derecho penal impone una medida de sanción al culpable previamente identificado y juzgado reconociendo también -claro está- al inocente o a la víctima del delito. El derecho penal se fundamenta en la responsabilidad que debe asumir quien como hombre razonable debe saber conducirse dentro de las reglas establecidas por la sociedad civilizada, dentro de la cual debe tener un comportamiento que distingue entre el bien y el mal; por consiguiente, quien rompe las reglas impuestas por la sociedad debe recibir un castigo, pero como es de ley, la mayoría de los países se sujetan al principio de la legalidad de las penas, por tanto los jueces sólo podrán aplicarlas -en sus diversas modalidades- establecidas en el Código Penal. En esa medida, tanto la tipificación de los delitos contra los documentos públicos y privados, como su destrucción no autorizada, la falsificación de documentos, hurto o robo de documentos, etc., debe estar claramente establecida en el Código Penal; así como las penas a imponerse en cada caso en particular. De la misma manera los delitos contra el patrimonio cultural, en el cual se inscribe el patrimonio documental también será materia de una norma puntual en los códigos penales, porque su omisión equivaldría a que los jueces no puedan comprender el delito dentro del cuerpo normativo penal por la imposibilidad técnica de encuadrar el delito en el precepto normativo que permite su tipicidad, que es uno de los requisitos para la calificación y descripción legal del delito y la sanción penal correspondiente.

Tanto para la aplicación de la sanción penal como la administrativa, el Estado a través de los organismos competentes procede respetando determinados principios como son: el debido proceso, el derecho a la defensa, el de presunción de inocencia, el de tipicidad, el de legalidad, etc. y otros, de acuerdo con la Constitución Política y la legislación especializada de cada país. Los principios señalados se enmarcan en las garantías de legalidad, imparcialidad, eficacia y celeridad que se debe exhibir durante los procesos con la finalidad de que el procesado mantenga su derecho a la seguridad jurídica en la aplicación de la ley penal o de las resoluciones administrativas de sanción. De la misma manera, la ley faculta a los interesados a interponer los recursos impugnatorios que estimen necesarios cuando no están de acuerdo con la sanción a la que se hicieron acreedores.

Es en esa perspectiva que la legislación archivística debe incorporar las normas sancionadoras a imponerse en la vía administrativa, tanto en las directamente vinculadas a los archivos, como la del SNA o la de protección del patrimonio documental. Asimismo la autoridad archivística de nivel nacional estará vigilante para que se incluyan las normas pertinentes en las leyes sobre la transparencia de la función pública y el acceso a la información, los códigos de ética de los funcionarios públicos, la ley de carrera pública, las normas especializadas de los sistemas administrativos de control, contabilidad, tesorería, abastecimiento, etc. que se relacionan con la documentación; así como en temas asociados con la documentación sustentatoria de las compras y servicios del Estado o cualquier otra ligada a los archivos o documentos públicos. Consecuentemente las normas sancionadoras administrativas consideradas en toda la legislación en referencia permitirá su aplicación cuando se afecten los documentos públicos.

9. CONCLUSIONES

Una de las vías más eficaces para lograr la protección de los documentos públicos, es la legislación archivística por lo que debería ser una tarea impostergable de todos los gobiernos, contar con normas eficaces dirigidas a los diversos aspectos de la archivística y los documentos.

Será necesario tratar de mantener una legislación coherente y actualizada acorde con los cambios tecnológicos de los últimos tiempos; así como con los temas que en estos momentos concitan el interés de los gobiernos de todo el mundo que guardan estrecha vinculación con los archivos, como: la transparencia de la función pública y el acceso a la información, la rendición de cuentas documentada, el gobierno electrónico, la ética pública, etc.

El conjunto de normas destinadas a legislar sobre los archivos y documentos; así como las dictadas por otros sectores de actividad, pero que inciden en ellos, forman en conjunto, la legislación archivística que se integra al ordenamiento jurídico de un país.

La relevancia de la legislación archivística no se circunscribe solamente a la necesidad de legislar en materia archivística, - esto es imperativo -, pero más allá habrá que cuidar que toda la legislación relacionada - de alguna manera - con los archivos, mantenga también los preceptos normativos sobre los documentos según el sentido y tema legislado por la norma pertinente en concordancia con la legislación archivística sin desvirtuarla ni desnaturalizarla.

10. BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto, **Teoría General del Derecho**, 1992, Editorial Temis, Bogotá.
- CALVO GARCÍA, Manuel, **Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica**, 1994, Editorial Tecnos S.A., Madrid.
- GARCÍA TOMA, **Conceptos fundamentales del Derecho**, 1992, Colegio de Abogados de Lima, Lima.
- GONZALES QUINTANA, Antonio, **Garantías documentales y democracia**, http://www.congresoarchivosmunicipales.com/conferencia_a.gonzalez.htm
- GONZÁLES URIBE, Héctor, **Teoría y Política**, 1995, Editorial Porrúa S.A., México.
- LÓPEZ OLIVERA, Miguel Alejandro, *Técnica Legislativa y proyectos de ley*. En: **Elementos de Técnica Legislativa**, coordinadores Carbonell y Pedroza de la Llave, México, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=21>
- PEDROZA DE LA LLAVE, Susana, Cruz Velásquez, Jesús, *Introducción a la técnica legislativa en México*. En: **Elementos de Técnica Legislativa**, coordinadores Carbonell y Pedroza de la Llave, México. <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=21>
- RIDDALL, J. G., **Teoría del derecho**, 1999, Editorial Gedisa, Barcelona
- RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, Reyes, *El proceso de producción legislativa, un procedimiento de diseño institucional*. En: **Elementos de Técnica Legislativa**, coordinadores Carbonell y Pedroza de la Llave, México. <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=21>

PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEGISLACIÓN SOBRE ARCHIVOS

*Teresa Engenios Martín*¹

INTRODUCCIÓN

Dos son las funciones básicas que cumplen los archivos: el servicio a la investigación y el servicio a los administrados. Los archivos reúnen los documentos producidos y acumulados por personas jurídicas, públicas o privadas en el ejercicio de sus actividades una vez que se ha resuelto o finalizado el asunto para el que fueron creados. Son fuente primordial para la investigación histórica y centros culturales de primer orden que conservan una parte importante de la memoria colectiva de una Nación. La legislación sobre archivos se inscribe, por tanto, en el marco de la conservación del patrimonio documental como parte integrante del Patrimonio Histórico Cultural. La sociedad actual, sensibilizada hacia la conservación de su patrimonio, ha exigido a las Administraciones Públicas el compromiso de conservar y enriquecer el patrimonio histórico. Por esta razón, una de las premisas que rigen la **legislación sobre archivos** es la conservación del patrimonio documental como testimonio y memoria de la Historia.

Por otro lado, los archivos prestan un servicio fundamental al ciudadano como centros de información administrativa. La Administración, al servicio de los intereses generales, tiene la obligación de facilitar a los administrados la información referida al estado de los procedimientos que les afecten y de los antecedentes que puedan necesitar. Pero además, debe poner a disposición de todos la posibilidad de conocer las actuaciones del gobierno y el uso que se hace de los recursos públicos. Las Administraciones de hoy se rigen por el principio de transparencia y eficacia en el desarrollo de sus actuaciones y procedimientos y en este contexto los archivos son el instrumento que garantiza la información que, cada vez en mayor medida, demandan los ciudadanos. Dos dimensiones se unen a la función cultural de los archivos, por un lado el constituirse como elemento clave de la gestión administrativa y el papel que juegan como garantes del acceso de los ciudadanos a las actuaciones de la administración.

1. Jefe de Sección de Coordinación Archivística, Ministerio de Cultura, España.

Así pues, los principios rectores presentes en la legislación archivística y su desarrollo normativo son, por un lado, la conservación del patrimonio documental como testimonio y memoria de la Historia de una Nación y por otro, la transparencia y eficacia de la Administración Pública en el desarrollo de sus actuaciones y procedimientos administrativos. En cumplimiento de estos principios, el desarrollo legislativo y normativo referente a los archivos tiene como objetivo.

- Regular todo lo relativo a la conservación del patrimonio y la organización del sistema archivístico
- Regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y la implantación de un sistema de gestión de documentos en el que esté incluida la fase de archivo.

El objeto de esta conferencia es hacer un análisis de la regulación de estos principios a través de la legislación archivística española y su concreción en los diferentes desarrollos normativos que regulan, desde la conservación del patrimonio documental, la organización del sistema archivístico, con sus redes de centros y órganos consultivos y técnicos, hasta el régimen de acceso y consulta de documentos y más recientemente la administración electrónica. Es una normativa compleja sobre todo por su dispersión. Unas veces inscrita en el área cultural y otras en la esfera de la gestión administrativa.

1. EL SISTEMA ESPAÑOL DE ARCHIVOS EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Para comprender la diversidad y complejidad de la legislación española de archivos, debemos situarnos en el marco de la Constitución Española de 1978, por la que España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho que reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que lo integran. El Estado se organiza territorialmente en Municipios, Provincias y Comunidades Autónomas, que tienen autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, de manera que, las competencias que hasta entonces había tenido exclusivamente el Estado, se redistribuyen; ciertas competencias quedan reservadas al Estado y otras son asumidas por cada una de las Comunidades Autónomas para su ámbito territorial.

La Administración Pública, según queda recogido en la Constitución, se rige por los principios de descentralización territorial y desconcentración de funciones. Ya no se habla de la Administración Pública, sino de las Administraciones Públicas. Se crean las Administraciones Autonómicas que gestiona de manera independiente los recursos de su territorio y que prestan un servicio más ágil y cercano a sus

ciudadanos. Las administraciones autonómicas gestionan sus propios recursos y crean su propio sistema sanitario, educativo, las ayudas sociales, al sector agrario o al industrial, comunicaciones interiores, etc. Los archivos y el sistema archivístico español no quedan ajenos a esta situación.

1.1. Sistemas de Archivos en las Comunidades Autónomas

Todas las Comunidades Autónomas incluyeron en su Estatuto de Autonomía la competencia sobre los archivos que tuvieran interés para su Comunidad y que no fueran de titularidad estatal. En todos los casos y por influencia de la situación anterior, los archivos quedaron englobados dentro del ámbito cultural, junto a las bibliotecas, los museos, los conservatorios de música y otros centros culturales.

Las Comunidades Autónomas pudieron asumir la competencia (incluyendo la capacidad de legislar) sobre los archivos que fuera de interés para su Comunidad. Pero además, el Estado delegó en ellas la capacidad de gestionar los archivos de titularidad estatal que fuesen de ámbito exclusivo de su territorio.

Así pues, en los primeros años de la década de los ochenta, se firmaron los Reales Decretos de traspaso de funciones y servicios en materia de cultura y los respectivos convenios de gestión que los desarrollaron. Mediante la firma de estos convenios se traspasó la gestión de los Archivos Históricos Provinciales y de los Archivos de los Reinos de Galicia, Mallorca y Valencia, así como el de la Chancillería de Granada que pasaron a depender de su respectiva Comunidad Autónoma, aunque el Estado se reservó la titularidad.

En los años sucesivos, las Comunidades Autónomas fueron aprobando su legislación específica sobre archivos. En ocasiones incluida dentro de la legislación sobre patrimonio histórico, unida a instituciones como las bibliotecas o los museos y en otras, en forma de Ley de archivos. Pero manteniendo siempre su vinculación al ámbito cultural y con unos contenidos muy similares, en los que siempre se incluye: la definición de patrimonio documental y de archivo, la estructuración de su sistema de archivos, con sus organismos gestores y consultivos y la red de centros y aspectos relacionados con la gestión, conservación, selección y acceso a los archivos.

Las leyes de archivos o de patrimonio documental se acompañaron de un desarrollo normativo de determinados aspectos en ellas contenidos. Fueron aprobando una serie de normas que regulan tanto el funcionamiento como la organización de sus órganos y centros.

Prácticamente todas las Comunidades Autónomas han creado su Archivo General, que es la cabecera del sistema o red de centros de la región: *Archivo General de*

Andalucía, Archivo Nacional de Cataluña, Archivo Regional de la Comunidad de Madrid, Archivo de Castilla-La Mancha, etc. Son denominaciones diferentes, pero en definitiva todos ellos cumplen la función de ser el archivo definitivo, el archivo histórico de la Administración Autonómica, además de actuar como archivo intermedio para la fase semiactiva de los documentos, e incluso tener encomendada la función de recibir otros fondos de procedencia privada que sean de interés para su ámbito.

Su red de centros está integrada por el Archivo General, los Archivos Históricos Provinciales cuya gestión ha sido negociada mediante convenio con el Estado, los archivos generales de cada una de los Departamentos que integran la administración autonómica. Pero además integran dicha red o sistema: los archivos de sus asambleas legislativas, los archivos de los tribunales de justicia, de organismos y entes autónomos de la región, tales como las Universidades y, por supuesto, los archivos municipales.

También han creado sus órganos consultivos como el *Consejo Nacional de Archivos de Cataluña o el Consejo de Archivos de Castilla y León*, con funciones de asesoramiento y de elaboración de propuestas de actuación en materia de archivos; comisiones técnicas dedicadas a la valoración de documentos en cuanto a su selección y eliminación, u otras centradas en el acceso a los documentos -estas últimas dedicadas a emitir informe sobre reclamaciones formuladas por personas que consideran vulnerado su derecho de acceso a los documentos- e incluso órganos o servicios técnicos de inspección, de restauración o reproducción de documentos.

Es muy común en el sistema de archivos de las Comunidades Autónomas que el organismo gestor en materia de archivos esté adscrito al área de Cultura y de Patrimonio Histórico. De él dependen el Archivo General y los Históricos Provinciales, así como los órganos consultivos y técnicos creados para el mejor funcionamiento del sistema. Solo algunas Comunidades Autónomas como son el Principado de Asturias, La Rioja o Castilla-La Mancha, han hecho depender su Archivo General de departamentos como Presidencia o Administraciones Públicas.

Respecto al resto de los archivos existentes en la Administración de la Comunidad Autónoma, suelen estar adscritos a su respectiva Consejería, al igual que dependen de la institución que los produce, los archivos de las Asambleas Legislativas, las Universidades o los Ayuntamientos.

1.2. Los archivos de la Administración General del Estado

Pero a esta descentralización administrativa debida a la nueva vertebración del Territorio y del Estado, se unió una desconcentración de funciones generalizada en

la Administración General del Estado, de manera que, como consecuencia de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública y la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, se acabó rompiendo con la tradición de adscribir todos los archivos de la Administración Central al Ministerio de Cultura y estos pasaron a depender únicamente de sus respectivos Ministerios.

El sistema de archivos español se venía rigiendo por lo recogido en el Decreto de 24 de julio de 1947 sobre ordenación de los Archivos y Bibliotecas y el Tesoro Histórico Documental y Bibliográfico, (BOE del 17 de agosto de 1947). Este Decreto, dado por el entonces llamado Ministerio de Educación Nacional, mantenía la división entre archivos administrativos e históricos:

- **Archivos Históricos:** Generales: *Archivo Histórico Nacional, General de Indias, General de Simancas y de la Corona de Aragón*; Regionales: *Reinos de Valencia, Galicia y Mallorca. Chancillería de Valladolid y de Granada*; Provinciales: *Archivos Históricos Provinciales*; de Entidades públicas y corporaciones: *Patrimonio Nacional, Academias, Ayuntamientos y secciones históricas de los Archivos administrativos*.
- **Archivos Administrativos:** De la administración central: *Archivos centrales de los Ministerios*; De distrito: *Archivos de las Audiencias Territoriales*; de la Administración Local: *Archivos Municipales y de Entidades Locales*.

Todos los Archivos de la Administración General del Estado dependían, en cuestiones técnicas y de funcionamiento, del Ministerio encargado de la gestión de la materia de cultura. Su personal debía pertenecer al cuerpo Facultativo de Archivos y estaban integrados en un único sistema estatal de archivos.

Pero como ya hemos comentado anteriormente, el proceso de desmembración y desconcentración de funciones dentro del Estado y de la Administración Central afecta muy directamente al sistema archivístico español, pues los archivos de la Administración General del Estado, dejan de ser responsabilidad exclusiva del Ministerio de Cultura y pasan a ser únicamente dependientes de su respectivo departamento.

