

## "BASE LEGAL SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y A LOS ARCHIVOS EN EL PERÚ"

Aída Luz Mendoza Navarro\*

### I. ELEMENTOS JURÍDICOS PARA EL ACCESO A LOS ARCHIVOS.-

La legislación es muy amplia y no siempre el ciudadano común está al conocimiento de las normas que le asisten para el reclamo de sus derechos o para hacerlo valer ante las autoridades e instancias correspondientes. No obstante la característica de publicidad que tienen las leyes (término genérico utilizado para toda norma o dispositivo legal), no siempre los ciudadanos tienen un completo conocimiento de las normas que a diario se publican en el diario oficial, en nuestro caso El Peruano. Por esta razón muchas veces la población desconoce sus derechos y por ende sus obligaciones, presentándose situaciones en las que por esta falta de conocimiento puede verse involucrada en problemas y para tratar de resolverlos tienen que acudir necesariamente al profesional del derecho, el abogado, para el asesoramiento legal pertinente a fin de lograr la anhelada justicia social, ante las instancias jurisdiccionales competentes.

En lo referente al acceso a la información, los especialistas conocen que existen una serie de dispositivos legales aplicables, empezando por la Constitución Política del Perú, y otras normas de menor nivel jerárquico que es necesario analizar para comprender la magnitud del tema. Este derecho de acceso a la información está íntimamente vinculado al acceso a los archivos por lo que los archiveros deben manejar dicha legislación para sustentar en su momento las razones jurídicas del servicio que están obligados a brindar, así como para comprender con absoluta claridad la utilidad de los documentos de los archivos, entre otros asuntos, para el reconocimiento de los derechos de las personas y la seguridad jurídica que el Estado por su carácter tuitivo está obligado a ofrecer a la comunidad en general.

Empezaremos por comentar qué es el "*Derecho*", no como ciencia sino como la facultad que le asiste a la persona para reclamar lo que cree le corresponde para sí por estar inscrito de este modo en alguna norma legal. Pues bien, el derecho que le asiste a un individuo en su acepción subjetiva a decir de Jorge Flores Polo "...equivale a potestad o prerrogativa perteneciente a una persona, que le permite exigir otras prestaciones o abstenciones...", luego continúa, "para Couture, la palabra recoge varias acepciones, entre otras: ...atributo, facultad, poder jurídico de hacer u omitir algo o de exigir a los demás una determinada conducta..."<sup>1</sup>

Fundamentalmente para que exista el derecho es innegable la existencia de una norma que el sujeto debe cumplir. Según el sistema jurídico que rige en un país las normas presentan algunas variantes, para aquellos países cuyo sistema está basado en el derecho escrito, la materialización de la norma expresa la puesta en vigencia de un precepto legal que exige un determinado comportamiento del sujeto en tanto se encuentra en plena vigencia. Visto de este modo todo el accionar jurídico de los ciudadanos se circunscribe a las normas que para cada efecto existen. Podemos afirmar que las diversas actividades que realiza el ser humano responden a un principio legal sobre el cual el ciudadano adopta una actitud, así cuando hablamos del derecho a la información o el acceso a los archivos debemos remitirnos necesariamente a toda la normativa existente de

---

\* Tema presentado en el Seminario Internacional de Archivos de Tradición Ibérica, Río de Janeiro-Brasil del 3 al 7 de abril del 2000.

\* Abogada, especialista en archivos, Jefa del Archivo General de la Nación desde 1992 a la fecha.

<sup>1</sup> Flores Polo, Pedro: *Diccionario de Términos Jurídicos*, 1ra. edición 1982, 2 Tomos, pag. 435 Tomo I

manera puntual, y además a aquellas normas que de manera complementaria, concordante o conexas ayudan a comprender o sustentar ese derecho.

Otro concepto necesario a tener en consideración es el de "*sujeto de derecho*". Es sujeto de derecho toda persona que goza de las facultades que la ley le prevé. De conformidad con el artículo 3 del Código Civil toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley. Dicho artículo es concordante con el artículo 42 del mismo Código Civil que establece la plena capacidad de ejercicio de los derechos civiles de las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto por los artículos 43 y 44, que determina la incapacidad absoluta y relativa, por consiguiente, la persona que no está comprendida en estos artículos es persona capaz para ejercer los derechos que le faculta la ley a la persona como tal, sea humana o física, abstracta o colectiva.

De acuerdo con la definición jurídica de los términos *sujeto (individuo o persona física, titular de un derecho u obligación)* y *titular (dueño de una facultad o potestad)*,<sup>2</sup> convenimos que sujeto de derecho y titular del derecho son sinónimos para los efectos de la relación jurídica que pretendemos.

