

LOS ARCHIVOS DE LA REPRESIÓN EN ESPAÑA.

RÉGIMEN DE ACCESO Y ALCANCE DE LA LIBERTAD DE PRODUCCIÓN CIENTÍFICA¹

OSCAR VERGARA²

- 1 Este trabajo forma parte del proyecto de investigación «Del discurso de la derrota al discurso del diálogo. Justicia transicional, memoria histórica y Constitución», dirigido por el Prof. Pedro Serna Bermúdez, subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España y los Fondos FEDER de la Unión Europea (código SEJ2007-64461/JURI).
- 2 Universidad de La Coruña (España)
- 3 Cfr. *Actas del Congreso...*, Sarriá de Ter (Gerona), 2009, p.217.
- 4 Aprobado por Decreto de 22 de noviembre de 1901 (Gaceta de 26 de noviembre de 1901).
- 5 Amnistía Internacional, *Víctimas de la Guerra civil y el Régimen franquista: el desastre de los archivos, la privatización de la verdad*, Secretariado Estatal, 30 de marzo de 2006, pp. 6-8.

En el «Congreso Internacional de Archivos y Derechos Humanos: El acceso y la desclasificación de documentos», que tuvo lugar en Sarriá de Ter (Gerona, España) los días 2, 3 y 4 de octubre de 2008, se subrayó, por lo que se refiere al caso español, la necesidad de una ley de acceso a la documentación pública que unificara los diversos criterios de consulta existentes y facilitara a los ciudadanos el acceso a la información pública³. Asociaciones como Amnistía Internacional también han reclamado una ley de archivos. Esta organización denuncia, en concreto: a) La antigüedad del Reglamento de Archivos del Estado de 1901⁴, que, a su juicio, habría que modificar. b) Las inadecuadas condiciones de almacenamiento, el deterioro, la ausencia de personal archivero, la falta de recursos y la arbitrariedad en los criterios para facilitar el acceso a los «archivos de la represión»⁵. Como ejemplo se citan los archivos de tribunales y juzgados militares, que contienen información relativa a consejos de guerra. Estos archivos dependen de los respectivos Tribunales Territoriales Militares, los cuales, como veremos, manejan criterios dispares a la hora de facilitar el acceso a aquéllos. Al parecer es general la falta de personal archivero profesional, así como la tardanza de meses e incluso años en atender las solicitudes de acceso.

Este trabajo se propone analizar el régimen jurídico de acceso a los archivos y registros públicos, en especial a los archivos militares, así como determinar los principales obstáculos para ello, en particular los derivados de la protección del derecho al honor y a la intimidad. Todo ello desde el punto de vista de la denominada memoria histórica. Asimismo, y en atención a los mencionados derechos, se trata también de determinar la extensión de la libertad de producción científica en orden a la historiografía de la represión en España.

I. Conservación de los archivos y documentos

En el marco de los procesos transicionales ha sido distinto el tratamiento que se ha dado a los archivos de la represión. A veces han sido destruidos; otras veces, preservados, y en ocasiones conservados temporalmente para ser luego destruidos.

En 1978, la prensa revelaba una orden interna del Ministerio del Interior, de fecha de 19 de diciembre de 1977 que disponía la destrucción de toda la documentación relativa a las actividades de aquellas personas que hubieran pertenecido a organizaciones políticas y sindicales clandestinas. Esta medida provocó una fuerte reacción social, particularmente entre las personas afectadas y entre los investigadores e historiadores. Sin embargo, tanto dicha Orden, como sobre todo otra de la Presidencia del Gobierno de la misma fecha, prevían la conservación de aquellos documentos que tuvieran valor histórico⁶. Distinta fue la actitud ante las fichas que por homosexualidad hubieran obrado en poder de la Policía, para las cuales se solicitó por parte del Grupo Parlamentario Mixto, Agrupación de Izquierda Unida, su destrucción, lo que fue rechazado⁷.