Algunos departamentos ministeriales han desarrollado su propia normativa sobre archivos de una manera más explícita. Es el caso del sistema de Archivos de Defensa, cuya peculiaridad administrativa ha sido reconocida por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, al disponer que la organización militar se rige por su legislación particular. Desde el Siglo XIX los archivos militares habían dejado de enviar su documentación a Simancas y habían creado sus propios archivos históricos, intermedios y administrativos. Por el Real Decreto 2598/1998 de 4 de diciembre se aprueba el *Reglamento de los Archivos Militares*.

Según este reglamento y partiendo de una estructura dispersa, el Sistema Archivístico de Defensa se unifica bajo la Subdirección de Acción Cultural y Patrimonio Histórico que tiene las funciones de coordinar la protección, conservación y difusión del patrimonio documental. El reglamento regula desde las funciones de sus órganos gestores y consultivos, hasta el sistema archivístico de defensa y los archivos que lo componen y el funcionamiento de los archivos: transferencias, préstamos y salidas temporales de documentos, la valoración y eliminación; la descripción, el servicio de información, el acceso por parte de los usuarios y la reproducción de documentos.

También se ha regulado la organización y funcionamiento de los *Archivos Judiciales*, por el Real Decreto 937/2003, de 18 de julio, de modernización de los archivos judiciales. Supone la actualización de la normativa referida a los archivos judiciales: su organización en archivos de gestión, territoriales y Archivo Judicial Central; normaliza el sistema de transferencias, expurgos y apuesta por la implantación de las nuevas tecnologías.

En cuanto a los archivos dependientes del Ministerio de Cultura, según se recoge en el Real Decreto 2045/1994 de 14 de octubre, por el que se establece su estructura orgánica, los archivos dependientes de éste, a través de la Subdirección General de los Archivos Estatales, son: los archivos históricos generales: Archivo Histórico Nacional, General de Simancas, General de Indias, Corona de Aragón, General de la Administración, a los que se unieron los creados posteriormente: Archivo General de la Guerra Civil Española, en Salamanca, creado por Real Decreto 426/1999 (BOE de 13 de marzo), de 12 de marzo, de creación del Archivo General de la Guerra Civil Española y *Sección Nobleza del Archivo Histórico Nacional*, en Toledo, de acuerdo con el convenio de cesión suscrito en 1998 entre el Ministerio de Cultura y la Casa Ducal de Medinaceli. A ellos hay que añadir, aunque no aparecen recogidos en el Real Decreto de 1994, *el Archivo de la Real Chancillería de Valladolid* y los tres *Archivos Históricos Provinciales del País Vasco* cuya gestión todavía no ha sido transferida a dicha Comunidad Autónoma.

En algunos archivos generales, como el Archivo de la Guerra Civil Española y el Archivo General de Indias, se ha creado un *Patronato*, como órgano de carácter consultivo y asesor en el que participan representantes la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas y Municipios, así como personalidades del mundo de la cultura, la investigación y las universidades. Estos patronatos supervisan los diferentes programas de actuación que se llevan a cabo en el archivo. La creación de los Patronatos de los Archivos Generales son una oportunidad para la actuación coordinada y de colaboración entre la administración central y las comunidades autónomas.

Como centros dependientes de la Subdirección, en el Real Decreto de 1994 se

menciona el *Centro de Información Documental de Archivos (CIDA)*, creado por Real Decreto 2258/1977, de 7 de agosto. Según la Orden de 7 de agosto de 1977, por el que se estructuran sus funciones, se crea con el objetivo de dotar a los archiveros de los medios profesionales necesarios, centralizar la información relacionada con el Censo de Archivos y ejecutar los planes de recopilación y recuperación de fuentes documentales. Cuenta con una importante biblioteca profesional.

Además existe un *Servicio de Reproducción de Documentos* que tiene como fin dar apoyo técnico en materias relacionadas con los sistemas de reproducción y custodia el archivo de seguridad de los documentos pertenecientes a los archivos que han sido reproducidos en microfilm.

El organismo consultivo en materia de archivos a nivel estatal es la *Junta Superior de Archivos*, creada por el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 30/85 de Patrimonio Histórico Español, es el órgano encargado de elaborar propuestas para la mejor investigación, conservación, protección y difusión del patrimonio documental, así como, de asesorar e informar sobre cualquier asunto relacionado con los archivos y el patrimonio documental. Está integrada por personas de reconocido prestigio dentro del ámbito de la Administración General del Estado, universidades e investigación.

Finalmente hay que mencionar la *Comisión Superior Calificadora de Documentos*, creada por el artículo 58 de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español, como organismo encargado de dictaminar sobre los documentos que deben conservarse como patrimonio documental y los que deben eliminarse y también acerca del régimen de acceso y consulta de los documentos. Está regulada por el Real Decreto 139/2000, de 4 de febrero (BOE de 11 de febrero de 2000) que desarrolla su composición, funciones y competencias y el Real Decreto 1164/2002, de 8 de noviembre, que regula el procedimiento para elaborar propuestas de eliminación de documentos o su conservación en soporte distinto al original.

Visto el sistema de archivos dependiente del Ministerio de Cultura, quedaría hacer un repaso de las funciones que tiene asignada la Subdirección General de los Archivos Estatales, respecto a los archivos que no gestiona directamente.

La Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español únicamente recoge que la Administración del Estado promoverá la comunicación y coordinación de todos los Archivos de titularidad estatal existentes en el territorio español. A tal fin podrá recabar de ellos cuanta información considere adecuada, así como inspeccionar su funcionamiento y tomar medidas para el mejor cumplimiento de sus fines, en los términos que dispongan los convenios de gestión. No queda suficientemente

definida como debe concretarse la coordinación y colaboración de las diferentes administraciones y sistemas de archivos.

Por el Real Decreto 1601/2004, de 2 de julio que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Cultura, la Subdirección General de los Archivos Estatales tiene asignadas las siguientes funciones. En primer lugar, gestión de los archivos de titularidad y gestión estatal que están adscritos a este departamento, así como facultad para crear, dotar y fomentar los archivos de titularidad estatal. Respecto al resto de los archivos de titularidad estatal dependientes de otros Ministerios, tiene encomendadas funciones de asesoramiento. También se le asigna la función de coordinación del Sistema Español de Archivos y por último, el fomento de la conservación del patrimonio documental y su promoción y difusión nacional e internacional.

La normativa no es nada explícita en cuanto al mecanismo que debe utilizarse para llevar a cabo esta función de asesoramiento respecto a otros archivos de titularidad estatal y de coordinación de todo el sistema.

Es necesaria una nueva legislación de archivos que regule de forma clara la competencia que tiene el Estado respecto al resto de los archivos que no gestiona directamente o que pertenecen a otros sistemas; es necesario que la ley regule el propio sistema estatal de archivos, su estructura y el funcionamiento de los centros.

2. LA LEGISLACIÓN DE ARCHIVOS Y LA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO DOCUMENTAL.

Como ya hemos indicado anteriormente la legislación y desarrollo normativo que regula los archivos ha sido dada fundamentalmente en el seno del Patrimonio Histórico-Cultural y con el objeto de dar una mayor protección y tutela a los bienes que integran ese Patrimonio y que constituyen la memoria y testimonio de la contribución histórica de la sociedad de una época concreta a la civilización universal. La *Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español*, define la naturaleza de esos bienes y establece los mecanismos de protección para evitar su abandono o deterioro.

Esta ley debe ser analizada y valorada sin olvidar el objeto que rige su promulgación, que es la preservación, conservación y difusión del patrimonio documental. Desde esta perspectiva, la Ley define el concepto de documento y la naturaleza de los documentos que forman parte de Patrimonio Documental, señala las obligaciones de los diferentes poseedores respecto a la conservación y difusión de los mismos, establece mecanismos para evitar su expoliación y exportación y dispone las medidas necesarias para que dichos bienes se conozcan, difundan y

acrecienten, pues, según se recoge en el preámbulo de la Ley, las medidas de protección que se establecen solo tienen sentido desde la perspectiva de que los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español sean puestos al servicio y disfrute del ciudadano.

En cuanto a las obligaciones, la Ley recoge que:

- “... todos los poseedores de bienes de Patrimonio Documental y Bibliográfico están obligados a conservarlos, protegerlos, destinarlos a un uso que no impida su conservación y a mantenerlos en lugares adecuados”... “El incumplimiento de dichas obligaciones podrá ser causa de la expropiación forzosa de dichos bienes”.
- “...deberán facilitar la inspección por parte de los organismos competentes”.
- “...habrán de permitir el estudio de los investigadores, previa solicitud razonada de éstos. Los particulares podrán excusar el cumplimiento de esta obligación en el caso de que suponga una intromisión en su derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Un poco más adelante hablaremos de como regula la LPHE el acceso a los documentos pero ahora nos centraremos en el análisis del concepto de documento y de patrimonio documental.

El concepto de documento que recoge es muy amplio, lo extiende a toda expresión en lenguaje natural o convencional, expresión gráfica, sonora o en imagen y en cualquier soporte material, incluido el informático. Así mismo declara que forman parte del Patrimonio Documental todos los documentos públicos, además de los privados que tengan una antigüedad superior a cien años o superior a cincuenta si se tratase de documentos pertenecientes a asociaciones políticas, fundaciones y asociaciones culturales o instituciones religiosas.

La Ley declara que todos los documentos públicos forman parte del Patrimonio Documental, a pesar de que no todos los documentos que produce la administración tienen el mismo valor y no todos deberían pasar a tener la categoría de patrimonio documental. Hay muchos documentos y series documentales de trámite cuyo valor histórico es nulo, series cuya información está contenida en otros expedientes, series paralelas, duplicados, copias y documentos de apoyo informativo que en ocasiones terminan ocupando un costoso espacio en archivos centrales. Además, se corre el peligro de que, ante una excesiva acumulación y saturación de los espacios disponibles para el depósito de documentos, se realicen destrucciones incontroladas de documentos que pudieran tener valor histórico y/o contratación de servicios externos para la custodia de documentos que probablemente podrían haberse eliminado.

La Comisión Superior Calificadora de Documentos administrativos, creada por la LPHE y las diferentes Comisiones Calificadoras Ministeriales o las Comisiones creadas también en las Comunidades Autónomas, tienen una importante tarea a desarrollar, dictaminando acerca del valor histórico de los documentos y proponiendo la eliminación de todos los prescindibles, una vez que se hayan cumplido la función para la que fueron creados.

En la Comisión Superior Calificadora se ha incluido en su composición, además del Subdirector General de los Archivos Estatales, el Subdirector de Patrimonio Histórico y el Director del Archivo General de la Administración, representantes del sector de Administraciones Públicas como es el Subdirector General de Procedimientos y Racionalización de la Gestión, en representación de la DG de Inspección, Simplificación y Calidad de los Servicios y el Subdirector General de Tratamiento de la Información del Ministerio de Cultura, además de vocales de reconocido prestigio y representantes del órgano productor de la documentación.

Pero para que esta nutrida Comisión funcione de una manera ágil y eficaz es necesario que quienes proponen y quienes dictaminan, conozcan al detalle los procedimientos de los documentos a valorar. Pero obviamente no toda la documentación a eliminar debería ser objeto de análisis y debate en la Comisión Superior ni en las Comisiones Ministeriales.

Por eso, un buen control de los procedimientos de la gestión de documentos que incluyera desde el inicio del expediente, sus diferentes fases de tramitación y resolución, su paso al archivo administrativo, al central y al histórico, solamente cuando fuese necesario, agilizaría enormemente la selección de la documentación que debe llegar a un archivo histórico.

La inclusión de la fase de archivo como una de las que integran la gestión de documentos es uno de los aspectos a tener en cuenta en próximas propuestas legislativas en materia de archivos. Es necesario que la legislación obligue a las Administraciones que establezcan el procedimiento de gestión de sus expedientes e incluyan su plazo de caducidad administrativa y paso al archivo definitivo o eliminación. Con la introducción de la administración electrónica esto es absolutamente imprescindible.

3. EL DERECHO DE ACCESO DE LOS CIUDADANOS A LOS ARCHIVOS

Otro aspecto a tratar es la regulación del derecho de los ciudadanos a acceder a la información contenida en los archivos. Inmersos como estamos en la Sociedad de la Información, el ciudadano demanda cada vez más transparencia en las actuaciones del gobierno y la administración y más información sobre los

procedimientos administrativos. El derecho de libre acceso de los ciudadanos a los archivos está recogido en la Constitución y en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea, aunque ambas establecen las debidas reservas.

La Constitución incluye el derecho de los ciudadanos a la información contenida en los archivos en el art. 105: La ley regulará.....el 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. Habla también genéricamente del derecho de los ciudadanos a acceder a la cultura, etc.

Así mismo el Tratado de la Unión Europea introduce, con el fin de crear una unión más estrecha entre los pueblos de Europa, el concepto de apertura y toma de decisiones de manera más abierta y cercana a los ciudadanos. El Reglamento N° 1049/2001 de 30 de mayo garantiza el derecho al acceso público de los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Según dicho reglamento, todos los documentos de las instituciones deben ser accesibles al público, no obstante, deben ser protegidos determinados intereses públicos y privados por lo que incluye como excepciones los siguientes casos, en los cuales se denegará el acceso:

- en perjuicio del interés público, los documentos relativos a la seguridad, defensa nacional, relaciones internacionales, política financiera y monetaria
- en perjuicio del interés privado, los documentos que afecten a la intimidad e integridad de las personas, de conformidad con la legislación sobre la protección de datos.

La Ley de Patrimonio Histórico Español ha desarrollado este precepto constitucional, que también ha sido recogido en otros *corpus* legislativos como la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y las Leyes de Archivos o Patrimonio Documental promulgadas por las Asambleas Parlamentarias de las Comunidades Autónomas.

La Ley Patrimonio Histórico Español establece como norma general la libre consulta de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental Español, una vez que se haya concluido su tramitación y estén depositados en los archivos centrales correspondientes. También dicta las reglas para la consulta de documentos reservados, estableciendo que aquellos que puedan estar afectados por la Ley de Secretos Oficiales, únicamente podrán ser consultados con autorización expresa del productor de los documentos. Y para aquellos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada o familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados

o hasta que hayan transcurrido veinticinco años desde su muerte, si tal fecha es conocida, o cincuenta años desde la fecha de los documentos.

Pero el principio de transparencia de la Administración propugnado en la Constitución, debe desarrollarse en una Ley que permita más concretamente el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, pues la Ley de Patrimonio Histórico Español, a pesar de incluir -como ya hemos comentado anteriormente- un amplio concepto de patrimonio documental, no es suficiente. No deja de estar dentro de un contexto histórico y siempre teniendo mucho más presente al usuario como un investigador que como el ciudadano que tiene derecho a conocer como se emplean y ejecutan los recursos públicos.

El libre acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos también fue recogido en la *Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases Régimen Local* que supone el reconocimiento el acceso a los archivos como un derecho de los ciudadanos.

Posteriormente, La Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común pretende regular el acceso a los archivos y registros administrativos, lo que ocurre es que se hace desde un absoluto desconocimiento del funcionamiento y contenido de un archivo y además utiliza criterios restrictivos que van contra el mandato constitucional.

Esta Ley ignora lo regulado en la legislación anterior respecto al acceso a los archivos. Los legisladores que intervinieron en la redacción de esta Ley, debieron interpretar que lo promulgado en la Ley de Patrimonio Histórico Español respecto al acceso al patrimonio documental, se refería únicamente a los archivos de carácter histórico y no tuvieron en cuenta el derecho de libre acceso en ella reconocido. Incluso, obviando el principio de transparencia de las Administraciones Públicas, esta Ley restringe el acceso a los documentos única y exclusivamente a los interesados, sin poner ni tan siquiera un límite temporal a esta prohibición.

Pero además existe legislación relativa a la protección de datos y una reglamentación de medidas que protegen la intimidad y privacidad de las personas. Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de los datos de carácter personal (BOE de 14 de diciembre) que igualmente ha ignorado a los archivos, pues limita el uso de ficheros, sean informáticos o no, siempre que contengan datos nominales, para proteger la privacidad de las personas pero en perjuicio del derecho de los ciudadanos a la información administrativa.