La calidad de sujeto o titular del derecho, para comprender el acceso a los archivos, es de la mayor importancia cuando se trata de los archivos administrativos, no así cuando hablamos de los archivos históricos cuya accesibilidad se rige por una norma expresa que marca un plazo, y esto es así en casi todos los países del mundo. Generalmente una norma establece el plazo para hacer accesible a la investigación los fondos documentales de un archivo, fluctuando entre 25 a 75 años y en algunos casos a 100 años, que son más o menos el promedio de plazos de accesibilidad a nivel mundial.

Cuando se trata del acceso a los archivos administrativos tendremos que sustentar la calidad de sujeto de derecho jurídicamente y la titularidad de la documentación archivísticamente, para exigir los documentos cuyo servicio se pretende. Ambos conceptos deben estar unidos para gozar de la accesibilidad a un archivo administrativo.

El *titular de la documentación* a nivel de los archivos administrativos es la institución productora o la persona natural o jurídica directamente vinculada con los documentos. Un principio archivístico universalmente válido considera que la documentación administrativa puede ser consultada solamente por el titular de la documentación, este involucra a la institución productora y a la persona natural o jurídica que tiene vinculación directa con los documentos, por ejemplo cuando se trata de un legajo de personal, es el trabajador al cual corresponde dicho documento a quien se le faculta el acceso. En el caso que la documentación se encuentre en un archivo intermedio o central, los documentos no son servidos a los investigadores hasta cuando alcancen la categoría de históricos según el plazo que fije la legislación del país.

De lo expresado concluimos que para ejercer un derecho, para el caso que nos ocupa el acceder a la información y a los archivos, hay que ser persona capaz, facultada a exigir el derecho que le asiste por ser el titular de la documentación solicitada.

## **II. LA CONSTITUCION POLITICA, LEY FUNDAMENTAL, Y EL ACCESO A LA INFORMACION.-**

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, Tomo II, p.555 y 582.

La Constitución Política del Perú vigente de 1993, como las anteriores, se ha inspirado en la ideología liberal, en esa medida establece un mecanismo de protección de los derechos ciudadanos, ubicados en el Título I, Capítulo I, como Derechos fundamentales de la persona. El artículo 2° en algunos incisos será el objeto de nuestro análisis, particularmente los incisos 4, 5, 6, 7, y 10.

Entre los principales derechos de la persona, relacionados con el tema que ampara la Constitución están el derecho a la libertad de información; a solicitar información sin expresión de causa, y a recibirla de cualquier entidad pública; al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

Otro tema importante desde el punto de vista de nuestro interés es el concerniente a la Acción de Hábeas Data (tráiganse los datos) comprendida en el artículo 200, inciso 3.

De otro lado la Constitución Política de conformidad con su artículo 55 reconoce que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, por tanto aquellos tratados celebrados por el Perú en los que se contemplen medidas que otorgan a la población el derecho a la información tienen plena vigencia en el sistema jurídico peruano. Entran en esta categoría los documentos firmados por los países sobre diversos asuntos, que la Constitución recoge e integra en otros dispositivos internos específicos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 13 señala que todo individuo tiene derecho, entre otros, a investigar y recibir informaciones. Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos que el Perú ha suscrito en su artículo 13, inciso 1, indica que toda persona tiene derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole y en el siguiente inciso establece que el ejercicio del derecho previsto no está sujeto a censura sino a responsabilidades ulteriores que deben estar precisadas por la ley y son necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

En un nivel de índole cultural situamos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su artículo 15 obliga a los Estados Partes del Pacto, entre los que se encuentra el Perú, a reconocer el derecho de la persona que se respete la indispensable libertad para la investigación científica. Esta norma toca especialmente a los archivos históricos, los cuales están en la obligación de poner a la disposición de los investigadores los documentos que custodian; y a aquellos archivos administrativos que no obstante ser de este nivel conservan documentos que de conformidad con el plazo fijado han alcanzado la categoría de históricos.

Tanto el derecho a la intimidad como la Acción de Hábeas Data los comentaremos más adelante, por lo que pasaremos a analizar las normas constitucionales mencionadas líneas arriba.