En general, se aboga por la conservación porque, como ha señalado González Quintana, esta política coadyuva a muy relevantes derechos colectivos e individuales⁸. Uno de estos derechos interesa especialmente aquí. Se trata del derecho a la investigación histórica y académica. No obstante, este derecho tiene límites, como, indica, la protección de las víctimas y la protección de terceros⁹. Pero por «terceros» no parece que González Quintana haga referencia a los presuntos represores, ya que uno de los derechos colectivos que señala este autor como fundamento del derecho a conservar los archivos es el derecho colectivo a identificar a los responsables de los crímenes contra los derechos humanos. Por lo tanto, a

6 Cfr. Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria núm. 2, celebrada el día 18 de enero de 1978. Como efecto secundario de esta conservación se produjo, en plena democracia, el lamentable episodio de la detención del diputado comunista Enrique Curiel en un aeropuerto. Cfr. sobre esto último el debate suscitado en el Congreso (Sesión Plenaria, núm. 212, Diario de Sesiones de 29 de mayo de 1985.)

7 Cfr. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 20 de octubre de 1987.

8 Antonio GONZÁLEZ QUINTANA, *Archives of the Security Services of Former Repressive Regimes*, Informe preparado para la Unesco, París, Unesco, 1997, ep. 3.1.

9 En el anterior Informe, ep. 3.2.4, se apunta como posible solución, en los casos en que el derecho a la intimidad individual y el derecho a la investigación histórica colisionen, recurrir a reproducciones de los documentos originales con los nombres de las víctimas o terceros eliminados.

su juicio, la finalidad de la conservación es alternativa: castigo penal de los represores o, en caso de amnistía, impedir su promoción política.

En relación con la experiencia post-comunista, en esta misma línea, Danielson ha señalado que los países que han restringido el acceso a estas fichas en aras de la intimidad o de la seguridad todavía tienen que habérselas con problemas básicos de legitimidad¹⁰.

Desde este punto de vista, la Ley de Ficheros de la *Stasi* alemana, de 20 de diciembre de 1991, resulta ejemplar, al haber articulado un mecanismo eficaz a través del cual los particulares pueden acceder al contenido de sus fichas policiales personales, *incluidos los datos de los informantes*. Por lo que se refiere a periodistas e investigadores, el acceso es restringido. Los documentos referidos a los colaboradores de la *Stasi* suelen estar accesibles de forma inmediata, pero los relativos a las víctimas están protegidos frente a cualquier forma de acceso. Los periodistas e investigadores únicamente pueden consultar los documentos con el permiso expreso de la persona afectada, de manera anónima (eliminadas las referencias personales) o una vez fallecida¹¹.

En definitiva, optar por la conservación de los documentos puede encontrar diversas justificaciones: el derecho individual de la víctima a conocer la verdad; el derecho colectivo de la comunidad política a depurar la responsabilidad de los represores, y las libertades públicas de información y de producción científica.

En España, con carácter general, los documentos han quedado conservados, pero en ningún caso han servido para la exigencia de responsabilidades de ningún tipo¹². La siguiente cuestión gira en torno al régimen de acceso a ellos.

2. Régimen jurídico de acceso a archivos y documentos

En esta materia se da una gran dispersión normativa, con lo que es muy difícil manejar todas las disposiciones legales y hacer que se cumplan.

10 Elena S. DANIELSON «Privacy Rights and the Rights of Political Victims: Implications of the German Experience», *The American Archivist*, 67 (2004), p. 179.

11 Cfr. Günter BORMANN, «El acceso y la desclasificación de documentos de la Stasi (Alemania)», *Actas del Congreso Internacional...*, cit., p. 107.

12 Por lo que se refiere al ámbito penal, la Ley 44/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, establece la amnistía por todos los delitos y faltas de intencionalidad política, entre los que incluye «los que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley».

La legislación adolece de una gran imprecisión terminológica y existen contradicciones. Las disposiciones muchas veces se limitan a establecer límites, por lo que más que un «derecho de acceso», se ha dicho que estamos ante un «derecho de restricción». Hay aspectos muy importantes que están sin regular, como, por ejemplo, los plazos para consultar los documentos; cómo ejercer ese derecho; cuándo una documentación deja de ser administrativa y pasa a ser histórica, etc. Por otro lado, no existen sanciones contra el personal de la Administración pública que impida o dificulte el acceso del usuario¹³.

La Constitución española (CE) consagra un derecho de configuración legal en su art. 105. b)¹⁴. Según esta disposición, los ciudadanos tienen el derecho de acceder a archivos y registros administrativos, según lo que disponga la Ley, «salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas». A su vez, el art. 120.1 CE establece que las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que marquen las normas de procedimiento.