La legislación sobre el acceso a los archivos no está suficientemente desarrollada, y la imprecisión lleva en ocasiones a una ambigüedad a la hora de su aplicación.

No es bueno que haya tal diversidad de normas y sería necesaria una amplia y precisa regulación de este tema que armonice la normativa existente hasta ahora.

4. LOS ARCHIVOS Y EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO.

Por último queremos mencionar lo relativo a la regulación del documento electrónico. En relación con el principio constitucional de eficacia para el cumplimiento de los intereses generales, la administración, se ha propuesto ofrecer a los ciudadanos un servicio más ágil e inmediato. Aprovechando los medios que el avance tecnológico ha puesto a su alcance, la Administración Pública se ha modernizado y ha apostado por la administración electrónica. Estamos presenciando la transformación de una administración que ha basado todas sus actuaciones en el documento escrito, a otra fundamentada en el documento electrónico y virtual.

Ya hemos mencionado anteriormente que los archivos no pueden permanecer al margen de los cambios que supone la implantación de un sistema de gestión de documentos. El desarrollo de sistemas informáticos para la gestión de procedimientos administrativos y el acceso remoto vía *on line* de los ciudadanos, tanto a la información administrativa, como a la tramitación de sus solicitudes, exige un esfuerzo de análisis, normalización y racionalización de los procedimientos administrativos. En este proceso nunca debe faltar el establecer el ciclo vital del documento, no sólo su vigencia administrativa que viene regulada por Ley, sino su período de caducidad, archivo definitivo o destrucción.

En relación con la administración electrónica, ya se han dado algunos pasos como el **Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero (BOE de 28 de febrero)**, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos, y el **Real Decreto 263/1996, de 16 febrero (BOE de 29 febrero)**, que regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, son ejemplo de ello.

La Ley 59/2003, de 19 diciembre (BOE de 20 de diciembre), de normas reguladoras de firma electrónica, introduce el concepto de documento electrónico: se considera documento electrónico como el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente. Establece categorías según los sujetos firmantes: *Documento público*: los firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial y notarial o administrativa; *Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas*, conforme a su legislación específica; *Documentos*

privados, respecto de los que no se establece expresamente en la Ley la exigencia de firma electrónica, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes que rige en la contratación privada.

Pero en ninguno de estas normas se ha previsto la permanencia y durabilidad de los soportes sobre los que se han generado los documentos electrónicos. La migración de datos a otros formatos, programas o soportes hasta ahora se prevé a plazos excesivamente breves que no tienen en cuenta la conservación permanente de la información. Por eso es tan necesario, ahora más que nunca, que la Administración regule la obligatoriedad de establecer dentro del sistema de gestión de documentos, su ciclo vital.

ORIGEN Y ESTRUCTURA DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE ARCHIVOS N° 7202

*Guiselle Mora Durán*¹

ANTECEDENTES NORMATIVOS

Mediante Decreto N° 25 de 23 de julio de 1881 se creó una oficina denominada “Archivos Nacionales”, para la custodia de todos los papeles, libros, expedientes, legajos y protocolos, relativos a materias civiles, criminales, eclesiásticas, militares, municipales, de Hacienda y de Administración, de fecha anterior al año 1850, oficina a la que se dio la atribución de extender testimonios y certificaciones de los documentos que tenía a su cargo. Esta norma solo contenía cuatro artículos.

Posteriormente, en la segunda mitad del siglo XX, se emite la Ley del Archivo Nacional, N° 3661 de 4 de enero de 1966, mediante la cual se cambió el nombre de “Archivos Nacionales” a “Archivo Nacional”.

Esta ley, más amplia que la normativa anterior, con 21 artículos, asigna en forma más específica las funciones que competen al Archivo Nacional, definidas en su artículo 4°, entre otras: Reunir y organizar la documentación pública y el acervo gráfico y sonoro de la Nación y la documentación privada que le fuere entregada para su custodia; ordenar y clasificar dicha documentación; preparar instrumentos para facilitar su consulta tales como índices, catálogos e inventarios, publicar guías y colecciones documentales, llevar el registro de testamentos, expedir certificaciones y constancias, así como testimonios de las escrituras públicas insertas en los protocolos de los notarios.

La Ley N° 3661 también establecía, en su artículo 7, que salvo la documentación que deberán conservar por razones de Estado y la que esté en trámite, los Ministerios, sus dependencias, instituciones autónomas y semiautónomas, pondrán a disposición del Archivo Nacional, la documentación que tengan archivada, en los plazos fijados por el reglamento de esta ley, que no excederán de 30 años.

1. Asesora Legal del Archivo Nacional de Costa Rica.

También por ley y en forma específica se indicaba cuales documentos se consideran documentos históricos, estableciendo cuatro parámetros en particular.

Esta ley contó con su reglamento, dado por Decreto N° 3798 de 9 de mayo de 1974.

En forma paralela, el 17 de setiembre de 1974, se emitió la Ley N° 5574, que creó la Junta Administrativa del Archivo Nacional, reglamentada por Decreto N° 4664 de 4 de febrero de 1975.

ORIGEN DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE ARCHIVOS N° 7202

El proyecto de la Ley del Sistema Nacional de Archivos, se tramitó en la Asamblea Legislativa bajo el expediente N° 10655, publicado en La Gaceta N° 118 del 21 de junio de 1988.

Exposición de Motivos del proyecto de ley, consideraciones básicas:

1- Necesidad de poner a derecho la situación de dependencia del Archivo Nacional del Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, que desde 1981 había pasado a constituir un programa de ese ministerio, ya que anteriormente perteneció al Ministerio de Hacienda y al Ministerio de Gobernación.

2- La preocupación del Archivo Nacional porque en Costa Rica se establezca un Sistema Nacional de Archivos, para garantizar la debida conservación del patrimonio documental y que albergue a todos los repositorios de documentos de la Administración Pública y aquellos privados y particulares que lo deseen, sistema que resulta imprescindible sustentarlo sobre un marco jurídico que legalice sus actos.

3- Evitar la costumbre de destruir documentos en las oficinas productores, especialmente al inicio de cada año para hacer espacio en los archivadores y la necesidad de que El Estado asegure a las futuras generaciones la conservación de todos los documentos de interés científico cultural, lo que se logrará por medio de la Comisión Nacional de Selección y Eliminación de Documentos.

4- Propuesta de reforma a la Ley de Derechos de Autor y derechos conexos, para aumentar el material bibliográfico de la biblioteca del Archivo Nacional.

5- Propuesta de reforma a la Ley de creación del Timbre de Archivos cuyo fin principal es generar más recursos para la construcción y equipamiento de un edificio funcional, que le permita asumir las delicadas funciones de reunir, conservar, clasificar, ordenar, describir, administrar y facilitar el patrimonio documental.

TRÁMITE EN LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL EXPEDIENTE N° 10655 Y ESTRUCTURA FINAL DE LA LEY N° 7202

El proyecto de ley fue conocido y tramitado en la Comisión Permanente de Gobierno y Administración de la Asamblea Legislativa.

Durante la tramitación del expediente legislativo se presentaron tres textos de la Ley del Sistema Nacional de Archivos.

Primer texto: El que salió publicado en La Gaceta.

En esta primera propuesta se incluyó un artículo 1 sobre Nomenclatura, un artículo 2 sobre el ámbito de aplicación de la ley y el artículo 3 relativo a la creación del Sistema Nacional de Archivos.

Se proponía la creación de un órgano denominado Consejo Nacional de Archivos, como rector y máxima autoridad del Sistema Nacional de Archivos, cuyo objetivo principal era mantener una estrecha relación técnica entre los archivos del Sistema. El indicado Consejo estaría integrado por: el Director General del Archivo Nacional, el Jefe del Departamento Documental (hoy denominado Departamento Archivo Histórico), dos archivistas, un profesional en informática, un representante de la Carrera de Archivística y un representante de la Asociación Costarricense de Archivistas.

Funciones asignadas al Consejo Nacional de Archivos

- Establecer políticas archivísticas del país
- Dar recomendaciones técnicas sobre producción y gestión de documentos
- Velar por la óptima organización de los archivos públicos
- Dar recomendaciones técnicas sobre administración de documentos producidos en medios automáticos
- Asesorar al Consejo Superior de Educación sobre los planes de estudios en las técnicas archivísticas
- Velar por la capacitación de los funcionarios que laboran en los archivos.
- Organizar congresos, seminarios, y otras actividades similares.
- Convocar a las asambleas de archivistas para formar la terna para escoger al representante ante el Consejo.

El proyecto regulaba la conformación y funciones de:

- a) La Dirección General del Archivo Nacional.

- b) La Comisión Nacional de Selección y Eliminación de Documentos.
- c) La Junta Administrativa del Archivo Nacional, órgano al cual se le daban funciones únicamente en materia de administración de recursos económicos.
- d) Asimismo un capítulo sobre los Archivos Administrativos Públicos y otro sobre los Archivos Privados y Particulares.

Se incluyeron las reformas a la Ley de Derechos de Autor, artículo 106 y las reformas a la Ley de Creación del Timbre de Archivos.

El Departamento Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa formuló una serie de observaciones al proyecto tales como:

- Eliminar artículo sobre nomenclatura.
- Que el primer artículo que aparezca en la ley sea el de la Creación del Sistema Nacional de Archivos.
- Que la estructura organizativa propuesta era muy confusa, porque resultaría un sistema con dos cabezas: El Consejo Nacional de Archivos y la Junta Administrativa del Archivo Nacional. Al Consejo se le dan múltiples funciones, una enorme responsabilidad técnica, pero que se le ata de manos al imponer que la Junta apruebe el presupuesto y maneje los fondos.

Posteriormente la Asamblea Legislativa le concede audiencia a varias instituciones sobre el proyecto, se pronuncian los bancos del Estado, el Instituto Nacional de Seguros, el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillado, el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, algunas municipalidades y ministerios. La mayoría a favor del proyecto, indicando que dicha ley venía a llenar una serie de necesidades y aspectos que no estaban contemplados en la legislación de ese momento. Excepto el Banco Nacional de Costa Rica y el Banco de Costa Rica, quienes no estuvieron de acuerdo con el proyecto, en particular porque les preocupaba la documentación privada que custodian. El Banco Central de Costa Rica se pronunció a favor del proyecto.

Segundo Texto: A raíz de las observaciones del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, el Archivo Nacional presentó al Congreso, el 22 de diciembre de 1988, un segundo texto, en el cual incluyó dichas observaciones. En el artículo 1 se propuso la creación del Sistema Nacional de Archivos y se indicó que la máxima autoridad de dicho Sistema sería la Junta Administrativa del Archivo Nacional, se eliminó la creación del Consejo Nacional de Archivos y las funciones asignadas a dicho Consejo se trasladaron a la Junta Administrativa.

Cronología

19 de abril de 1989: La Comisión de Gobierno y Administración celebra sesión en la cual estuvieron como invitadas la Directora del Archivo Nacional señora Luz Alba Chacón León y la Subdirectora señora Virginia Chacón Arias. Se explicó a los señores diputados qué son los archivos, su importancia y la necesidad de aprobar la Ley del Sistema Nacional de Archivos.

25 de abril de 1989: Los diputados de la Comisión visitaron las instalaciones del Archivo Nacional.

26 de abril de 1989: La Comisión emite Dictamen Afirmativo de Mayoría al proyecto de ley, y manifestaron: “con el propósito de que el país cuente con una legislación adecuada en materia archivística, consideramos conveniente aprobarlo”.

22 de mayo de 1990: La Corte Suprema de Justicia solicitó a la Comisión que se les consultara de nuevo el proyecto, en virtud que la primera consulta se traspapeló. Solicitud que se concedió a la Corte.

1º de junio de 1990: La Corte Suprema de Justicia realiza observaciones al proyecto y uno de los diputados presenta moción para que se tomen en cuenta. De esta moción surge el tercer texto del proyecto de ley.

Tercer Texto: El 2 de julio de 1990, dentro de la Comisión se propone un nuevo texto, en el cual se incorporan las observaciones realizadas por la Corte Suprema de Justicia.

3 de julio de 1990: La Comisión emite un nuevo Dictamen Afirmativo de Mayoría con base en el nuevo texto.

11 de setiembre de 1990: El proyecto es aprobado en tercer debate y se convierte en la Ley N° 7202 del Sistema Nacional de Archivos. Los señores diputados mostraron su complacencia en que se aprobara esta Ley.

24 de octubre de 1990: El Poder Ejecutivo sanciona la ley.

27 de noviembre de 1990: Sale publicada en La Gaceta N° 225, fecha en la cual empieza a regir.

Estructura de la Ley N° 7202

La Ley N° 7202 contiene cinco artículos y un transitorio.

ARTICULO 1. Dictase la siguiente Ley del Sistema Nacional de Archivos:

Capítulo I. Disposiciones Generales (artículos 1 al 10)

Capítulo II. De la Junta Administrativa del Archivo Nacional (artículos 11 al 21)

Capítulo III. De la Dirección General del Archivo Nacional (artículos 22 al 30)

Capítulo IV. De la Comisión Nacional de Selección y Eliminación de Documentos (artículos 31 al 38)

Capítulo V. De los Archivos Administrativos Públicos (artículos 39 al 54)

Capítulo VI. De los Archivos Privados y Particulares (artículos 55 al 63).

ARTICULO 2: Reforma al artículo 106 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

ARTICULO 3: Derogaciones y reformas a la Ley de Creación del Timbre de Archivos N° 43 de 21 de diciembre de 1934.

ARTICULO 4: Derogación de la Ley del Archivo Nacional N° 3661 de 10 de enero de 1966.

ARTICULO 5: Rige de la ley.

TRANSITORIO I: Sobre recursos económicos.

Análisis del articulado de la Ley 7202

ARTICULO 1. Dictado de la Ley del Sistema Nacional de Archivos.

Capítulo 1. Disposiciones Generales:

Artículo 1. Creación del Sistema Nacional de Archivos (se acató recomendación de pasar el artículo 3 del proyecto al artículo 1, porque la creación del Sistema es lo primero que tenía que establecerse). Se eliminó el artículo del proyecto relativo a "Nomenclatura".

Artículo 2. Ámbito de aplicación: Órganos del Sistema Nacional de Archivos, Poderes Legislativo, Judicial, Ejecutivo, demás entes públicos, archivos privados y particulares que lo deseen. En el proyecto se mencionó al Tribunal Supremo de Elecciones pero en la ley se dejó por fuera.

Artículos 3, 4, 5 y 6. Regulaciones sobre los documentos de valor científico cultural: Documentos que por su contenido sirvan como testimonio y reflejen el desarrollo de la realidad costarricense.

Artículo 7. Exoneración impuestos a los actos jurídicos mediante los cuales se transfiere la propiedad de documentos al Estado.

Artículos 8 y 9. Propiedad de los documentos y tipificación del delito de hurto de documentos.

Artículo 10. Acceso a los documentos que custodian los archivos.

Capítulo II. Junta Administrativa del Archivo Nacional

Artículo 11. Establece que la Junta Administrativa del Archivo Nacional será la máxima autoridad del Sistema Nacional de Archivos y su órgano rector. Se le asignan funciones en materia de administración de recursos económicos pero también en materia archivística.

Se eliminó la creación del Consejo Nacional de Archivos propuesta en el proyecto de ley y sus funciones se trasladaron a la Junta.

Artículo 12. Conformación de la Junta Administrativa del Archivo Nacional: EL Ministro de Cultura, Juventud y Deportes, El Ministro de Planificación Nacional y Política Económica, un académico de la Academia de Geografía e Historia, un profesional en Archivística y un profesional en Historia nombrados por el Consejo Nacional de Rectores, un archivista representante de los archivos del Sistema y una persona de reconocida capacidad.

Artículos 13 al 21. Regulaciones sobre organización de la Junta Administrativa del Archivo Nacional

Capítulo III. Dirección General Archivo Nacional

Artículo 22. Establece que la Dirección General del Archivo Nacional es un órgano desconcentrado del Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes. Según Dictamen C-042-2001 emitido por la Procuraduría General de la República el 20 de febrero de 2001, el grado de desconcentración es mínimo.