El artículo 2° de la Constitución Política en su inciso 4 indica que toda persona tiene derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. Nos interesa particularmente la libertad de información, que es un derecho inherente a la persona que ninguna autoridad puede menoscabar si es que no entra en el campo de lo ilícito, las limitaciones a esta libertad están comprendidas en normas expresas, por tanto si no existe una prohibición de orden legal el ciudadano está en todo su derecho de exigir que se le proporcione la información que solicita. Seguidamente el inciso 5 agrega el derecho "a

solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido". De otro lado, el inciso 10 protege el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, y la legislación civil establece el plazo de accesibilidad como veremos más adelante.

En conclusión las entidades públicas están al servicio de la comunidad como tales no pueden sustraerse al cumplimiento de las normas que rigen su accionar y la obligatoriedad del servicio que deben brindar, por tanto ninguna entidad pública puede negar la información que se le solicita, siempre que no esté comprendida en las restricciones indicadas por la ley.

### **III. EL DOCUMENTO INFORMATICO Y EL ACCESO A LA INFORMACION.-**

Las actuales circunstancias obligan a los archiveros a tomar actitudes y criterios técnicos para el tratamiento de la información contenida en los documentos informáticos, con especial interés, principalmente por la vulnerabilidad del sistema, y no sólo por el soporte de los mismos sino principalmente por la implicancia que tiene la accesibilidad a determinados documentos que por sus características no deben ser de acceso a todos.

Así como hay categorías de documentos que están al servicio de los investigadores o de determinados usuarios existen documentos cuya accesibilidad es restringida, sobre todo cuando se trata de documentos que protegen la intimidad personal o la seguridad nacional, para lo cual habrá que tomar medidas, de un lado de carácter técnico que la ciencia día a día va perfeccionando, y del otro, adoptando medidas de sanción a fin de castigar, sobre la base de dispositivos legales expresos, las faltas o delitos cometidos por quienes no están autorizados a acceder a la información contenida en documentos calificados como secretos o confidenciales.

La utilización de las computadoras en todas las actividades lleva a la aparición de nuevas formas de delincuencia, convirtiéndose en un elemento de riesgo para las personas e instituciones que tienen que enfrentarse con el sujeto o los sujetos que cometen delitos que se producen por las formas ilícitas del tratamiento de la información contenida en las computadoras.

No obstante que el concepto delito informático engloba a todos los delitos cometidos mediante el uso de tecnologías de la información, vamos a referirnos sólo a aquellos en los que los bienes jurídicos tutelados se relacionan con los archivos e información como los datos, los documentos electrónicos y su indebida utilización.

La tecnología ofrece una serie de ventajas e indudablemente es la maravilla que facilita la labor de casi todas las actividades del hombre en nuestros tiempos, sin embargo situaciones como la entrada a un sistema informático sin la autorización del titular de la información o su custodio, debe quedar tipificada como un delito, puesto que al agenciarnos de una contraseña o password como medida de seguridad para impedir el acceso de personas ajenas, es natural que deseamos proteger la información contenida en el sistema. El acceder a la información sin la autorización del titular del bien jurídico protegido es lo suficientemente grave para considerar que se ha producido un delito.

Uno de los medios que ofrece mayor facilidad en las comunicaciones y que viene desplazando progresivamente al novedoso fax de hace poco tiempo atrás

es el correo electrónico, sin embargo advertimos que puede producirse la interceptación de e-mail, que está inscrito en el delito de violación de correspondencia, de manera que la interceptación de un mensaje para acceder a la lectura de su contenido reviste la misma gravedad.

La legislación peruana en los últimos años ha introducido algunas normas que protegen sobre todo la intimidad personal, en el Código Penal. El eminente jurista Luis Bramont- Arias Torres<sup>3</sup> dice: "El principal problema se traduce en buscar fórmulas efectivas de control, respecto a las cuales el Derecho ha de tener un marcado protagonismo, en su papel de regulador de las relaciones y mecanismos sociales para el mantenimiento de un orden social".

Como bien lo expresa el indicado jurista se trata de actitudes ilícitas que jurídicamente ya están configuradas como delitos en el ordenamiento penal, pero que estimamos la legislación debe perfeccionar debido al vertiginoso desarrollo que viene alcanzando el uso de la tecnología informática. Como también lo afirma Julio Téllez Valdes<sup>4</sup> estos delitos tienen a la computadora como instrumento o fin. Con relación a los documentos el indicado jurista establece los delitos de falsificación por vía computarizada, lectura, sustracción o copiado de información confidencial, modificación de datos de entrada y salida, obtención de información residual en papel o cinta magnética luego de la ejecución de trabajos.