Tratándose de documentos históricos, el principal conflicto que se puede anticipar y del que luego habrá que ocuparse enfrenta al derecho a las libertades de información, expresión y creación y producción científicas (art. 20 CE) con los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE).

No se va a estudiar aquí el problema de la seguridad del Estado, que no se ve comprometida por el caso que aquí se estudia, ni, por tanto, va a ser analizada la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales¹⁵, donde se establece el régimen jurídico de materias clasificadas: «asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en peligro la seguridad y defensa del Estado» (art. 2 según la redacción dada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre que modifica la Ley de Secretos Oficiales).

13 Llega a estas conclusiones M. S. GARCÍA PÉREZ, «La legislación española y el derecho de acceso a la documentación de los archivos públicos», *Anales de Documentación*, 8 (2005), pp. 71-90, en especial, 85-86. Contribuyen negativamente al derecho de acceso, además, otras circunstancias como el gran desconocimiento de la legislación existente, la perpetuación de cierta tradición secretista de la administración preconstitucional y la desorganización de los archivos (idem).

14 Un análisis de este artículo puede verse en J. F. MAESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (análisis del artículo 105. b de la Constitución)*, Madrid, Civitas, 1998.

15 Desarrollada por Decreto 242/69, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Secretos Oficiales.

Tampoco interfiere en este caso la protección que frente a un acceso indebido garantiza, cuando así se acuerda, el «secreto del sumario», regulado en los arts. 301 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) en relación con el art. 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), ya que este secreto se extiende únicamente *hasta la apertura del juicio oral*¹⁶. En cualquier caso, todos los procesos presuntamente represivos terminaron definitivamente en 1977, con la Ley de Amnistía.

En general, la LOPJ establece el derecho de todo «interesado» al acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado (art. 235). Según el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales¹⁷, corresponde al Secretario de la Oficina judicial del órgano en que se encuentre la documentación valorar el interés aducido y los derechos fundamentales en juego. En concreto se especifica que, si no hay un interés «personal y directo» podrá dicho Secretario decidir el tratamiento de los documentos a exhibir o la omisión de datos en los testimonios a expedir con el fin de evitar la conculcación de los derechos a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen (arts. 3.2 y 4).

Esto es así en parte también para la jurisdicción militar¹⁸. Según el art. 383 de la Ley 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LPM), la custodia de las actuaciones corresponde al Secretario del Tribunal o Juzgado Togado correspondiente, pero «bajo la inspección y control del Auditor Presidente del Tribunal o del Juez Togado». Para tener acceso a las actuaciones judiciales hay que acreditar, además, «interés legítimo», así como para obtener testimonio de algún aspecto de ellas, certificaciones o documentos. Este interés ha de «justificarse» y consignarse asimismo la circunstancia y finalidad que lo motiva. Por último, el Secretario debe contar con el visto bueno del Auditor Presidente del Tribunal o el Juez (arts. 73 y 74 LPM).

Esta circunstancia ha hecho muy dispar el efectivo acceso a los sumarios de los consejos de guerra durante la Guerra civil y el franquismo, en particular por lo que se refiere a los investigadores e historiadores. El

16 Su sentido es el de «impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público» (Exp. de motivos).

17 Aprobado por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, el 15 de septiembre de 2005.

18 En general puede verse J. M. PEÑARRUBIA IZA, *El derecho de acceso a los archivos y a los documentos de la Administración militar*, Madrid, Civitas, 1999.

Reglamento de Archivos Militares (RAM), aprobado por Real Decreto 2598/1998, de 4 de diciembre, intenta armonizar los archivos militares con el derecho de acceso establecido en los arts. 105 b) CE y 35 y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), poniéndolos al servicio del mundo de la investigación y la sociedad en general (Preámbulo). Sin embargo, no resulta aplicable a los archivos de los Juzgados Militares (Disposición Adicional 3.^a). Tampoco el Real Decreto 937/2003, de 18 de julio, de Modernización de los Archivos Judiciales, en virtud de su Disposición Adicional 6.^a