Artículo 23. Funciones: Entre otras, ejecutar las políticas que emanen de la Junta Administrativa del Archivo Nacional, reunir, conservar, clasificar, describir, seleccionar y facilitar el patrimonio documental nacional, expedir reproducciones de los documentos, inspeccionar y asesorar a los archivos, brindar capacitación a los funcionarios de los archivos. La Dirección General del Archivo Nacional también debe observar el Código Notarial respecto a la documentación notarial, según el artículo 24.

Artículos 25 y 26. Creación de la Biblioteca especializada en archivística y ciencias afines

Artículos 27 al 29. Sobre el Director (a) General del Archivo Nacional y sus funciones.

Artículo 30. Establece que la Dirección General del Archivo Nacional es un archivo final que además asume funciones de un archivo intermedio.

Capítulo IV. Comisión Nacional de Selección y Eliminación de Documentos.

Artículo 31. Creación de la Comisión Nacional de Selección y Eliminación de Documentos: Órgano de la Dirección General del Archivo Nacional, encargado de dictar normas sobre selección y eliminación de documentos de acuerdo con su valor científico cultural y de resolver las consultas sobre eliminación de documentos de los archivos del Sistema.

Artículo 32. Integración: El Presidente de la Junta Administrativa del Archivo Nacional, el Jefe del Departamento Documental del Archivo Nacional, un técnico de ese departamento, el jefe o encargado de la entidad productora de la documentación y un reconocido historiador. Varió la integración propuesta en el Proyecto de Ley, en el que se establecían como miembros al Director General del Archivo Nacional en lugar del Presidente de la Junta Administrativa del Archivo Nacional y al responsable del Archivo Intermedio en lugar del técnico del Departamento Documental.

Artículo 33. Integración y funciones de los Comités Institucionales de Selección y Eliminación de Documentos: Encargado del archivo, asesor legal y superior administrativo. El comité evalúa y determina la vigencia administrativa y legal de los documentos y consulta a la Comisión cuando se deban eliminar documentos que hayan finalizado su trámite administrativo.

Artículos 34 al 38. Otras regulaciones sobre la Comisión Nacional de Selección y Eliminación de Documentos: Destacan el artículo 35 sobre la obligación de solicitar el criterio de la Comisión cada vez que se necesite eliminar algún tipo documental y el artículo 36 que tipifica el delito de eliminación de documentos sin autorización.

Capítulo V. Archivos Administrativos Públicos.

Artículo 39. Define que los archivos administrativos públicos son los archivos de gestión y los archivos centrales.

Artículo 42. Establece las funciones de los archivos centrales, entre otras: Centralizar todo el acervo documental de la institución, transferir al Archivo

Nacional los documentos que hayan cumplido su vigencia administrativa, velar por la aplicación de políticas archivísticas, brindar asesoría al personal de la institución que labore en los archivos de gestión, integrar el Comité Institucional de Selección y Eliminación de Documentos, solicitar autorización a la Comisión Nacional de Selección y Eliminación de Documentos para eliminar documentos, rendir un informe anual al Archivo Nacional.

Artículos 49 y 50. Regulación sobre los archivos de entidades que son absorbidas por otras o que desaparecen. En el primer caso, la institución que se hace cargo de la documentación de otra debe mantener esos documentos con respeto del principio de procedencia y en el segundo caso, si una entidad desaparece los documentos deben ser transferidos al Archivo Nacional.

Artículo 53. Sobre la documentación de la Presidencia de la República y los Ministros de Estado, así como las actas del Consejo de Gobierno, que se deben entregar al Archivo Nacional cada cuatro años.

Artículo 54. Posibilidad que tienen las dependencias del Sistema Nacional de Archivos de solicitar al Archivo Nacional el préstamo temporal de documentos producidos por ellas y que se custodien en esta institución.

Capítulo VI. Archivos Privados y Particulares.

Artículo 55. Define que los archivos privados son los que custodian documentos producidos por organizaciones de carácter privado y archivos particulares aquellos que conservan documentos producidos o recibidos por una persona o familia.

Artículos 56 y 57. Posibilidad de que estos archivos formen parte del Sistema Nacional de Archivos, asumiendo sus deberes y derechos.

Artículos 58, 59 y 60. Los archivos privados y particulares pueden transferir sus documentos al Archivo Nacional y pedir asesoría a esta institución en materia archivística.

Artículos 61 y 63. Los archivos privados y particulares deben informar al Archivo Nacional de la existencia de documentos de reconocido valor científico cultural en su poder, asimismo pueden entregar copias de los documentos e instrumentos descriptivos.

ARTICULO 2. Reforma al Artículo 106 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos N° 6683 de 14 de octubre de 1982: Se establece el deber de las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, de depositar un ejemplar de sus

obras reproducidas por medios impresos, magnéticos, electrónicos u otros, en la Dirección General del Archivo Nacional.

ARTICULO 3. Derogación y reformas de los artículos 1, 3, 6 y 7 de la Ley de Creación del Timbre de Archivos. Se aumentan las denominaciones y se establecen otros casos en los cuales se debe cancelar el timbre.

ARTICULO 4. Derogación de la Ley del Archivo Nacional N° 3661 de 10 de enero de 1966. Dicha ley estuvo vigente por 24 años.

ARTICULO 5. Establece que la ley 7202 empieza a regir a partir de su publicación.

TRANSITORIO 1. Dispone que los fondos generados por el timbre de archivos pasarán directamente a la Junta Administrativa del Archivo Nacional, hasta que esté totalmente construido y equipado el edificio del Archivo Nacional.

MESA REDONDA “EXPECTATIVAS ACERCA DE UNA NUEVA LEGISLACIÓN ARCHIVÍSTICA COSTARRICENSE”

*Rafael León Zúñiga*¹

INTRODUCCIÓN

Como representante de la Asociación Costarricense de Archivistas, más que exponer la posición del gremio, se presenta una reflexión sobre el tema, tratando de que en ella este presente lo que esperan los y las archivistas costarricenses que se considere al momento de reformar la Ley 7202.

Considerando que no somos conocedores de las reglas del derecho y su complejo mundo, nos preocupamos principalmente por dimensionar el entorno en el que está inmerso el quehacer archivístico, para intentar identificar qué debe reformarse en la Ley actual y qué nuevos aspectos deben incluirse para que responda a las circunstancias actuales y futuras.

Antes de entrar en materia, hay que tener presente que la expectativa que se tenga hacia algún asunto en particular, está relacionado con el nivel de conocimiento que se tenga de la materia en particular y con cuanta claridad manejemos los elementos o variables que la afectan.

La Asociación Costarricense de Archivistas considera que los siguientes elementos que se enumeran, son algunos de los cuales afectan directa o indirectamente el que haya una norma que responda a las necesidades presentes y futuras. Por lo tanto, primero analizaremos esos aspectos del entorno, para finalmente hablar de la Ley 7202.

1. NUESTRA MATERIA PRIMA DE TRABAJO.

Para poder determinar qué cambiar o mejorar en nuestro campo de trabajo, debemos conocer ampliamente nuestra materia prima de trabajo. Conocer las

1. Miembro de la Asociación Costarricense de Archivistas, Bachiller en Archivística, funcionario del Instituto Costarricense de Electricidad, responsable del Centro de Gestión Documental en la UEN-Proyectos y Servicios Asociados.

razones por las cuales nacen los documentos es fundamental, como fundamental es tener presente que lo valioso en ellos es su contenido.

Cuando hablamos del contenido, nos referimos a la información, la cual siempre ha sido lo más valioso para nuestros clientes/usuarios, indistintamente del tipo documental en donde se encuentre, siempre y cuando permita resolver problemas de la administración.

Dicho lo anterior, hablemos entonces de la información. Es muy común escuchar y leer que la información es un recurso muy valioso. Tanto administradores o cualquier otro tipo de profesional en puestos de decisión que les toca planificar su gestión anual o quinquenal, así lo hacen saber. Principalmente cuando aplican la llamada planificación estratégica.

Lo anterior nos obliga a saber y conocer que las instituciones, para poder sobrevivir, deben tener información suficiente, confiable, oportuna, accesible y de calidad, tanto de su gestión como de su entorno.

Debemos tener presente además, que la información que producen y reciben las instituciones, constituyen los dos grandes grupos que comúnmente conocemos. Número uno, lo que se produce para cumplir propósitos definidos por razones normativas o de procedimientos de trabajo, así como también para cumplir requerimientos de agentes de control internos y externos y grupo número dos, conformado de los documentos que se reciben y que en las instituciones se divide en dos grupos, lo que llega solo para informar o comunicar y el subgrupo a través del cual solicitan que la institución tome algunas acciones.

En relación con la información que se necesita del entorno, depende de cada institución y ésta debe estar relacionada con la competencia, los clientes, el mercado, los proveedores, la política, los tratados comerciales, la política económica, el precio de las materias primas, nuevas metodologías de trabajo, los medios de comunicación, las buenas prácticas en otras instituciones similares, sobre los diferentes grupos de interés organizados, etc.

Según lo anterior, la información que encontramos en las instituciones es tan variada como la situación obligue o sugiera. Entonces, no solo encontramos en las instituciones lo que por acción de ella deba recibir y no solo produce para atender lo que recibe, sino que también produce para auto control y busca en el entorno toda la información que le permita responder a las demandas de la sociedad y la que le permita para su sobrevivir en su entorno.

Por la importancia de la información en los últimos años, han aparecido nuevas formas de abordar el tema desde diversas disciplinas, lo cual coloca al profesional de la Archivística en un escenario muy interesante.

Es común leer en libros de Administración, Informática, Planificación Estratégica, Gestión por Proyectos y otros, sobre gestión documental, gestión de información, gestión del conocimiento, inteligencia empresarial, sabiduría empresarial y sobre la cultura informacional, como aspectos necesarios sobre el cual las instituciones deben invertir, para que los tomadores de decisiones puedan saber que tipo de información requieren para resolver sus necesidades. Lo curioso de todo esto, es que por ningún lado se menciona a la Archivística como la llamada a atender al menos parte del proceso que plantean, pero si son precisos en decir que las tecnologías de información son solo herramientas de trabajo. Por eso decimos que la archivista encargada de reunir, ordenar, conservar, clasificar, describir, facilitar y administrar una gran parte de los documentos-información de las instituciones, entre otras actividades, tenemos un presente y futuro de mucho trabajo.

Si además consideramos que por Ley tenemos la responsabilidad de administrar los documentos de archivo, que pueden ser hasta el 95% de los documentos-información que se produce en las instituciones y que el 5% restante es material que se organiza con el enfoque bibliotecológico, pero incluso, si clasificamos los documentos-información según los productos y ó servicios, en vez de por funciones, que ofrece una institución y el proceso que conlleva obtenerlo, podremos identificar que documentos-información se producen y reciben para gestionarlos y por consecuencia cuales formarán los expedientes.

Entonces, partiendo de que estamos hablando de la materia prima información y lo importante que es para toda institución hoy y en el futuro inmediato, obliga a pensar que la norma que regule cualquier materia que tenga que ver con la información, como es la Archivística, debe considerar para fundamentar sus reglas, todos los elementos que contribuyan a su buen funcionamiento y aplicación.

2. LAS NORMAS, UNA ADECUADA LECTURA DE LA REALIDAD Y LA VISIÓN DE FUTURO.

Si bien es cierto los expertos en formular y estructurar las leyes son los abogados, le toca a los proponentes desarrollar adecuados procesos de análisis con expertos en el tema y de diferentes sectores, para poder lograr que la norma cubra lo más posible la realidad.

Hacer una adecuada lectura de la realidad, implica, empezar por reconocer que yo soy parte de un todo, es decir, no considerar a todas las partes involucradas al momento de hacer o actualizar una ley, es un gran error.

En general podemos decir que los interesados naturales de los productos que genera el archivista son: los y las archivistas, la institución contratante, las instituciones formadoras, el Ente Rector, la Asociación Costarricense de Archivistas, la Comisión Interinstitucional de Jefes y Encargados de los Archivos Centrales de los Poderes del Estado, su similar de las Universidades Públicas, Bancos Estatales, las empresas vendedoras de servicios archivísticos, los receptores de los servicios y a la sociedad como un todo.

También se hace necesario considerar a las diferentes disciplinas que afectan al quehacer archivístico y que el quehacer archivístico las afecta, nos referimos a la Administración, el Derecho, la Historia y la Planificación, entre otros.

La lectura de la realidad además nos lleva a considerar, desde la perspectiva del Estado como proveedor de servicios, qué está ocurriendo o qué va a ocurrir en los ámbitos de la política, por ejemplo: nuevos planteamientos sobre la importancia de los derechos civiles de los ciudadanos, a causa de nuevas corrientes de pensamiento sobre el significado actual de la Democracia, ya que a veces ocasionan quitar, poner o reformar derechos de los ciudadanos. La economía con el libre comercio. Lo social y los cambios de valores. Todo ello conlleva por lo general a la reforma o formulación de nuevas políticas públicas o nuevas responsabilidades para el Estado.

Es decir, si cambia o va a cambiar el entorno en el cual está inmerso el quehacer archivístico, con obligada razón la Archivística, sus principios, su teoría, su aplicación, sus metodologías, así como la misión y visión que debe cumplir.

Una vez identificados todos los interesados, analizada la situación presente y ver hacia el futuro, ya tenemos una parte de la fotografía de la realidad, sobre la cual se puede plantear reformas a la Ley 7202.

Sin embargo, antes de modificar la Ley del Sistema Nacional de Archivos, es necesario conocer más de cerca otros aspectos fundamentales, que se mencionan a continuación.

3. LA MISIÓN, VISIÓN Y OBJETIVOS, ELEMENTOS FUNDAMENTALES HA ESTABLECER EN TODO PROCESO.

Establecer un norte o misión a seguir, es un paso ineludible en toda persona o institución, la cual se fundamenta en las razones que le dieron origen, para el caso de las instituciones.

El cómo nos vemos a futuro o la visión, es fundamental y debe ser ajustada según los cambios del entorno. Los objetivos y actividades ha desarrollar, son la forma

de concretizar los logros que se requieren para cumplir los dos elementos anteriores.

Por lo indicado, es muy necesario que conozcamos como se plantean cada una de las partes que afectan el quehacer archivístico son propósitos. ¿Qué puede pasar si solo reformamos la Ley y los demás elementos del entorno que la afectan directamente no? ¿qué pasaría con una buena ley, pero malos profesionales, o peor aún, que los formen en temas poco aplicables o no obtenidos de la realidad?

Con lo siguiente, tratamos de decir y considerando una posición sistémica, que necesariamente las diferentes partes que mencionaremos, deberán plantearse dentro de sus propósitos objetivos que coadyuven a que se resuelvan los problemas ligados al quehacer archivístico o siendo más amplio, lo relacionado con la información y sus usos.

3.1. Las instituciones contratantes

Por ser nuestros centros de trabajo nuestro entorno inmediato, hay que conocerlo en todas sus partes, ya que solo así podremos dar respuesta a todas sus necesidades relacionadas con los documentos-información.

Si el conjunto de las instituciones se organizan bajo una visión sistémica, entonces cada una de ellas tendrá funciones diferentes, así como su misión y la visión, pero que deberán entre todas producir un resultado de conjunto que cubra las demandas de la sociedad.

Pensando en el Sector Público, el conjunto de las instituciones tienen por lo general propósitos muy claros, como por ejemplo: controlar, regular, apoyar, entre otros. Si las clasificamos, en Gobierno Central, Autónomas, Empresas Públicas, en Financieras y no Financieras etc., se podrá obtener en todas ellas, propósitos a cumplir muy diferentes, resultado de la propia condición que le dio origen

Si las necesidades son diferentes según cada grupo, también lo pueden ser entre ellas mismas, razón por lo cual la aprobación de una norma que regule al conjunto, no es cierto que sirva para resolver lo particular de cada institución. Más claro queda si analizamos las leyes particulares que regulan cada campo de acción del Estado y a cada institución en particular.

Para saber que requieren las instituciones, debemos conocerlas, lo que implica tener datos objetivos que se hayan obtenido a través de instrumentos y metodologías confiables y comprobables, para que los planteamientos a problemas comunes y complejos generados por cualquier disciplina científica tengan valides y sean confiables.