Sobre el particular la legislación penal peruana ha introducido los artículos 154, y 155 en el Capítulo II Violación de la Intimidad, del Código Penal respecto del sujeto que viola la intimidad personal o familiar valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios. Para estos delitos se establece una pena privativa de libertad no mayor de dos años. De acuerdo con el texto del artículo podemos interpretar, que se incluyen los medios informáticos o electrónicos. El artículo 155 considera como agravante al sujeto que es funcionario o servidor público que cometa el delito en el ejercicio del cargo, a quien le corresponde una pena no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme el artículo 36, incisos 1, 2, y 4, del mismo cuerpo de leyes. El artículo 157 igualmente sanciona a quien emplea cualquier archivo que tenga datos referentes a una persona con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y señala que la pena es más grave, no menor de tres años ni mayor de seis años, cuando se trata de funcionario o servidor público que comete el delito en ejercicio del cargo.

Por tanto la legislación penal deberá establecer medidas de control y sanciones a quienes infringen estos controles de acuerdo con las figuras delictivas que se presenten y que ya se encuentran en la mayoría de legislaciones de carácter penal.

De otro lado como la legislación civil y administrativa pueden ayudar a reforzar las medidas de sanción penal, es conveniente que se contemplen cláusulas en los contratos de trabajo de los funcionarios que estén directamente vinculados al manejo de los datos, y que se adopten medidas de seguridad para el acceso a los ambientes donde se encuentran los equipos de cómputo. Hoy en día los sistemas de seguridad de acceso a determinadas áreas que merecen resguardarse del ingreso de personas ajenas son de alta precisión y sólo permiten el acceso del

---

<sup>3</sup> Bramont-Arias Torres, Luis, *"El delito informático en el Código Penal Peruano"*, p. 17, Biblioteca de Derecho Contemporáneo, Vol.6, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1997, 84 páginas.

<sup>4</sup> Valdes Téllez, Julio, *Derecho Informático*, Segunda Edición, México 1996, Serie Jurídica,

personal debidamente autorizado, a través de medios electrónicos que ofrecen alto grado de seguridad. No está de más enfatizar en los códigos de ética, éstos son fundamentales en el ejercicio de funciones que exigen discreción, confidencialidad o reserva, y tratándose de los archivos más aún, porque uno de los principios éticos que los archiveros deben observar es la absoluta reserva de todos los documentos que se le confían a su custodia.

En conclusión por la gravedad de estos delitos y las consecuencias que ocasionan nuestro Código Penal debe incluir normas específicas que tipifiquen con absoluta claridad los delitos informáticos, por cuanto la deficiencia de la ley puede poner en riesgo la seguridad jurídica permitiendo la impunidad de los autores o agentes activos del delito. Actualmente existen proyectos de ley en el Congreso de la República para modificar el Código Penal que han merecido el dictamen favorable de la Comisión de reforma del Código.<sup>5</sup>

#### **IV. OTROS DISPOSITIVOS LEGALES SOBRE EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.-**

Aparte de la Constitución Política, norma fundamental del Estado Peruano, existen dispositivos legales en diversas áreas tales como el derecho administrativo, y en el derecho civil es necesario comentar.

En el campo del derecho administrativo que se ocupa del sector público nacional encontramos el decreto supremo N° 002-94-JUS, Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos que rige para toda la administración pública. Se trata de una norma especial que legisla sobre la tramitación de expedientes administrativos y de los derechos que le asisten a los administrados en este campo. El mencionado dispositivo legal en el Capítulo IV, Información y Documentación, determina las condiciones para acceder a los documentos que se encuentran en la primera edad de su ciclo vital, que conviene comentar a fin de precisar las facultades que le asisten en este tema a los interesados para el acceso a la información. El artículo 52 autoriza a los interesados o sus apoderados a acceder a los documentos en cualquier momento de estado de su trámite. Por el artículo 55 el interesado, es decir el titular del derecho, puede solicitar la copia literal certificada de las actuaciones contenidas en el expediente, también las pueden exigir los titulares de derechos o de intereses que pudieran ser afectados por el acto administrativo. Por tanto ninguna autoridad podrá impedir el acceso del titular del derecho a los documentos que necesita para información o para acreditar su derecho ante las instancias correspondientes.

En el derecho civil encontramos los artículos 14 a 16 sobre protección de la intimidad personal, el derecho a la imagen y voz, y el derecho al secreto y reserva de las comunicaciones, naturalmente que aquí comprendemos a todo tipo de soporte de información, cuya utilización requiere la autorización expresa del titular del documento, o de los parientes del mismo. En cuanto a la correspondencia epistolar, las comunicaciones cualquiera sea su género que tengan carácter de confidencial o se refieran a la intimidad personal no pueden ser interceptadas o divulgadas sin la autorización del autor o destinatario. La prohibición se extiende hasta más allá de cincuenta años a partir de la muerte del autor. Se trata de documentos privados que por sus características pueden

---

<sup>5</sup> Diario Oficial El Peruano, pag. 10, de 18 de febrero del 2000

incluirse como obra protegida por el derecho de autor, que trataremos con más amplitud en el rubro siguiente.