Un caso famoso ha sido el relativo a la documentación sobre el consejo de guerra que se siguió contra Lluís Companys, Presidente de la Generalidad de Cataluña durante la República y ejecutado en virtud de aquel proceso en 1940. Pues bien, según se denunció por el Grupo Parlamentario Mixto del Congreso de los Diputados, todavía en 1996 muy pocas personas habían tenido acceso al sumario de aquel consejo de guerra. Ello, a pesar de no poder ser considerado «secreto» a tenor de las reglas procesales a que nos hemos referido antes. El RAM, en la mencionada Disposición Adicional 3.^a, establecía la necesidad de adaptar sus principios a los archivos judiciales militares. Pero, lamentablemente, esto no se ha llevado a cabo. En 1996, el mencionado Grupo Parlamentario Mixto presentó una Proposición no de Ley relativa a la «solicitud de consulta pública del sumario del consejo de guerra contra Lluís Companys», que fue aprobada con modificaciones por el Pleno del Congreso en sesión celebrada el 9 de marzo de 1999.

El 10 de noviembre de 2004 también fue aprobada una Proposición no de Ley sobre medidas encaminadas a la conservación y catalogación en los archivos civiles y militares de los expedientes sumarios instruidos contra los represaliados de la Guerra civil española. Y en 2005 fueron informatizadas 80.000 fichas de represaliados en consejos de guerra franquistas, depositadas en el Tribunal Territorial 3.º de Barcelona, entre ellas la de Companys, siendo su acceso de carácter público¹⁹.

El problema principal radica en el conflicto que inevitablemente se plantea entre el principio de publicidad y los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen de las personas. Por ello, la normativa vigente

19 En 2008 fueron, asimismo, catalogados y digitalizados los consejos de guerra contra más de 5.000 personas, de los fondos del Archivo del Tribunal Militar Territorial II en Sevilla. El acceso también es público.

habla, como hemos visto, de personas «interesadas». El art. 66 RAM, *de modo expreso*, establece la restricción en el acceso a los archivos militares por razón de la protección a los mencionados derechos²⁰. Y, como se ha visto, el Reglamento de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales de 2005 también prevé la salvaguarda de tales derechos. Esta regulación está en línea con los artículos 37 LRJ-PAC y 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español (LPHE), a que se remite el art. 64 del RAM. Interesa ver cuáles son los criterios establecidos en ellos.

Según el art. 37.2 LRJ-PAC, el derecho de acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, «salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno». Asimismo, el art. 37.4 dispone la posibilidad de que se restrinja el acceso a los archivos y registros administrativos por razones de interés público o intereses de terceros más dignos de protección.

La otra disposición fundamental en la materia es el art. 57.c), que establece el siguiente régimen para la consulta pública de todos aquellos «documentos 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 y familiar y a su propia imagen»: se requiere consentimiento expreso de los afectados; no obstante, se puede prescindir de él si han transcurrido más de 25 años desde su muerte, si era conocida, o 50 desde la fecha de los documentos.

Por último, no puede dejarse de hacer mención a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos al honor, intimidad personal y propia imagen, que define como intromisión ilegítima la «imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su estimación» (art. 7.7)²¹. Ahora bien, el art. siguiente señala que no se reputarán ilegítimas las intromisiones «cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante».

20 Según el art. 11 del Reglamento, la calificación corresponde a la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa.

21 En los casos más graves podíamos estar hablando de los delitos de injurias (art. 208 CP) o calumnias (art. 205 CP).

3 El acceso en la práctica. Jurisprudencia

3.1 El acceso

En el ámbito de la jurisdicción militar, como se ha dicho, la custodia de las actuaciones judiciales corresponde al Secretario del Tribunal o Juzgado Togado correspondiente bajo la inspección y control del Auditor Presidente del Tribunal o del Juez Togado (art. 383 LPM).

Examinemos el siguiente caso. El 24 de marzo de 1993, por Acuerdo del Presidente del Tribunal Militar Territorial 1.º se deniega el acceso a las actuaciones sumariales instruidas en la causa penal que finalizó con Sentencia dictada el 4 de diciembre de 1943 por el Consejo de Guerra Permanente Núm. 2 que condenó al abuelo del solicitante a la pena de muerte por delito de adhesión a la rebelión militar, pena ejecutada el 5 de agosto de 1944. La denegación se fundamenta en no haberse verificado lo establecido en el art. 74 de la LPM, que, como vimos, establece la necesidad de justificar un interés legítimo, con indicación de la circunstancia y finalidad que lo motiva. También se alega la tutela del derecho de otros afectados por dicha sentencia. En vista de ello, ordena que se expida testimonio de la sentencia recaída en el proceso en cuestión, pero sin acceso a la totalidad del proceso. Esta restricción es recurrida en alzada ante el Consejo General del Poder Judicial, que se inadmitió por considerarse incompetente.