Pero principalmente es fundamental que haya una *cultura institucional* donde se vea a los *documentos-información como un insumo y producto de la gestión cotidiana*, la cual se llega a evidenciar cuando en los *planes institucionales* se considera la gestión documental como un proceso trasversal que cruza todos los procesos sustantivos y de apoyo, situación que implica crear alguna estrategia que permita administrar técnicamente los documentos-información, definir un marco normativo que ampare el proceso y al responsable de llevarlo adelante, crear indicadores para su control, presupuestar fondos para contratar los profesionales necesarios en el tema, etc.

3.2. Profesión Archivista

Partiendo de lo antes mencionado, es necesario que la formación que debemos tener las personas profesionales de la archivística debe ser consecuente con ello. Pero también hay que tener claro que desde las aulas universitarias solo recibimos los fundamentos teórico-metodológicos de la materia que practicamos, cuya calidad dependerá por lo general de la misma calidad del formador, el cual suponemos trabaja con datos confiables obtenidos de la realidad. Es decir, forma con una visión teórico-práctico.

La teoría es valiosa siempre y cuando pueda ser llevada a la práctica y permita alcanzar resultados medibles satisfactorios para quien la aplica y para la institución contratante.

Entre más acorde con la realidad sea la formación, hay mayor certeza de éxito de quienes la aplican, sin embargo, una vez insertados en el mundo laboral, todo profesional debe actualizarse según las exigencias de la organización y su entorno. Es en este escenario donde es valioso definir ¿cuál es la misión de la profesión que ejercemos?, ¿cómo nos vemos a futuro? y ¿cuál es o son nuestros objetivos profesionales y personales? La falta de claridad a nivel personal de los tres elementos indicados, dificulta establecer los que corresponden a nuestro centro de trabajo.

Por otro lado, no basta con obtener un título y ejercer la profesión, además hay que sistematizar lo aprendido, fuente fundamental para establecer un ideario propio y tomar posición sobre la Archivística, así como del ejercicio de la profesión, del rol del ente Rector y demás disciplinas relacionadas con el quehacer archivístico, entre otros.

¿Cómo demuestro lo que sé?, ¿cómo demuestro que lo aprendido en clase fue erróneo o acertado?, ¿cómo demuestro que hay archivística costarricense?, solo estructurando y sistematizando nuestro aprendizaje o *conocimiento* y sometiéndolo a discusión.

Debemos tener claro todos, que nuestra base teórica y metodológica, fue producida en contextos ajenos a nuestra realidad, por eso es urgente que produzcamos artículos, ponencias, libros, monografías, realicemos mesas redondas, foros, talleres y cuanta alternativa exista, para crear nuestra base teórica y las metodologías necesarias.

La *pro-actividad y ser creativo* es un ingrediente fundamental para cualquier profesional que no quiera ser sustituido por otros profesionales, por las nuevas generaciones de Archivistas o para evitar ser visto como un simple receptor y organizados de documentos.

Cierro este apartado recordando que debemos definir nuestra visión. ¿Qué quiero ser, un acomodador de documentos, un archivista (¿quién sabe lo que hacemos?), un Jefe de Archivo Central limitado a las cuatro paredes, un Gestor de Información o un Gerente de Información? Recordemos que nuestros deseos deben ser al menos igual a las demandas del mercado y para sobresalir, todo lo que uno pueda hacer. En este proceso juega un papel fundamental, las instituciones formadoras y lo que mencionamos, la pro-actividad de los profesionales.

3.3. Las instituciones formadoras.

Parte de los propósitos de las universidades en general, es *formar profesionales* capaces de atender las demandas de la sociedad, por lo cual debería sustentar sus objetivos de datos obtenidos a través de los mecanismos científicos que así lo demuestren.

En la medida que se parta de datos, de seguro la institución formadora es capaz de acertar en definir la misión que debe cumplir al momento de formar personas, así como cumplir los objetivos que se proponga. El planteamiento de una visión o escenario a futuro de la carrera a cargo de formar archivistas, permitirá que haya una captura sistemática de datos que le permitan *estructurar cursos* que den respuesta a situaciones reales.

¿Y qué pasa con los *responsables de formar* a quienes dan respuesta a las demandas de las instituciones?, tienen que conocer los datos obtenidos de la realidad para poder dar una formación acorde con las demandas actuales y futuras.

Una carrera que *requiere de múltiples disciplinas* para dar respuesta a los problemas *relacionados con la gestión documental*, necesariamente para que coadyuven a resolver, los profesionales que impartan esas lecciones, deben *conocer los fundamentos de la Archivística*. Un formador que no integra en su *discurso y práctica* los fundamentos de una y otra disciplina, forma *profesionales con deficiencias importantes*.

Las instituciones formadoras tiene una gran responsabilidad, capacitar según las *demandas del mercado*, a los profesionales que tienen la *tarea de resolver los problemas de gestión documental*.

De igual manera, el ente responsable de velar por el cumplimiento de la Ley que regula la materia archivística, debe estar atento a las demandas de la sociedad, para determinar en que momento la Ley debe sustituirse o reformarse.

3.4. La Institución Rectora

Como un elemento más del sistema institucional público y del Sistema Archivístico Nacional, el Ente Rector debe asegurarse de que se cumpla la ley que regula el quehacer archivístico, ya que la materia que regula, los documentos-información son sin duda alguna, un "recurso" fundamental para las instituciones que los producen, para el Estado como un todo y para la sociedad.

Al tener el Ente Rector dentro de sus obligaciones administrar el Archivo Histórico, lo mismo que el Intermedio, fomentar la formación de archivos centrales en las instituciones que no lo tienen, así como lograr que normalicen los archivos de gestión, además de dar pautas sobre la formación académica de los y las archivistas, debe procurar que en su misión, visión y objetivos, como institución permitan lograr sinergia entre las partes.

La visión o el cómo se mira en el futuro el Ente Rector, debe ser consecuente con el *nivel de madures* que ha alcanzado una parte de las instituciones en *su cultura archivística*, con la *amplia experiencia* que ya tiene un grupo importante de archivistas, con la existencia del *grado académico de licenciatura* desde hace 3 años o más, así como tener claro que el mayor peso para darle vida al Sistema Archivístico Nacional, lo tienen los archivos de gestión y los centrales.

Una forma de saber como funcionan las sinergias de los actores involucrados, es ver los resultados que se van logrando año tras año, a través de los estudios que realizada el Archivo Nacional, que a continuación mencionaremos.

3.5. El estado del Sistema Archivístico Nacional

No pretendemos ser exhaustivos en este apartado, ya que solo tenemos resultados parciales del Sistema Archivístico Nacional, básicamente presentamos algunos logros acumulados desde 1990 al 2004, con el fin de hacer conciencia si debemos seguir como hasta hoy o necesariamente debemos hacer cambios importantes todos los actores participantes mencionados en otro apartado.

Según el organigrama del Estado costarricense producido por MIDEPLAN en el 2001, en Costa Rica existen un total de 241 instituciones, las cuales el Archivo Nacional las dividió en tres categorías A, B y C, para indicar su nivel de

cumplimiento de la Ley 7202, de las cuales solo 63 se encuentra en categoría “A: Instituciones que cumplen con tres aspectos básicos: Archivo Central, Archivista y Comité Institucional de Selección y Eliminación de Documentos y otras disposiciones legales vigentes. (En muchos casos se requiere más apoyo de las autoridades, un espacio físico mayor y/o más recursos humanos y presupuestarios)”.²

Sin entrar en mayor análisis, ya que los datos no lo permiten, se podría decir que al 2004 solo el 27% de las instituciones del país cumplen los tres aspectos básicos ya mencionados. Resulta más interesante saber que hasta el 2001 solo 23 instituciones tienen reglamento para regular sus actividades,³ lo que no sabemos es si son parte de los Archivos Centrales de la categoría A.

Por la función y control que cumple un reglamento en toda dependencia, bien podría decirse que posiblemente los Archivos Centrales que tienen reglamentos, son los únicos que están consolidados al 2004, lo que implicaría que menos del 10% del Sistema Nacional de Archivos es lo que se ha podido establecerse como permanente.

Bien vale la pena meditar si 14 años después de existir la Ley 7202, tener ya sea el 27% o el 10% de Archivos Centrales consolidados, es suficiente, ya que hace falta mucho por avanzar y más aún si se mantiene la política o estrategia actual para hacer crecer el Sistema por parte de todos los actores, pasarían muchos años para tener el Sistema Nacional de Archivos en categoría A.

Las necesidades de las instituciones vrs las exigencias de la sociedad, sumados los rápidos cambios de las tecnologías de información y comunicación, entre otras variables del entorno, hacen presión para que adoptemos nuevas estrategias para provocar cambios profundos de todo lo hasta ahora realizado por todos. La ley 7202 no será la excepción.

4. LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE ARCHIVOS 7202 Y SU REGLAMENTO

Ahora bien, dicho todo lo anterior, es de vital importancia que reflexionemos lo suficiente para determinar que debemos reformar de la ley actual.

Sin duda alguna estamos consientes de que una Ley y su Reglamento es un instrumento jurídico necesario que le da vida al Sistema Nacional de Archivos, que ya está requiriendo ser reformada por cambios del entorno.

2. Memoria XVI Congreso Archivístico Nacional: El Marco jurídico en el quehacer archivístico, año 2003, pág., 126.

3. Ley del Sistema Nacional de Archivos N° 7202 y su Reglamento, pág., 82 y 83.

Para empezar, ¿qué elementos establecidos en la Ley deberíamos revisar, considerando todo lo dicho?

Ejemplos:

Que *no se limite* el Sistema Nacional de Archivos a estar constituido por: Archivos de Gestión, Archivos Centrales, Archivo Intermedio y Archivo Histórico. Creemos que por la diversidad de instituciones que existe en cuanto a tamaño, dispersión territorial y complejidad de funciones, la Ley no debería limitar a las instituciones en como estructura o conforma su sistema archivístico.

¿Las funciones actuales asignadas a los archivos de gestión y centrales, son suficientes para resolver el tema de la gestión documental en las instituciones?

La Ley más que obligar a la creación de un archivo central en las instituciones, debería además obligarlas a definir *una política institucional* que garantice la integración de todas las partes involucradas en dar respuesta de *forma integral al tema de la documentación-información* como insumo, producto y un recurso vital que es.

¿Deben modificarse el rol Ente Rector y de los Archivos Centrales para que funcione el Sistema Nacional de Archivos, como sistema?

¿Debe cambiarse el enfoque historicista de la Ley, por un enfoque más administrativo o una mezcla de ambos?

¿Es solo el propósito de la Ley, establecer un proceso sistemático que le asegure a la Sociedad a través del Estado, salvar los documentos con valor científico cultural?

¿La aplicación de las fases de reunir, conservar, clasificar, ordenar, describir, seleccionar, administrar y facilitar, resuelven las necesidades de información formal en las instituciones?

¿Si la base del Sistema Archivístico son los archivos de gestión y tienen como actividades reunir, conservar, clasificar, ordenar, describir, seleccionar, administrar y ... (Art. 39), suponiendo que lo hace bien su trabajo, por qué el archivo central (Art. 42, inciso c) también tiene esas mismas funciones como básicas?

Si en cada institución existe el conocimiento necesario, además de los órganos competentes (Archivo Central, Control Interno, Oficina Jurídica o Asesoría Legal, los Líderes de procesos y Auditoría) para decidir responsablemente cuándo eliminar documentos, la Ley debería limitarse a establecer el procedimiento y la obligatoriedad de quienes mínimo deben participar para ser válido el acto y que la Comisión Nacional de Selección y Eliminación de Documentos, se limite a revisar el resultado para ver si entre ellos hay documentos con valor científico cultural.

¿Es necesario que se le fije a la Comisión de Selección y Eliminación de Documentos un plazo máximo para dar respuesta a las consultas sobre eliminación de documentos?

¿Considerando el nivel de madurez del Sistema (archivistas con muchos años de experiencia, más de 40 archivos centrales consolidados y la formación de Licenciatura que redundará en profesionales urgidos de libertad), cuál es el nivel de independencia que deben tener las instituciones a la hora de normar y sistematizar la gestión documental?

Finalmente, ¿la Ley debe responder a las necesidades del Ente Rector, a las necesidades de las instituciones, a las necesidades del archivista o a las necesidades de la sociedad del presente o del futuro?, si es todo, ¿están presentes en la Ley los instrumentos necesarios para atender esas demandas?

5. CONCLUSIÓN

Las expectativas que tiene la Asociación Costarricense de Archivistas, están directamente relacionadas con la reflexión expuesta, sin que sean necesariamente las únicas.

Conocer ampliamente lo que puede afectar la forma y contenido de una norma, nos permitirá crear un nuevo producto de calidad.

Y si no tenemos a la mano las variables que las pueden afectar en números, solamente prevalecerá la opinión del que mayores argumentos tenga, al momento de proponer reformas a la Ley del Sistema Nacional de Archivos 7202.

6. BIBLIOGRAFÍA

Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, Dirección General del Archivo Nacional. **Memoria XVI Congreso Archivístico Nacional: El Marco jurídico en el quehacer archivístico**. Julio, 2003

Ministerio de Cultura, juventud y Deportes, Dirección General del Archivo Nacional. **Ley del Sistema Nacional de Archivos 7202 y su Reglamento**, 3ª Edición, enero, 2003.

MESA REDONDA

“EXPECTATIVAS ACERCA DE UNA NUEVA LEGISLACIÓN ARCHIVÍSTICA COSTARRICENSE”

*Efraín Mejía Vindas*¹

INTRODUCCIÓN

En nuestro país desde hace algunos años se viene discutiendo en los congresos, las jornadas y los seminarios nacionales, diferentes aspectos relacionados con la gestión y la producción documental, así como el funcionamiento del Sistema Nacional de Archivos, basado en el marco de la Ley 7202 y que actualmente refleja un agotamiento, debido a que los propósitos y fines de creación se han quedado rezagados con respecto a las necesidades y demandas de la Administración Pública costarricense.

Con el conocimiento práctico de los responsables de los Archivos Centrales de las instituciones públicas de nuestro país que pertenecen a la CIAP, se señala que dicha Ley es actualmente una herramienta insuficiente para la protección y conservación del patrimonio documental de la Nación, ya que el control administrativo de los documentos es decisivo en la transparencia de la gestión a cargo de las instituciones públicas.

Con el surgimiento de nueva legislación en el país, principalmente la Ley de Control Interno N° 8292, para estos efectos, permite su aplicación en los procesos que la Ley del Sistema Nacional de Archivos no ha efectuado, ya que se requiere que se instauren en las instituciones correspondientes políticas y procedimientos archivísticos que coadyuven en la conservación documental, permitan satisfacer los derechos fundamentales de los ciudadanos, la transparencia o eficiencia de las operaciones administrativas y de las gestiones institucionales.

De acuerdo a lo anterior, se debe establecer un sistema de control, cuya participación activa del archivista encargado es básica, porque según la Ley antes indicada se convierte en un “titular subordinado”, que en el ámbito institucional lidera procesos archivísticos, facilita la toma de decisiones y aplica medidas de la administración activa orientadas a proteger y conservar el patrimonio documental

1. Representante. Comisión Interinstitucional de Jefes o Encargados de los Archivos Centrales del Sector Público (CIAP), Jefe del Archivo Central del Patronato Nacional de la Infancia.

de cada institución. De igual forma, mantiene la confiabilidad y oportunidad de la información, velando en forma integral por el desarrollo de la actividad archivística y tomando las medidas pertinentes para minimizar los riesgos, lo cual fortalece el enlace con la instancia rectora.

Para reforzar lo anterior, en el Capítulo V del “Manual de normas generales de control interno”, se establecen las disposiciones relativas a la información y comunicación y con respecto al Archivo Institucional, reitera la conservación de los documentos e información, resaltando la importancia que, dentro de ésta, tienen los informes y los registros contables, administrativos y de gestión.

De acuerdo a los resultados obtenidos por la CIAP, principalmente en el seminario intitulado “*Los Archivos Centrales en la estructura orgánica de las instituciones públicas*”, se analizó la situación actual de los Archivos Centrales, así como los diferentes componentes y exigencias que han modificado las competencias y responsabilidades actuales al interior de cada organización, por lo que se debe velar por el adecuado y eficiente desarrollo de la gestión documental, realizando medidas correctivas e implementando las recomendaciones y disposiciones de diferentes instancias tanto rectora como contraloras.