De conformidad con el artículo 16 del Código Civil la prohibición de hacer públicos los documentos no puede extenderse más allá de 50 años a partir de la muerte del autor, pero el artículo 23 del decreto legislativo 822 de derechos de autor, en concordancia con los artículos 52 y 56 establece que la decisión del autor de impedir el acceso, se entiende mientras la obra permanezca en el dominio privado, sin perjuicio de lo establecido en el Código Civil. Según el mencionado artículo la divulgación de la correspondencia epistolar y las memorias, cuyo plazo es de 70 años después de su fallecimiento. Es el único caso de documentos (archivo particular) que incluye dicha ley, como veremos en el siguiente numeral por considerar la originalidad y forma de expresión, tal como lo interpretan Antequera y Ferreyros.<sup>6</sup>

En consecuencia, por principio de orden jurídico, la norma especial prima sobre la norma general, quedando el artículo 16 del Código Civil como norma supletoria para los efectos de la aplicación del derecho de autor.

## **V. LIMITACIONES DE CARÁCTER LEGAL (DERECHO A LA INTIMIDAD, DEFENSA NACIONAL, DERECHOS DE AUTOR). -**

Hemos querido separar las normas que rigen sobre los derechos enunciados en este numeral con la finalidad de tratarlos como excepciones a la regla general del derecho a la información, debido a circunstancias determinadas que exigen del Estado la debida protección.

### a) El derecho a la intimidad.-

La Constitución Política reconoce el derecho a la intimidad como un derecho fundamental de la persona a tenor del artículo 2, inciso 7° y en el Código Penal peruano se tipifica esta figura jurídica en el artículo 157 donde se establece la protección de la intimidad de la persona sobre el manejo indiscriminado de datos, tanto por parte de personas naturales o por el propio Estado.

Este es uno de los derechos en los que la mayoría de países ha puesto especial atención desde que los sistemas informáticos intervienen en la gestión de datos de los ciudadanos. Es un derecho fundamental de la persona a que su intimidad no sea de conocimiento público por el abuso en la utilización de los medios electrónicos, que en el Perú ha merecido una norma expresa en la legislación constitucional, el artículo 200, inciso 3).

Hoy en día que las comunicaciones se realizan a través del correo electrónico en gran escala vemos que la vulnerabilidad de estos medios preocupa a los informáticos y atañe directamente al derecho de las personas sobre la inviolabilidad de las comunicaciones. Los mensajes de e-mail son más fáciles de interceptar que las cartas escritas en papel e inclusive se pueden reproducir a gran escala por diversos medios.

### b) Restricciones para el acceso a los documentos de la defensa nacional.-

---

<sup>6</sup> Antequera Parilli, Ricardo y Ferreyros Castañeda Marysol, *"El nuevo derecho de autor en el Perú"*, Primera Edición, Perú Reporting, Lima-Perú, Editorial Monterrico S.A. 571 p.

La defensa nacional y la seguridad nacional son dos conceptos similares que con relación a la información o los documentos en papel los países del mundo han tratado en forma más política que jurídica.

Actualmente el asunto se torna más complejo y hasta ciertamente peligroso cuando se trata de información contenida en medios informáticos cuya vulnerabilidad puede causar irreparable daño a la seguridad nacional. Se han presentado casos de acceso a los sistemas informáticos gubernamentales e interceptación de correo electrónico del servicio secreto, entre otros casos que han puesto en riesgo la seguridad de los países afectados y que se puede calificar como espionaje si esa información va a otro gobierno. Uno de los casos que mereció amplios espacios en los noticieros del mundo fue el acceso al sistema informático del Pentágono y la información que se transmitió vía Internet de los mensajes remitidos por el servicio secreto norteamericano durante la guerra con Corea del Norte en 1994.

En cuanto a la documentación tradicional su custodia es relativamente más segura y menos vulnerable si se extreman las medidas de seguridad para el acceso que está marcado por plazos según la decisión política de los gobernantes.