Al margen de la cuestión competencial, en la que no se va a entrar, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 2 de mayo de 1996, Sala de lo Contencioso-Administrativo²², considera que no son aplicables los arts. 70 y 74 LPM porque éstos vienen referidos esencialmente a actuaciones judiciales *en curso*, como correlato de los arts. 232 y 234 LOPJ, arriba citados. Ante la falta de una regulación específica y, revistiendo la LOPJ carácter supletorio, el alto Tribunal considera aplicable el art. 235 de esta última (Fto. Jco. 5). Este precepto, como vimos, autoriza a los interesados a acceder a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado.

En suma, el acceso está supeditado a dos condiciones básicas: que el solicitante revista la calidad de *interesado* y que no se vean afectados los derechos fundamentales de *otros afectados* (como el derecho al honor y a la privacidad e intimidad).

22 RJA 1996\5422.

Por lo que se refiere a la calidad de «interesado», según la Sentencia del Tribunal Supremo, de la misma Sala, de 3 de marzo de 1995²³ ésta se da «en quien, persona física o jurídica, manifiesta y acredita, al menos *prima facie*, ante el Órgano judicial, una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso —y, por ende, de la sentencia que lo finalizó en la instancia— bien con alguno de los actos procesales a través de los que aquél se ha desarrollado y que están documentados en autos». Pues bien, esta conexión *concreta y singular* se reúne en este caso en el solicitante, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1996, «al ser causahabiente del condenado en el Consejo de Guerra señor J. L. y pretender indagar las circunstancias de la causa penal para fines lícitos de eventual ejercicio de acciones y de solicitud de indemnización a la Administración del Estado».

Sin embargo, en la causa penal estaban implicadas tres personas más, que sufrieron idéntica condena, por lo que se plantea la posible afectación de sus derechos al honor e intimidad. Como no consta que se hubiera obtenido su consentimiento, el Tribunal Supremo acude a la LPHE. Como sabemos, ésta permite la consulta pública del patrimonio documental que contenga datos personales de carácter policial o procesal, transcurridos 25 años desde su muerte, que no consta, o 50 desde la fecha de los documentos, que sí se verifica.

Dando una nueva vuelta de tuerca, cabe plantearse qué sucede si el interés es de tipo histórico-científico, sin conexión concreta y singular con el proceso. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de octubre de 1999 trata de este problema en el caso de la mencionada causa contra Companys²⁴.

El 5 de mayo de 1995, el Tribunal Militar Central desestimó un recurso contra el Acuerdo del Auditor Presidente del Tribunal Militar Territorial Tercero, con sede en Barcelona, de 23 de marzo de 1995, que había denegado la petición de acceso al texto íntegro de la causa 23.468/1940, archivada en dicho órgano. La resolución impugnada vedaba el acceso por tres razones: *a*) la salvaguarda de los derechos a la intimidad y propia imagen de las personas afectadas que habían intervenido en el proceso; *b*) carecer el promovente de la condición de interesado legítimo,

23 RJA 1995\2292.

24 Sobre esto puede verse J. M. MOLTÓ I DARNER, «L'access al sumari contra Companys», *Revista Jurídica de Catalunya*, 98 (1999), pp. 213-215.

y c) no guardar su petición relación con la finalidad del derecho a la publicidad procesal.

Recurrida la Resolución del Tribunal Central ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se estima el recurso considerando que el promovente podía considerarse interesado en virtud los arts. 20 CE y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ambos referidos al derecho fundamental a las libertades de expresión y de información. Y se remite a las Sentencias del Tribunal Supremo arriba citadas sobre la condición de interesado. Asimismo considera que se verifica el plazo de 50 años del art. 57. c) LPHE, pues la última actuación judicial data del 15 de octubre de 1940. Por último, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se sitúa expresamente en la línea aperturista iniciada por el propio Tribunal Militar Territorial de Barcelona, propiciada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1996.