Aunado a lo anterior, deben considerarse los cambios en el contexto social y administrativo a nivel nacional, junto a las transformaciones ocasionadas por los medios tecnológicos, que obligan a replantear el tratamiento de la gestión documental en las instituciones, con una participación interdisciplinaria de las áreas archivística, administrativa, informática y legal, entre otros, para la búsqueda de soluciones de los problemas en la administración de la documentación e información y que permitan redireccionar el modelo del sistema archivístico institucional y nacional.

Las expectativas sobre una nueva legislación archivística, tienen que basarse en la existencia de un marco legal, que agrupe a los archivos públicos alrededor de una instancia rectora fortalecida, actualizada y que fomente la interacción con los diferentes componentes del sistema en la gestión documental institucional. De igual forma, se debe considerar la incorporación de los archivos privados y particulares que le componen, regulándose el tratamiento en forma integral durante el ciclo de vida documental.

Para implementar la nueva legislación, debe incluirse un reordenamiento de la estructura vigente, que clarifique la naturaleza, principios, fines y atribuciones, el ordenamiento de los órganos de gestión y la administración misma, junto a los cambios tecnológicos, institucionales y conceptuales. Se debe establecer la diferencia entre el funcionamiento de la Dirección General del Archivo Nacional y el Sistema Nacional de Archivos. Adicionalmente, la instancia rectora deberá establecer dentro de sus funciones la incorporación de mecanismos que permitan

el acercamiento con las instituciones del Sistema para su adecuado funcionamiento y el cumplimiento de la legislación vigente.

Para llevar a cabo lo anterior, se requiere posicionar a los Archivos Centrales de cada institución pública dentro de la estructura orgánica correspondiente, en la misma forma que ya algunos se encuentran y por consiguiente se reflejan en documentos oficiales tales como los Planes Anuales Operativos, documentos presupuestarios, páginas Web, entre otros.

Con base en lo anterior, se facilitará que la instancia archivística permanezca visibilizada con las funciones específicas para el cumplimiento de los objetivos de la institución correspondiente y que lidere los procesos para el control, organización, acceso ágil y ordenado de la información, mediante una gestión técnicamente correcta para todas las actividades del proceso archivístico dentro de la institución correspondiente.

Ante las expectativas de una nueva legislación del Sistema Nacional de Archivos, se deben establecer las siguientes consideraciones:

1. Establecimiento de diferencias entre las funciones técnicas especializadas y las funciones gerenciales de los Archivos Centrales.

1.1. Funciones técnicas especializadas: deben dirigirse al cumplimiento del proceso archivístico incluidas en la gestión documental, a mantener una centralización del acervo documental de la institución respectiva, a la elaboración de los diferentes instrumentos descriptivos, a efectuar la transferencia de documentos que tengan valor Científico-Cultural al Archivo Nacional, a efectuar la aplicación de las disposiciones del Ente Rector y a mantener la vigilancia permanente para la aplicación y cumplimiento de la normativa vigente.

1.2. Funciones gerenciales: deben corresponder al establecimiento y ejecución de la planeación, organización, la integración del personal, la dirección y control de las labores desarrolladas en los archivos, a establecer las estrategias para la ejecución de políticas archivísticas de la institución respectiva, al asesoramiento técnico del personal de los Archivos de Gestión, a brindar herramientas que faciliten la toma de decisiones de las instancias superiores, a facilitar el acceso de la información administrativa al ciudadano para que ejerza un control de los actos de las instituciones públicas y obtenga respuestas sobre sus derechos. También, se incluye la búsqueda de soluciones para el buen funcionamiento de Archivo Central y de Gestión.

Mediante estas funciones se deberán establecer mecanismos de evaluación de los procesos y servicios que brinda el sistema institucional de archivos, con el fin que sean mejorados, adaptándolos a las nuevas normas, necesidades de los usuarios y cambios del entorno, diseñando e implementando procesos que permitan desarrollar la creatividad y el aprendizaje de los funcionarios involucrados, para facilitarles el abordaje de situaciones críticas, contribuir con el desarrollo de la investigación científica y la difusión de la importancia de los Archivos Centrales como instancias encargadas de administrar y custodiar documentación de la institución y como parte del patrimonio de la Nación.

2. La nueva legislación deberá efectuar una división concreta de los tipos de archivo, respecto al funcionamiento de los Archivos Centrales y los Archivos de Gestión, para que se visualice que los primeros son los responsables del proceso de la gestión documental y que los segundos deben sujetarse a los lineamientos de los primeros.

3. Aunque el Artículo 11 de la Ley del Sistema Nacional de Archivos vigente, establece que la Junta Administrativa del Archivo Nacional debe formular las recomendaciones técnicas sobre los documentos producidos por medios automáticos, la nueva legislación debe incorporar lo referente a certificados, firma digital y los documentos electrónicos, al tenor de lo dispuesto en la ley N° 8454, de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos y la directriz publicada. Este aspecto es muy importante debido a la participación del archivista responsable ante el cambio de la recepción pasiva de los documentos a una implicación activa desde el inicio de su ciclo de vida, así como a la utilización de la información y los documentos que son requeridos en cualquier lugar y momento.

4. Como expectativa de la nueva legislación, se deben modificar las sanciones que se impongan por la pérdida o deterioro de documentos institucionales que se mantengan en custodia de los Archivos Centrales, ya que ningún funcionario podrá alegar pérdida o destrucción, por lo que se debe aplicar al interior de cada institución el proceso administrativo respectivo. Si la falta es cometida por una persona particular deberá sancionarse con base en la aplicación del Código Penal y se deberán devolver o reconstruir los documentos.

5. Se debe definir que funcionario ocupará el cargo de "Superior Administrativo de la entidad productora de la documentación", en el Comité Institucional de Selección y Eliminación de Documentos de cada institución, al ser éste el representante de la máxima autoridad de la institución correspondiente y evitando el nombramiento de cualquier funcionario. Además, se recomienda la inclusión en forma temporal del responsable de la unidad productora de la documentación.

6. Se debe reformar la integración de los participantes del órgano rector del sistema, relacionado con la terna que se escoge en la Asamblea de Archivistas, para que no se incluya en la nueva legislación los nombres específicos de ninguna organización.

7. Se deben precisar las calidades y los requisitos del funcionario responsable de los Archivos Centrales, como recurso idóneo para gerenciar los procesos en cada institución y como responsable del buen funcionamiento del Archivo Central, de la atención a los usuarios y de la administración de la información, del trabajo en equipos interdisciplinarios afines a los objetivos institucionales, de mantener relaciones intra e interinstitucionales y con el público en general, con capacidad para resolver las situaciones difíciles, así como mantenerse actualizado en los conocimientos técnicos, gerenciales, institucionales y con el deber de probidad orientando su gestión para satisfacer el interés público tal como lo establece la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito.

CONCLUSIONES:

1. La nueva legislación debe considerar un Sistema Institucional de Archivos en cada institución, compuesto por el Archivo Central y los Archivos de Gestión y que el Sistema Nacional de Archivos u otra instancia que se incorpore en el futuro unifique políticas, normas y procedimientos y reiterándose que el control administrativo de los documentos es determinante en la transparencia de la gestión de las instituciones públicas. Por ello, se deben incorporar los servicios finales de los Archivos Centrales con una visión nueva, integral, visionaria y acorde a las necesidades actuales.

2. Los Archivos Centrales como componentes del Sistema Nacional de Archivos, con el apoyo de un nuevo marco legal y el cumplimiento de las funciones del ente rector fortalecido deben impulsar, además de la realización de las funciones técnicas especializadas y gerenciales, lo referente a propiciar la investigación científica, la difusión de la información archivística y la interrelación con la sociedad civil, facilitando un acceso fácil y eficiente a los usuarios según las disposiciones vigentes.

RECOMENDACIÓN

El fortalecimiento del Sistema Nacional de Archivos en el ámbito nacional mediante la dotación de un nuevo marco legal debe convertirse además en un eje fundamental del proyecto del gobierno digital, para la prestación de mejores servicios a sociedad civil, a la interacción con las instituciones estatales y al ejercicio de funciones fiscalizadoras de la función pública.

BIBLIOGRAFÍA

- Costa Rica. Asamblea Legislativa (1990). **Ley del Sistema Nacional de Archivos. N° 7202**. Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes. Dirección General del Archivo Nacional. San José.
- Costa Rica. Asamblea Legislativa (2002). **Ley General de Control Interno. N° 8292**. San José.
- Costa Rica. Asamblea Legislativa (2004). **Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. N° 8422**. San José.
- Costa Rica. Asamblea Legislativa (2005). **Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos. N° 8454**. San José.
- Costa Rica. Contraloría General de la República (2002). **Manual de normas generales de control interno para la Contraloría General de la República y las entidades y órganos sujetos a su fiscalización**. San José.
- Costa Rica. Junta Administrativa del Archivo Nacional (2004). **Directriz con las regulaciones técnicas sobre la administración de documentos producidos por medios automáticos**. Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes. San José.
- CIAP (2005). **Reformas propuestas a la Ley del Sistema Nacional de Archivos**. San José, Costa Rica.
- CIAP (2005). **“Seminario: Los Archivos Centrales en la estructura orgánica de las instituciones públicas”**. San José, Costa Rica.

MESA REDONDA

“EXPECTATIVAS ACERCA DE UNA NUEVA LEGISLACIÓN ARCHIVÍSTICA COSTARRICENSE”

*José Bernal Rivas Fernández*¹

INTRODUCCIÓN

La celebración en este año del décimo sexto aniversario de la promulgación de la Ley 7202 del Sistema Nacional de Archivos efectuada un 24 de octubre de 1990, es la ocasión propicia para abrir el espacio para que los distintos sectores involucrados -algunos de los cuales se encuentran representados en este congreso-, externen sus inquietudes con respecto a las reformas que necesita una legislación en materia archivística que data de la década del 90, sin que ello signifique desconocer la visión de los que trabajaron en la redacción de la misma desde mediados de los ochenta. Por lo que, en primera instancia es necesario referirse a la importancia que tiene para un país el contar con una legislación en materia archivística, así como al impacto que han tenido las tecnologías de la información y la comunicación en el campo de los archivos, para en última instancia, establecer relaciones con la formación profesional de los archivistas.

1. LA LEGISLACIÓN EN MATERIA ARCHIVÍSTICA.

Con respecto a este tema es importante señalar la importancia que tiene para un país el contar con un marco legal que dirija el accionar de los archivos en distintos campos mediante leyes, decretos, reglamentos, manuales de procedimiento, etc. Relacionadas con documentos de archivo, sobre administración de documentos, sobre patrimonio documental, sobre sistemas de administración de documentos y archivos, sobre el uso de la información, sobre los administradores de documentos y archivos o archivistas.

Las leyes sobre archivística son imprescindibles en un Estado de derecho porque ordenan la aplicación de las normativas en los archivos, así como, el valor legal, administrativo, fiscal, informativo y cultural de los documentos. La preocupación

1. Coordinador Sección de Archivística, Escuela de Historia, Universidad de Costa Rica.

por la legislación se origina por la naturaleza jurídica, probatoria y testimonial de los documentos, a partir de las estructuras políticas y administrativas de una Nación.

Por lo que, lejos de ser un fin en sí misma, la legislación archivística constituye un medio para lograr propósitos administrativos y sociales. Favorece la modernización de los archivos porque permite, garantiza y respalda todos aquellos procesos vinculados con el tratamiento de la documentación. Es garante del cumplimiento de una serie de normas establecidas para su correcto desempeño.²

La legislación archivística es indispensable en toda política de control y organización de archivos, entendidos como centros instrumentales idóneos para la custodia y servicio de la masa documental generada o reunida por un país, como unidad política mayor. La ley es el primer eslabón de la cadena, no el único, pues le han de suceder el reglamento, las normas, las reglas y las directrices necesarias que terminen la obra de racionalización por ella comenzada. Un modelo universal de legislación archivística es del todo imposible, aunque el Consejo Internacional de Archivos ha esbozado unos requisitos básicos que se deben reunir. De ahí que cada país tenga la necesidad de una legislación personalizada en la que recoger y definir sus particularidades propias.

En definitiva, el desarrollo de una actuación archivística que pretenda ser eficaz, dinámica y segura, no puede desmarcarse de un marco jurídico que la racionalice y encauce para evitar elecciones aleatorias de soluciones no consolidadas del todo por la teoría y la práctica archivísticas, como puede ocurrir en el caso de la gestión de los documentos electrónicos.³

La Ley 7202 del Sistema Nacional de Archivos se ha constituido hasta el momento en un instrumento jurídico de primera mano, necesario para regular no solo el funcionamiento de los archivos en el país sino también para coordinar toda la actuación archivística en el territorio nacional, dado que proporciona el marco legal para su accionar y en la actualidad se ha erigido en un ejemplo para otros países de América Latina. Sin embargo, a la luz del presente milenio necesita ser actualizada para incorporar los requerimientos que el medio reclama, por ejemplo se hace necesario considerar la problemática de la normalización, los nuevos escenarios de la gestión electrónica de documentos, la firma digital, el gobierno electrónico, etc. Por lo tanto, nuestras expectativas como representante de la instancia formadora se cifran en que la ocasión se vuelva propicia para oír la voz de todos los sectores involucrados que no dudamos darán aportes significativos

2. JAÉN GARCÍA, Luis F. La legislación archivística en América Latina, 2001, p.2.

3. PÉREZ HERRERO. El archivo y el archivero. Sus técnicas y utilidad para el patrimonio documental canario, 1997, Op. Cit., pp.245-246.

para la promulgación de una nueva legislación archivística costarricense que no sólo sea actual sino que también sea visionaria y coherente para que su vigencia sea prolongada, adecuando sus preceptos a los nuevos formatos.

No debemos perder de vista el tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley que fue el producto de un largo proceso, no solo al interior del Archivo Nacional sino también ante las instancias a quienes correspondió su conocimiento y aprobación final para romper lo histórico-cultural e incorporar la dimensión administrativa de los archivos y de los documentos que conservan pero pensando en un entorno tradicional de los archivos con papel. Tampoco debemos perder de vista los antecedentes de la misma, como lo fueron las recomendaciones dadas por expertos del Consejo Internacional de Archivos, a través de distintas asesorías brindadas al Archivo Nacional tendientes al establecimiento de un sistema nacional de archivos, dentro del marco del Programa General de Información impulsado por la UNESCO⁴ Así como, la necesidad sentida de que el Archivo Nacional ampliara su radio de acción, con lo que se buscaba entre otras cosas, una mayor incidencia en la producción documental, con una visión sistémica que integrara los archivos de gestión y los archivos centrales de las instituciones de la administración pública con el Archivo Nacional, como entidad rectora de las políticas archivísticas en el país y archivo final; con lo que se vino a poner a derecho una situación que de hecho estaba funcionando desde hace varios años.⁵

2. LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN.

La utilización de las nuevas tecnologías tanto en la vida cotidiana de las personas, como en las instituciones, ha revolucionado el acceso al conocimiento y a la información. La globalización ha iniciado la desaparición de las fronteras entre los hombres, pese a las barreras existentes como las socio-económicas, lingüísticas y culturales. Esto ha dado lugar a la denominada aldea global con el predominio de la sociedad de la información, por el papel estratégico que ésta juega como elemento de poder cada vez más importante.

Las tecnologías de la información y la comunicación han llegado a muchos ámbitos y también a los archivos, lo que ha tenido un impacto en las actividades que en ellos se llevan a cabo, especialmente para dar acogida a documentos producidos en soportes no tradicionales. La introducción de los documentos electrónicos ha originado cambios en cuanto a la política de la gestión de los

4. FUSTER RUIZ, Política archivística, 1995, p.289.

5. RIVAS FERNÁNDEZ, José B. La Archivística en Costa Rica. Balance y perspectivas, 2006, Op.Cit.p.249.

documentos que afecta a diferentes aspectos dentro de las tareas del archivo, por lo que es preciso establecer medidas en cuanto a:

- Facilitación de la gestión de los documentos para saber como asumir el archivo.
- Valoración para determinar que criterios seguir.
- Adquisición, para adoptar las estrategias más adecuadas según la circunstancia.
- Descripción, para emplear los formatos que mejor se adapten a los documentos y a las necesidades del archivo.
- Preservación, para implantar las estrategias que mantengan la integridad física e intelectual de los documentos en el tiempo.
- Difusión, el acceso y la recuperación, para adoptar las estrategias que darán mejor esos servicios.