Lo lamentable de las medidas que se toman al respecto es que muchas veces los documentos permanecen por largos periodos sin ser accesibles, más que por seguridad nacional, por razones de carácter político que en el tiempo se van diluyendo, es decir sin argumentos sólidos, y quizá porque no existe presencia determinante de los interesados en acceder a la información. Además otro problema que se presenta es la forma como entran en la categoría de confidencialidad todos los documentos sin discriminación precisa de los que realmente, por razones de seguridad, merecen permanecer como de uso restringido o inaccesibles al investigador y público en general.

En la legislación especial encontramos que el artículo 4° del decreto ley 19414, ley de defensa, conservación e incremento del patrimonio documental que permanece vigente, exceptúa a los organismos de la defensa nacional (Ministerios de Guerra, Marina, Aeronáutica, hoy de Defensa, el del Interior, y Relaciones Exteriores) a transferir la documentación que cumple 30 años al Archivo General de la Nación (AGN), que han sido calificados como "Confidencial", "Secreto", o "Estrictamente Secreto" y sólo pueden transferirse cuando hayan perdido dichas clasificaciones. En la práctica nunca se procedió a evaluar los documentos que podían superar la clasificación y entró en esta categoría toda la documentación de las mencionadas instituciones. El reglamento del decreto ley, decreto supremo 022-75-ED en el artículo 6° además agrega que los documentos perderán dichas clasificaciones previa autorización del Titular del Sector.

En el año 1992 se logró avanzar algo, al introducirse una norma en el D.S. 008-92-JUS Reglamento de la ley 25323 del Sistema Nacional de Archivos, el artículo 37 que ratifica que son documentos confidenciales, secretos y estrictamente secretos los que tienen que ver con la defensa y seguridad nacional, pero agrega que cada entidad debe establecer sin excepción sus respectivas tablas de clasificación hasta por un período no mayor de 30 años para su conocimiento público.

Hace algunos años se ha venido trabajado progresivamente con los ministerios de Defensa y del Interior. Actualmente se viene realizando supervisiones a los archivos de la Oficina de Economía del Ejército a su solicitud. Por diversas razones el AGN antes no supervisó ni asesoró el trabajo archivístico en los organismos de defensa, sin embargo se presenta en estos momentos un notable avance y son las mismas autoridades quienes nos han convocado para hacer trabajos de archivos bajo la supervisión del AGN como conductor de la política archivística a nivel nacional y órgano rector de los archivos del país. Consideramos que es el primer paso para el inicio del acceso a ciertas categorías de documentos que pueden ponerse al servicio de la investigación. Igualmente La Marina de Guerra del Perú, firmó un convenio con el AGN el año 1992 que a la fecha se encuentra vigente, por el cual venimos trabajando conjuntamente sus archivos y ha puesto a disposición de los usuarios su Archivo Histórico que puede ser consultado por los investigadores.

c) Protección de los derechos de autor.-

Es un tema que más compete a la producción literaria y a otras obras producto de la creación humana, no así a los documentos de archivo. El artículo 1° expresa que las disposiciones del decreto legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor, protege a los autores de las obras literarias y artísticas y el artículo 5° cuando numera las obras protegidas por la ley, en ninguno de sus incisos ubica a los documentos de los archivos en los cuales muchas veces podemos percibir la aplicación de excepcionales habilidades intelectuales y profesionales como es el caso de los proyectos, los informes técnicos, o los estudios. Sin embargo notamos que el artículo 31 define préstamo público como la transferencia de la posesión de un ejemplar lícito de la obra durante un tiempo limitado, sin fines lucrativos por una institución, cuyos servicios están a disposición del público, como una biblioteca o *un archivo público*. Dicha alusión a nuestro entender es referente a los documentos de archivos, porque si se trata de "obra" en un archivo se debe referir necesariamente a los documentos de archivo, de ninguna manera podemos pensar que en un archivo conservamos otra cosa que no sea documentos, aunque la realidad a veces nos demuestre lo contrario, pero ésta no es la regla, ni mucho menos.

En conclusión la legislación peruana sobre derechos de autor no incluye a los documentos de archivo, pero somos de la opinión que se debe analizar jurídica y archivísticamente el tema e incorporar las modificaciones a la ley teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) En la mayoría de los archivos tanto privados como públicos el concepto de autoría debe estar más ligado a la propia institución como persona jurídica, excepto en los casos en los que encontramos algunos documentos en los archivos que pueden expresar en forma precisa e inconfundible al autor como el caso de los proyectos, los informes técnicos o los estudios, presentados por persona natural o jurídica sobre los cuales se debe ejercer la protección por estar comprendidos dentro del derecho intelectual de las personas.