Esto cobra mayor relevancia en lo que se refiere a las normativas, las que ciertamente van por detrás de los avances tecnológicos. En la mayoría de los países, la legislación vigente sobre archivos se creó pensando en el entorno tradicional de los archivos con papel y muchas de las disposiciones no son adecuadas o resultan insuficientes para las nuevas situaciones producidas a raíz de la incorporación de los documentos electrónicos.⁶ Por lo tanto, se hace necesario introducir en la legislación referencias a las estrategias para su gestión, valoración, preservación, acceso y uso.

3. LA ENSEÑANZA DE LA LEGISLACIÓN EN LA FORMACIÓN PROFESIONAL DEL ARCHIVISTA.

Desde el punto de vista de la instancia formadora de los archivistas, como es el caso de la Carrera que se imparte en la Universidad de Costa Rica, la enseñanza comprende una instrucción multidisciplinar dentro de la cual se encuentra el conocimiento de la legislación, un campo de estudio y de reflexión importante y complejo; la que se lleva a cabo a través de dos cursos semestrales que se ubican en el cuarto nivel del plan de estudios, pues para el desempeño laboral de todo futuro archivista es necesario conocer el marco legal dentro del cual lleva a cabo su accionar, desde la legislación básica del Estado pasando por la de los sectores a los que se adscriben las entidades hasta la del ámbito archivístico.⁷ Lo que cobra

6. MARCOS, Mary, C. Los archivos en la era digital, 1999, p. 7.

7. JAÉN GARCÍA, Luis F. La legislación archivística en América Latina y el Caribe: su incidencia en el archivero como profesional y su formación, 2000, p.44.

mayor relevancia dado que las últimas modificaciones hechas al plan de estudios del Bachillerato y la apertura de la Licenciatura han abierto la posibilidad de incluir nuevos temas de discusión, muchos de ellos no contemplados en la redacción de esta Ley, pensemos por ejemplo en la nueva realidad surgida a raíz de la implantación de las tecnologías de la información y la comunicación y una mayor apertura a las crecientes demandas de los ciudadanos, amparados a una legislación de reciente promulgación.

El éxito de esta iniciativa que ha emprendido la Dirección General del Archivo Nacional para modernizar y adecuar la legislación archivística depende de tomar en cuenta elementos como: las últimas tendencias a nivel mundial, la experiencia obtenida por otros países en cuanto a la implantación de las tecnologías de la información y la comunicación y la satisfacción de las demandas de los ciudadanos por una mayor agilidad para su desempeño; lo que requiere un cambio de mentalidad, no solo de los archivos sino también de los archivistas.⁸ El aporte que puede brindar la Carrera de Archivística se cifra no solo en buscar una armonía entre la formación mediante un plan de estudios que brinde respuestas a las necesidades del medio sino también en lograr que el archivista goce de un estatus profesional al amparo de un marco legal suficientemente claro y completo, dada la importancia de las actividades que se llevan a cabo en los archivos -a todo nivel-, no perdiendo de vista su carácter sistémico e integrador.

8. Mesa de Trabajo de Archivos de la Administración Local. *Incidencia de la tecnología de la información en la producción, autenticidad y conservación documental*, p. 26.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberch, Ramón et al. *El programa de estudios universitarios en archivística, una propuesta*. En: Lligall. *Revista Catalana de Archivística*. Vol. 13 1998.
- Contreras Dávila, Milagros. *Presente y futuro de la realidad archivística iberoamericana. Procesos de privatización, impacto de los desastres naturales, conservación, etc.* En: *Actas. XIV Congreso Internacional de Archivos*. Sevilla, España. 2000.
- Fuster Ruiz, Francisco. *Política y planificación de archivos*. Barcelona, España Promociones y Publicaciones Universitarias S.A.. 1995.
- Jaén García, Luis Fernando. *La legislación archivística en América Latina y el Caribe: su incidencia en el archivero como profesional y su formación*. En: *Revista del Archivo Nacional*. Año LXIV nº 1-12, enero-diciembre 2000.
- Jaén García, Luis Fernando. *La legislación archivística en América Latina*. En: *Diálogos, Revista Electrónica de Historia*. Vol. 2, nº 3, abril-julio 2001.
- Marcos, Mari Carmen. *Los archivos en la era digital*. En: *El profesional de la información*. Vol. 8, no 6, junio 1999.
- Mesa de trabajo de archivos de la administración local. *Incidencia de la tecnología de la información en la producción, autenticidad y conservación documental*. En: *VIII Jornadas sobre tecnologías de la información para la modernización de la administración pública*. Murcia, España. 2004.
- Pérez Herrero, Enrique. *El archivo y el archivero. Sus técnicas y utilidad para el patrimonio documental canario*. Tenerife, España. Ediciones CANARICARD. 1997.
- Rivas Fernández, José Bernal *La Archivística en Costa Rica. Balance y perspectivas*. En: *Diálogos, Revista Electrónica de Historia*. Vol. 7, nº 1, febrero-agosto 2006.
- Ruiz Rodríguez, Antonio Ángel. *Manual de Archivística*. Madrid, España Editorial Síntesis. 1995.

LAS IMPLICACIONES LEGALES EN EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

*Christian Hess Araya*¹

INTRODUCCIÓN

Este tema es importante en el contexto básicamente de la reciente Ley 8454 conocida como la Ley de Firma Digital, que contiene un desarrollo en sus apartados iniciales sobre el tema del documento electrónico. Atenderé propiamente el tema del documento electrónico, haciendo referencia básicamente al de la firma digital.

Para llegar al tema del documento electrónico, se debe hacer un contraste o confrontar de alguna manera el concepto del documento tradicional con el del documento electrónico, para después referirnos respecto a este último acerca de los principios generales que los gobiernan y la regulación que le asigna la Ley 8454. Finalmente, se entrará en alguno de los problemas principales que plantea el tema del documento electrónico y centrando en ese apartado, en aquellas cuestiones que son de especial interés para los especialistas en archivística.

Abordaremos entonces, primero sobre el documento tradicional, el documento físico. Sabemos bien que durante siglos, sino milenios, la humanidad ha dependido, ha descansado básicamente en el documento físico, en el documento tradicional como un mecanismo para darle soporte, para darle respaldo a la información general y en particular, a la información que es jurídicamente relevante a los datos, a las manifestaciones, a los diferentes documentos y textos que tengan algún tipo de relevancia. Nosotros hemos confiado en las distintas clases de documentos para darle permanencia o persistencia histórica a la información.

Cuando se habla de documento físico, no necesariamente se está hablando solamente de los documentos de papel, se está hablando de todo lo que históricamente haya sido utilizado en algún momento para ese propósito, llamase tabletas de arcilla, papiros, llámese papel. Sea como fuere, durante este gran lapso

1. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
Conferencia transcrita por Jorge Arturo Arias Eduarte, Dpto. de Cómputo, Archivo Nacional.

de tiempo que constituye precisamente lo que llamamos historia, la historia esta definida en función de que hemos conservado registros relativos a los diferentes acontecimientos en forma documental, hemos confiado entonces, en los documentos tradicionales. Sin embargo, el avance tecnológico, ha ido poco a poco convenciéndonos de la necesidad de ir un poco ampliando el concepto tradicional de documento físico para llevarlo a incorporar cosas que hoy en día exceden lo que podríamos estrictamente considerar como documentos de papel, es decir, a medida que el avance técnico y tecnológico se ha ido dando, hemos ido convenciéndonos de que la idea de que documento identificado con papel, es una noción estrecha, rígida, limitada y hemos tenido que ir ampliando las fronteras de ese concepto para considerar otras cosas también como documentos.

Como una muestra de esto, planteamos el ejemplo del Código Procesal Civil Costarricense en vigencia. El Código Procesal Civil Costarricense, es un texto legal que rige en nuestro país desde 1989, es decir, es un texto que tiene ya alrededor de 17 años de vigencia. En el artículo 368 del Código Procesal Civil, la ley hace una definición o ensaya un concepto de documento y comienza haciendo una enumeración de lo que tradicionalmente podríamos venir considerando como tal. Pero al principio, el artículo dice que son documentos los escritos, los impresos, los planos, los dibujos, los cuadros y las fotografías, hasta ahí, el artículo enuncia algo que coincide en líneas generales con lo que típicamente podríamos todos coincidir que es un documento, pero acto seguido, sigue la norma diciendo que se considera documentos también, las fotocopias, las radiografías, las cintas cinematográficas los discos las grabaciones magnetofónicas, cosas que, normalmente no forman parte de lo que uno tiende a asociar con la idea de lo que es un documento. Sin embargo, hace 17 años tenemos una idea más amplia de lo que es un documento y de suma importancia es la parte final de ese artículo donde se pasa de una mera enunciación ejemplificando a un concepto abstracto general de documento, al decir que en general vamos a considerar como documento todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo y esa noción de la última parte del artículo 368 es importante porque es la que nos va a permitir luego enganchar con el concepto de documento electrónico como algo que satisface esa concepción general. Es decir, algo que encuadra dentro de la noción abstracta general de documento.

De esta manera, la enseñanza que nos deja esta norma, es que estamos en una etapa de avance del concepto de documento, donde tenemos que romper la vieja ecuación mental de documento igual a papel, esa es una equivalencia, una ecuación que desde hace varios años ha dejado de ser real, nos damos cuenta que en última instancia, cuando hablamos de documentos y pensamos en papel, en realidad lo que estamos pensando únicamente es un simple soporte, es decir en un mero apoyo para la información pero que perfectamente bien podría ser otra clase de soporte. Así como por ejemplo, en el caso de una cinta cinematográfica el

celuloide o el film, es el soporte físico para la información contenida en ese documento, igual no tienen por que necesariamente ser siempre papel el soporte físico para un documento, con el fin de que jurídicamente al menos sea considerado como tal. Y es que el papel a pesar de tener una serie innegable de bondades y ventajas, porque es cómodo, es práctico, es fácil de manipular, es fácilmente accesible, lo cierto del caso, es que poco a poco nos hemos venido dando cuenta también, de que el papel a pesar de sus bondades tiene también una serie de elementos negativos o desventajas que voy a repasar brevemente únicamente porque la mayoría de ellas son bastante obvias.

En primer lugar, el problema que tiene el papel es que se deteriora con el tiempo y con el efecto o la acción de los elementos: humedad, luz temperatura, etc, A medida que pasa el tiempo el papel tiende a deteriorarse y con el, se deteriora la información o los datos que hayamos confiado a ese papel. El papel también requiere de manipulación física, hay que moverlo de un lado para otro, hay que enviarlo por correo o hay que manejarlo en expediente o en fólder y esta manipulación física desde luego, lo que hace es incrementar el proceso de deterioro. Esta observación debería ser obvia para un grupo de archivistas y es que la conservación del documento físico de papel requiere de espacio y es un espacio que crece a medida que crece la cantidad de papel y que es un espacio costoso, ya que almacenar documentos a largo plazo incrementa el costo de la conservación.

Recuperar documentos que están almacenados en alguna parte, es dificultoso y toma tiempo. Si nosotros necesitamos recuperar algo que está archivado o almacenado en alguna parte, necesitamos mantener un sistema ordenado de conservación y necesitamos alguien que lo conozca, que lo domine. Eventualmente necesitamos, esperar el tiempo que sea necesario para que un documento que queremos consultar o usar sea traído hasta nosotros. Los abogados saben esto perfectamente bien cuando en los tribunales se pide un expediente y hay que esperar una cantidad importante de tiempo mientras el expediente aparece y se lo traen para poderlo utilizar. Duplicar el papel, es incómodo y es costoso, es incómodo porque hay que ir a hacer filas a fotocopadoras y la fotocopadora esta mala, o la fotocopia sale borrosa, es costoso.

No de menos importancia, está el problema social y ambiental que representa nuestra dependencia por no llamarlo nuestra adicción al papel y que es un problema bien conocido, producir papel representa un impacto importante sobre el medio ambiente, generar papel, implica destruir árboles y utilizar papel implica generar basura. Así es que, ya sea por un lado o por el otro, tenemos un problema social y ambiental que está ligado al uso y al consumo intensivo de papel. Esto nos lleva entonces, precisamente a la idea del documento electrónico porque lo que está en la raíz del concepto del documento electrónico simplemente es el hecho de pensar nosotros de si habrá alguna forma de que podamos aprovechar los recursos

tecnológicos que tenemos para producir algo que tenga las mismas ventajas, las mismas bondades, la misma comodidad y conveniencia del papel pero ojalá sin las desventajas o sin los problemas que acabamos de enumerar relativos al uso y consumo del papel.

El documento electrónico entonces, va a hacer algo que va a tener el mismo carácter declarativo y representativo del papel, es decir va a tener ese mismo concepto de objeto mueble, representativo, declarativo que nos hablaba el artículo 368 del Código Procesal Civil y sin embargo, este documento electrónico va a tener exactamente la misma consideración legal, la misma validez jurídica, la misma eficacia probatoria de los documentos tradicionales.

En este tema, se debe dar cuenta que en realidad no es algo nuevo, no es algo reciente y ni siquiera es algo que fue inventado por la Ley 8454 de Documentos Electrónicos y Firma Digital. Por el contrario, el proceso de migración de la información del soporte físico tradicional al soporte electrónico, es un proceso que viene dándose en diferentes campos desde hace mucho tiempo, por ejemplo las personas que están involucradas en el mundo de lo bursátil, es decir, de las bolsas de valores y del manejo de títulos, desde hace años vienen hablando de algo que ellos llaman la desmaterialización del título valor, donde los antiguos documentos accionarios o cambiarios, bonos, cheques, prendas, etc. vienen pasando del formato tradicional de documento, del cartón, etc, hacia el uso de registros electrónicos y es interesante por que el concepto de los títulos valores, es lo que se llama la categoría de los títulos al portador y que los títulos al portador eran algo donde, la posesión física de un papel ya fuera una acción o algún otro tipo de título, equivalía a la titularidad del derecho respectivo. Es decir, se considera titular del derecho en cuestión, por ejemplo el de ser miembro de alguna sociedad por el simple hecho de tener físicamente en poder el título correspondiente, eso es lo que se considera un título al portador y lo interesante, es que eso que se aprendía anteriormente, ahora eso va en vías de extinción, precisamente por la idea de que al migrar el soporte físico tradicional de papel al soporte electrónico, desaparecen poco a poco los llamados títulos al portador.

En esta materia es esencial, el llamado principio de equivalencia funcional. El artículo 3 de la Ley 8454 en su primer párrafo, recoge el llamado principio de equivalencia funcional cuando nos dice, que a partir de la vigencia de esta ley, desde el 30 de agosto del 2005, cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo expresada o transmitida por un medio electrónico o informático se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorgan, residan o transmitan por medios físicos. En las primeras palabras de esta norma, donde se habla de cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, se reconocen conceptos utilizados por el Código Procesal Civil de hace 17 años y esto no es accidente, es deliberado. En la redacción de la Ley, se

quiso tender un puente histórico entre un texto y otro, utilizando conceptos comunes para efectos de fomentar una idea de continuidad jurídica entre un texto legal y el otro, sea como fuere entonces, a partir de este momento no puede haber duda alguna de que los documentos electrónicos ya tienen en nuestro medio el mismo valor, la misma consideración, la misma validez y el mismo poder o eficacia probatoria de los documentos tradicionales, los documentos de papel. Esto no es algo fácil de lograr, ni es algo necesariamente fácil de digerir tampoco porque de alguna manera, saltar del documento físico al documento electrónico implica dar un salto mental también, un salto de paradigma cultural para utilizar términos que están muy de moda.

Muchas personas de manera casi instintiva van a tender a dudar o desconfiar del documento electrónico y es que efectivamente es más fácil decirlo que hacerlo, para que nosotros podamos darle a los documentos electrónicos esa consideración, ese tratamiento equivalente al de los documentos físicos, es necesario que podamos lograr primero ciertas garantías o ciertas condiciones. En primer lugar, se debe garantizar como primer elemento el hecho de que los documentos electrónicos sean inalterables en forma no consentida es decir, no se debe poder alterar un documento electrónico sin que medie la voluntad de todas las personas que tengan algún tipo de derecho o interés o título sobre lo que el documento electrónico indique o contenga, desde luego que esto es obvio, si los documentos electrónicos fuesen fácilmente alterables necesariamente no confiaríamos mucho en ellos aunque en esto, tenemos que hacer un asterisco o una pequeña nota en el sentido de que tenemos que comenzar por recordar que los documentos físicos tampoco son inalterables, de hecho, desde años tenemos que usar documentos físicos, tenemos tantos años también de sufrir problemas de alteraciones, falsificaciones de documentos de papel, así es que digamos que ese potencial problema de los documentos electrónicos, en realidad tenemos que tener claro que es un problema también de los documentos físicos.

La segunda consideración es el factor de accesibilidad, es decir, para poder nosotros usar documentos electrónicos con la misma conveniencia de los documentos físicos, estos tienen que ser fácilmente accesibles. Para acceder a un documento físico de papel no tengo más que tomarlo en mis manos y leerlo, mientras que acceder a un documento electrónico, normalmente va a implicar el uso de alguna clase de dispositivo electrónico o algún aparato que de alguna manera me va a presentar el contenido del documento electrónico, esto puede representar una inconveniencia, pero se debe insistir al respecto, que esto es una cuestión de avance técnico o tecnológico es decir, el tener que depender de una computadora o de un lector de microfilm para acceder a un documento electrónico es solamente algo que el avance técnico-tecnológico irá poco a poco reduciendo o minimizando.

Algunas empresas están ya experimentando en firme con el llamado papel electrónico, que son elementos muy similares al papel tradicional, solo que electrónicos y que tienen la capacidad de representar datos en forma electrónica y con la posibilidad que eventualmente se podrá enrollarlo, guardarlo y manipularlos de la misma manera que lo hacemos con el documento en papel hoy en día. El problema de la facilidad de acceso a los documentos electrónicos, es un problema de avance técnico y de avance económico. Pero claro, al hablar del problema del acceso, tenemos que considerar también, los problemas de obsolescencia técnica, del mecanismo de soporte de los documentos electrónicos y para entender a que me refiero, basta remitirme a la experiencia de cualquiera que haya tenido algún documento importante grabado quizás en alguno de esos floppy grandes que se usaban antes con las computadoras y que hoy en día se le ocurre acceder a su contenido nuevamente y se encuentran con el problema de que ya prácticamente ninguna computadora viene con lectores de esos floppys viejos, y cuidado que ya las computadoras están empezando a comercializarse como regla sin unidad de disquete. Entonces, los medios de soporte de la información electrónica van cambiando, van también quedando atrás, van quedando obsoletos y eventualmente eso puede representar un problema de acceso a los documentos electrónicos si no tenemos una política adecuada de migración de los datos de los soportes que van quedando obsoletos hacia los soportes más modernos.

Pero el problema de la accesibilidad también incluye otro de mucha importancia que es el problema de las barreras técnico jurídicas al acceso de un documento electrónico, representadas por los potenciales requerimientos de licencias de software o de formatos de los archivos electrónicos que de alguna manera puedan dificultar o representar una barrera al acceso.

El problema de la estabilidad en el tiempo es importante, es decir, nosotros necesitamos que los documentos electrónicos tengan una vida útil igual o superior a la de los documentos de papel para que podamos considerarlos un adecuado sustituto. En última instancia, lo que necesitamos es lograr que los documentos electrónicos lleguen a ser de alguna manera, tanto o más confiables que los documentos de papel para poderlos considerar realmente como un sustituto viable.

Hay varias objeciones que se le pueden plantear al uso de los documentos electrónicos por parte de las personas que son un poco más escépticas en esta materia. Por ejemplo, algunos alegan siempre que los documentos electrónicos son inseguros, porque de pronto un documento electrónico alguien lo puede abrir en una computadora y alterarlo o cambiarle su contenido, pero hay que recordar que los documentos de papel también son inseguros, también son falsificables, adulterables, modificables y luego hay que recordar que a los documentos electrónicos podemos protegerlos por medios tecnológicos que no tenemos para el papel y uno de esos mecanismos de protección tecnológico de los documentos

electrónicos es precisamente la **Firma Digital**, así como podría serlo por ejemplo, la utilización de medios de conservación no regrabables como una forma de proteger el contenido de un documento electrónico. También tenemos el problema de la veracidad de los documentos electrónicos, hay personas que dicen que no se le puede dar a un documento electrónico la misma confianza que se le puede dar a una certificación en papel. Por ejemplo, el Registro Público tiene sus timbres, sus firmas y sus sellos, entonces yo puedo dudar de la veracidad de un documento electrónico, pero en este sentido, es fácil darnos cuenta que en última instancia, la veracidad, es decir, el poder probatorio que un documento tiene particularmente en la diferenciación que se hace entre los documentos públicos y los documentos privados, en realidad es algo que no depende del soporte del documento, sino del hecho de quién sea su emisor, es decir, un documento público es público no porque sea una certificación en papel, es un documento público porque es expedido por una oficina o por un funcionario público en el ejercicio de una determinada competencia legal y que en ese sentido, no tiene que ser diferente en absoluto en el tratamiento de los documentos electrónicos y esto lo reafirma el artículo cuarto de la Ley cuando nos habla de que los documentos electrónicos son públicos o privados igual que lo son los documentos de papel.

En última instancia, sea un documento físico o sea un documento electrónico, si nosotros logramos demostrar que el contenido de ese documento es falso, va a carecer de todo valor legal o probatorio sin el hecho de que uno sea en papel o el otro sea electrónico y que represente alguna diferencia o ventaja o privilegio en absoluto.

Lo que podemos decir es que la diferencia entre el documento electrónico y el documento físico, no es en realidad una diferenciación conceptual o una diferenciación de fondo, es meramente una distinción que está basada en un problema de soporte y en mecanismos de manipulación. Eventualmente existe la convicción de que el avance técnico o tecnológico va a lograr que, algo que se da hoy en día deje de ser cierto y es que actualmente se tiende a ver la consideración a favor del papel, de que usar documentos de papel es más barato que usar documentos electrónicos, porque para usar documentos electrónicos necesitamos equipos electrónicos que son caros, etc. Pero al responder a esta objeción suelo poner el ejemplo de la fotografía digital, hoy sabemos prácticamente todos que, el uso de la fotografía digital a explotado alrededor del mundo precisamente en función de lo fácil, conveniente y barato que es fotografiar digitalmente en comparación con fotografiar de la manera tradicional que implica el tener costos de revelado y conservación de las fotografías. Así como ahora, la ecuación de costo entre fotografías digitales y fotografías tradicionales se va invirtiendo a favor de las fotografías digitales, igual poco a poco en general la manipulación de documentos electrónicos a medida que el avance tecnológico se vaya dando, va a

ir revirtiendo la ecuación de costo también a favor del uso de los documentos electrónicos.

La última parte tiene que ver con lo que se considera los principales problemas que plantea el uso de los documentos electrónicos, la Ley 8454. Esta Ley fue el resultado de una comisión interinstitucional que presentó a la Asamblea Legislativa un texto, un proyecto muy cuidadosamente elaborado, estudiado, etc., pero que sufrió en la Asamblea Legislativa un pequeño proceso de mutación, en el cual algunas cosas fueron eliminadas y otras fueron agregadas, sin que necesariamente fuese siempre con el mejor criterio.

Desde el punto de vista del tema de los documentos electrónicos, un problema serio lo plantea el artículo cinco de la Ley en uno de sus incisos. Ese artículo original, el artículo cinco, en el proyecto de ley solamente pretendía enunciar aquellas situaciones en las cuales el uso de documentos electrónicos no debía poderse dar, es decir, ciertas situaciones en las cuales -por razones de conveniencia jurídica o social- no se consideraba pertinente o conveniente el uso de documentos electrónicos. En la Asamblea Legislativa, a ese artículo cinco le injertaron todo una parte inicial, una primera parte que no estaba originalmente entre las cuales agregaron un inciso "f", que sostiene que el uso de documentos electrónicos si es posible para la gestión, conservación y utilización en general de protocolos notariales incluyendo lo relativo a la manifestación del consentimiento y a la firma de las partes, al enunciar esto nuestra Asamblea Legislativa incurrió en un verdadero adefesio jurídico que rompe los principios básicos de la materia notarial e introduce elementos de peligro de riesgo jurídico más que evidentes en el uso de los documentos electrónicos, porque en el concepto original del proyecto de ley, el concepto que se tenía en la comisión interinstitucional, en el uso de los documentos electrónicos en materia notarial debía estar permitido o posibilitado solamente para la emisión de lo que los notarios llaman los testimonios de las escrituras, es decir, una escritura notarial primero se confecciona en el protocolo del notario y luego se expide una certificación o un testimonio que es lo que se utiliza para inscripción registral o para el uso que la parte necesite.

En el concepto original, no se tenía mas perspectiva de que los documentos electrónicos se utilizaran más que para lo segundo, es decir, para la emisión electrónica de testimonios que luego pudieren ser emitidos y enviados quizás en forma remota, por Internet o por lo que fuera al Archivo Nacional, al Registro Público, al Registro Civil, etc, nunca se consideró la posibilidad de que el protocolo mismo pudiera ser otorgado electrónicamente y menos todavía, que la manifestación del consentimiento y las firmas de las partes pudiera darse electrónicamente, porque si el uso de protocolos notariales tradicionales ya ha representado una serie de problemas, para estafas, problemas, etc., ni que decir cuando de repente ya no haya protocolo del todo y las cosas se puedan hacer

electrónicamente incluyendo la manifestación del consentimiento a distancia de las partes, cosa que rompe un principio esencial de la materia notarial y que es el hecho de que el notario de fe de que en su presencia ciertas partes dijeron o hicieron ciertas cosas.

Ese artículo quinto inciso “ f ” de la Ley 8454, es por sí solo y por mucho, el defecto más grave que contiene. Desde luego, al Archivo Nacional le corresponde la responsabilidad de conservar los protocolos notariales, eso le va a representar un problema serio cuando de repente alguien se le ocurra poner en vigencia este concepto de los protocolos electrónicos y se nos presente a todos una serie de graves problemas que no debería de haberse dado.

El artículo seis de la Ley 8454, habla sobre el tema de la gestión y conservación de los documentos electrónicos, ese artículo contiene una serie de párrafos que plantean a su vez problemas particulares. Por ejemplo, en el párrafo primero de la Ley, habla de que la conservación de documentos en forma electrónica es posible siempre y cuando, se apliquen las medidas de seguridad necesarias para garantizar su inalterabilidad, se posibilite su acceso, consulta posterior y se preserve además la información relativa a su origen y otras características básicas. La pregunta es, ¿cómo vamos a hacer eso?, ¿cómo vamos a lograr esas características del documento electrónico?

En el párrafo segundo de la Ley, se habla de migrar la información del documento tradicional al documento electrónico, siempre y cuando se cuente con la autorización de la autoridad competente, entonces viene la pregunta, ¿Quién es la autoridad competente? Es decir, a quién le corresponde autorizar qué información, conservada en medios físicos, migre a formato electrónico. Ese problema evidentemente, va a tener que ser respondido en función del contexto del que estemos hablando y esto es particularmente importante para el Archivo Nacional, porque el Archivo Nacional es el que rige o norma las condiciones dentro de las cuales determinadas clases especiales de documentos deben de ser conservados de cierta manera. Entonces, se respondería a esta pregunta un poco por exclusión, respondiendo que autoridad competente para los efectos del párrafo segundo del artículo seis de la Ley va a ser la autoridad superior de cada dependencia o entidad siempre y cuando no sea por razón de especialidad de la materia.

La Dirección General del Archivo Nacional es la responsable de normar lo relativo al uso y a la conservación del documento en cuestión. Luego tenemos en el párrafo tercero, referencia a la Ley 7202 y especialmente a la atribución de competencia que se le hace ahí a la Dirección General del Archivo Nacional, para efectos de dictar las regulaciones necesarias para asegurar la gestión de vida y de conservación de los documentos, mensajes o archivos electrónicos. La vigencia de la Ley 8454, el Archivo Nacional había girado disposiciones relativas al uso de

documentos electrónicos, hay una directriz relativa a ese tema, que probablemente requiera de algún tipo de revisión o actualización a la luz de la Ley 8454, pero en el contexto de la Ley, es la Dirección General del Archivo la que es competente hoy en día para dictar probablemente por medio de circular o alguna otra disposición similar la forma en que las entidades públicas deben gestionar y conservar los documentos, mensajes o archivos electrónicos.

Hasta ahí, ese párrafo tiene unas famosas palabras perdidas, porque el texto original del artículo tenía una coletilla final que hacía remisión a que esto era posible específicamente con relación a aquellos documentos que por la Ley 7202 o cualquier otra disposición similar, estuviese bajo el ámbito de competencia de la Dirección General del Archivo Nacional, esa coletilla final por alguna razón, fue eliminada, dando la impresión que la competencia del Archivo Nacional en esta materia ahora es universal, referida a toda clase de documentos electrónicos cuando evidentemente, eso sería extralimitado o exagerado.

El tema del formato que es el que me interesa, tiene que ver con la forma en que las personas deben poder tener acceso a la información pública. Primero, sabemos que el artículo 30 de la Constitución Política, garantiza el acceso de todos los ciudadanos a la información pública y por lo tanto, si nosotros vamos a utilizar en el futuro a corto o mediano plazo medios tecnológicos para almacenar información pública, la cuestión es que tenemos que hacerlo de manera tal que no se levante una barrera al acceso de los ciudadanos a la información, es decir, dicho de otra manera, para los ciudadanos no tiene por que ser más difícil acceder a la información pública en formato electrónico de lo que es acceder a ella en formato físico o tradicional.

Hay un problema de la llamada brecha digital, es decir, del acceso de los ciudadanos a medios tecnológicos, pero va más allá de eso y concretamente es el problema de las restricciones que pueda haber para el acceso a la información en función de licencias de software u otros impedimentos. Puesto en términos muy simples, no puede ser posible que para acceder a la información pública en forma electrónica, a los ciudadanos se les exija o se les requiera incurrir en el costo de adquirir determinadas licencias de programas de cómputo para poder lograr eso.

Un ciudadano no tiene por que tener que incurrir en el costo de tener en su casa o en su oficina un determinado programa de cómputo comercial para poder acceder a la información pública en formato electrónico. Este tema adquirió muchísima importancia con un pronunciamiento de la Sala Constitucional que se dio a raíz del tema del acceso de la información contenida en la Gaceta Electrónica. Esta sentencia se dio a raíz del problema de que la Gaceta se publicaba en formato digital usando archivos de formato PDF, que son generados por un programa comercial que se llama Adobe Acrobat y que planteaba para algunas personas,

particularmente para personas discapacitadas un problema serio de acceso que obligó a la Sala a acoger un recurso de amparo y obligar a la Imprenta Nacional eliminar las restricciones o protecciones que establecía a los archivos PDF de la Gaceta Electrónica, para evitar el problema al acceso de su contenido. Pero esa sentencia lo que está es abriendo la puerta al tema general, que es el acceso irrestricto y universal a la información pública contenida en medios electrónicos, la solución a este dilema es muy simple y es el hecho de que los documentos electrónicos en la administración pública deberían ser siempre generados y conservados utilizando formatos estándares, abiertos, cuyo acceso sea posible a través de diferentes alternativas informáticas y no solo a través del uso de uno o dos de los programas de software, particularmente si estos son comerciales.

La ISO, que es la Organización Internacional que rige la materia de los estándares en el mundo, aprobó preliminarmente la norma ISO 26300, llamada formato *Open Document* y que es el formato que la ISO propone como mecanismo de acceso universal a archivos electrónicos generados por paquetes de software de oficina. Entonces, es el mecanismo que deberá una vez que la ISO le de su aprobación final, el mecanismo que debería ser obligatorio de conservación de información pública en el futuro en nuestro país.

Si el Archivo Nacional pretende a corto o mediano plazo ejercer la competencia que le da la Ley 8454 para regular la forma en la que las entidades públicas deben gestionar y conservar información en archivos electrónicos, debería asegurar de que la información sea siempre generada y conservada en un formato tal que no le represente a ningún ciudadano la más mínima barrera la posibilidad de acceder a esa información ya sea por razones de uso de licencias o por razones de discapacidad, o por cualquier otra razón.