- b) En términos generales se debe proteger las obras del ingenio humano, por el sólo hecho de su creación, sin que medie requisito formal, manteniéndose el registro de los documentos en el sentido declarativo y no constitutivo de derechos, tal como lo prevé el decreto legislativo en alusión. Tal como lo prevé la ley de derecho de autor y por la forma en que se produce la documentación en los archivos, su registro no deberá estar sujeto a una formalidad, por tanto el derecho no debe estar supeditado a una previa inscripción a fin de hacerse valer en el momento que se detecte la ilícita apropiación de la obra del autor por algún sujeto.
- c) Aunque en la administración pública el derecho de autor se diluye porque el funcionario cumple una labor en el ejercicio del cargo y la titularidad de la documentación coincide más con la organización misma que con las personas que firman los documentos, es posible detectar documentación en la que la titularidad es indiscutible porque no sólo se emite para absolver un trámite o realizar una gestión, además existe un valor agregado, cual es, el aporte intelectual técnico o profesional que es necesario proteger, como cuando un profesional o un equipo de ellos formulan estudios y proyectos o informes técnicos que pueden ser copiados por otras empresas, con la complicidad de los custodios de la información, y presentados como propios en otra empresa, con el consiguiente perjuicio intelectual y económico del titular del derecho.

## **VI. EL HABEAS DATA Y LOS ARCHIVOS.-**

La figura jurídica del Haberes Data fue incluida en la Constitución Política de 1993, causando honda polémica en lo que respecta a la rectificación ante los medios de comunicación, como inicialmente fue aprobada, por lo que el Congreso de la República, analizó el tema a profundidad planteando la reforma constitucional sobre el artículo 200, inciso 3, cuyo tenor vigente es el siguiente: Son garantías constitucionales, entre otras, "La acción de Haberes Data, (tráiganse los datos) que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2º, incisos 5) y 6) de la Constitución"

La ley 26301 faculta al interesado a iniciar la acción de Hábeas Data ante el juez de Primera Instancia donde se encuentran ubicados los archivos mecánicos, telemáticos, magnéticos, informáticos o similares. Si la afectación del derecho se origina en los archivos judiciales, cualquiera sea la forma o medio en que estén almacenados, guardados o contenidos, se tramita ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia del lugar. Igualmente se procede cuando se trata de los archivos funcionales o administrativos del Ministerio Público.

La sentencia obliga ha publicar la rectificación previamente solicitada por el demandante.

Dicha acción se entenderá con el representante legal de la autoridad, entidad o persona jurídica a la que se emplaza, y si es persona natural, se dirigirá a ella directamente.

El Hábeas Data es un derecho de garantía constitucional que permite el acceso a la información computarizada, y como lo dijéramos en el Octavo Seminario de Archivos Administrativos en Colombia<sup>7</sup>, a través de esta acción se trata de poner ciertos parámetros al uso indiscriminado de la información, cuyos objetivos son: conocer lo que se dice de uno mismo en las bases de datos; acceder a los datos para excluir la información que le perjudica o borrar la información que lo discrimina por su raza, sexo, ideas políticas, convicciones religiosas, etc; acceder al secreto de los bancos de datos o acceder a los archivos de los registros públicos o privados para recuperar la información personal o modificarla.

En conclusión se protege el derecho de la persona a mantener en reserva aspectos de su vida que sólo pueden ser revelados por el titular del derecho e inclusive alcanza a la persona jurídica que guarda datos de las personas vinculadas a sus actividades o usuarios de un servicio.

## VII. ACCESO A LA INFORMACIÓN Y ACCESO A LOS ARCHIVOS.

El acceso a la información está contenido en diversas normas partiendo de la Constitución Política de un país, así como en otros cuerpos de leyes y disposiciones específicas.

Al respecto podemos afirmar que el derecho a la información se inscribe en un concepto amplio y general, en tanto las normas que regulan el derecho a los archivos establecen plazos o términos para servir la documentación a los diversos usuarios. En tal virtud, el derecho a la información es el género y el acceso a los archivos es la especie.

Los diversos países del mundo han incluido normas que establecen plazos para que la documentación sea de libre acceso en los archivos, más que una cuestión técnica es una cuestión de orden legal, es así que si se establece un plazo para el libre acceso la institución que custodia la documentación está en la obligación de servirla, es decir ponerla al servicio de la investigación.

Adicionalmente a esta situación, algunos países van liberalizando determinados fondos documentales o documentos que por diversas razones, generalmente de orden político o de seguridad nacional, permanecieron cerrados.

Citemos algunos casos:

El 27 de febrero de 1992,<sup>8</sup> un diario informaba sobre la entrega a la opinión pública del archivo del Comité Central del Partido Comunista de la ex Unión Soviética, él que podía ser visitado a partir del 2 de marzo en el archivo central de documentos de historia contemporánea. Se informaba también que el archivo constaba de 30 millones de documentos entre 1952 y 1991. En su discurso inaugural el presidente del comité Rudolf Pichoja refirió el vacío legal que existe en Rusia frente al tratamiento de documentos secretos.

El 14 de julio de 1992 se informaba que 25 millones de documentos del PCUS fueron destruidos u ocultados por orden del vicesecretario general del disuelto Partido Comunista Soviético Vladimir Ivashko.<sup>9</sup>

Desde Buenos Aires procedió la noticia sobre la invitación que recibió Simón Wiesenthal, "el cazador de nazis" de parte de Guido di Tella para estudiar los

<sup>7</sup> Mendoza Navarro, Aída Luz, "*El Derecho para los archiveros*", conferencia presentada en el Octavo Seminario del Sistema Nacional de Archivos, en Santa Fe Colombia, organizado por el AGN, entre el 27 al 29 de octubre de 1999.

<sup>8</sup> En diario El Comercio, 27 de febrero de 1992

<sup>9</sup> En diario El Peruano, 14 de julio de 1992.

archivos con la información de la residencia de jefes del Tercer Reich. Los archivos policiales secretos que daban cuenta de los movimientos de los nazis en Argentina fueron abiertos al público en diciembre de 1991, en ese entonces los investigadores criticaron las dificultades que tuvieron para la consulta de los documentos.<sup>10</sup>

No sólo se trata de determinar el acceso a los archivos, sino que la institución que custodia deberá brindar las facilidades para la consulta.

En abril de 1993 un diario informaba que la Secretaría de Justicia de Río de Janeiro abrió al público los archivos secretos de la policía política que funcionó en Brasil durante medio siglo hasta 1985.

Una funcionaria del Archivo Público de Río de Janeiro habría dicho "la idea es el acceso a todo lo que ayude a contar como era hecha la represión política". Junto con la liberación de los documentos quince historiadores, sociólogos y archiveros se encargarían de organizar la documentación.

De lo expuesto convenimos con el doctor Desantes que el derecho a la información (y consecuentemente el acceso a los archivos) depende de argumentos más políticos que jurídicos que permitan a la población obtener la información de las autoridades públicas y prevenir o denunciar las actitudes arbitrarias o inoportunas<sup>11</sup>

Pueden haber muchos otros ejemplos como los referidos, lo importante es que los gobiernos vayan comprendiendo la necesidad de poner a disposición de la investigación los archivos en plazos breves por muchas razones, entre las que se incluye la necesidad de reconstruir la historia de épocas tempranas, cual es la tendencia de la historia moderna de los pueblos.

La legislación peruana según el artículo 4° primer párrafo, del decreto ley 19414, Ley de defensa, conservación e incremento del Patrimonio Documental, exige que las entidades públicas transfieran su documentación mayor de 30 años al Archivo General de la Nación, y aunque no establece categóricamente que luego esta documentación se pondrá al servicio de la investigación por calificarse como de valor histórico, interpretamos que es el plazo fijado para definir esta categoría poniéndose al libre acceso de la investigación por considerarse de valor histórico.

La ley 25323 del Sistema Nacional de Archivos de conformidad con el artículo 5°, inciso e) faculta al AGN a normar el acceso a toda clase de documentos estableciendo los términos y modalidades de uso en concordancia con los dispositivos legales pertinentes, y el Decreto Supremo 008-92-JUS, su Reglamento en el Capítulo IX De la accesibilidad a la información en sus artículos 34 a 39 legisla sobre el tema entendiéndose por accesibilidad a la disponibilidad de los documentos para la consulta mediante el servicio que debe ofrecer todo archivo, de todos los documentos que conforman el Patrimonio Documental de la Nación sean públicos o privados, y taxativamente comprende a todos los archivos que integran el Sistema Nacional de Archivos exceptuando aquellos que puedan atentar contra los intereses y la seguridad nacional y a la privacidad o intimidad personal. Respecto de los archivos privados señala que en los respectivos convenios que celebren con el AGN se establecerán los términos de accesibilidad a la información de sus documentos.

<sup>10</sup> En diario El Peruano, 14 de febrero de 1993

<sup>11</sup> Desantes Guanter, José María, "*Teoría y Régimen Jurídico de la Documentación*" Eudema Universidad/Manuales, 454 páginas, 1987, Madrid-España.