En el orden administrativo también se han aplicado los plazos de la Ley de Patrimonio Histórico. Así, en la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 4.^a, de 10 de febrero de 1999²⁵, que conoció del recurso contra la Resolución del Secretario General Técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, de 21 de julio de 1997, sobre la denegación de acceso a los fondos documentales custodiados en el archivo general del Departamento relativos a la repatriación durante la postguerra, tanto de españoles a Alemania, como de alemanes a España, período 1943-1953. La Administración consideraba que los documentos contenían datos que podían afectar a la seguridad personal, al honor, intimidad y propia imagen. El recurrente estimaba que tenía derecho de acceso en virtud de los arts. 105 CE y 57. 1 LPHE (además de la Orden de 2 de abril de 1991, que reproduce sus disposiciones). La Audiencia Nacional confirma que el art. 105 CE es de configuración en parte legal, por lo que, en efecto, es de aplicación la mencionada Ley (junto con la Orden). En concreto establece el deber de permitir el acceso a la documentación obrante en dicho archivo hasta la fecha 6 de junio de 1947 en virtud de la ya analizada exigencia de los 50 años, estimando en parte el recurso.

3.2 La divulgación

Podemos dar un paso más analizando qué sucede si, además de accederse a una información documental (o de otra índole), ésta se

25 RJA 1999\3433.

divulga. Es el caso del reportaje del Canal autonómico de Cataluña TV3 «Sumarissim 477», donde se afirma que el Sr. Trías Bertrán testificó voluntariamente en el Consejo de Guerra contra el político catalán Carrasco i Formiguera, añadiendo que éste fue condenado exclusivamente por el testimonio de ocho personas, las cuales ocuparon luego altos cargos en la Administración y prensa franquistas. Tras su emisión, los hijos del Sr. Trías plantean una demanda por violación del derecho al honor de su padre, que es estimada en primera instancia y confirmada por la Audiencia Provincial. Sin embargo, el Tribunal Supremo (Sentencia de 8 de marzo de 1999, Sala de lo Civil²⁶) casa la sentencia de la Audiencia Provincial, entendiendo que no hay tal violación. En lo que se refiere a la libertad de información, porque hay *veracidad* y existe *relevancia pública*. Y, en cuanto a los juicios de valor, porque los considera amparados por la *libertad de expresión*.

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo había decidido en un sentido distinto en la Sentencia, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 1993²⁷. Se trataba aquí de la divulgación de ciertos hechos recogidos en un libro titulado *Morir en Sevilla*, donde a un militar que había participado en un pelotón de fusilamiento se le atribuía un claro ánimo vindicadorio, al vincular su participación con la reciente pérdida de todos sus familiares: «El Alférez D. B. acababa de llegar de Barcelona, donde las milicias frente-populistas habían asesinado a casi todos sus familiares.» La demanda es desestimada en el juzgado de primera instancia, cuya sentencia confirma la Audiencia Provincial de Sevilla.

Pero el Tribunal Supremo establece una distinción entre la afirmación de que el Sr. D. B., cumpliendo una orden, mandó un pelotón de fusilamiento, noticia redactada de manera concisa, sobria y desprovista de significación valorativa, y la afirmación de que había llegado de Barcelona, donde las milicias habían asesinado a casi todos sus familiares. En esta segunda aprecia «una velada pero implícita imputación de que el señor D. actuó por revanchismo y ánimo vindicativo», lo que, estima, se trata de una imputación que atenta a su honor. Añade que la mencionada conclusión no queda desvirtuada por predominar en la obra un interés histórico y científico o cultural (art. 8.1 de la L. O. 1/1982), «toda vez que la segunda parte de la narración se encuentra huérfana de cualquier interés de la

26 RJA 1407.

27 RJA 1993\834.

índole expresada». Tampoco se desvirtúa porque el informador careciese de propósito difamatorio, al no ser precisa la existencia de una específica intención de dañar o menospreciar.

Esta última doctrina se puede encontrar en otras sentencias, como la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 1988²⁸. En este caso, un Director General de Tráfico había difundido por todas las jefaturas de tráfico una «nota informativa» sobre unas sanciones impuestas a determinado funcionario. Según el Tribunal, no es necesaria la intención de difamar si las manifestaciones son objetivamente difamatorias. Y añade que aunque la situación de este funcionario fuera conocida, ello no justifica el ataque a su consideración social e individual en la forma en que se produjo.

Sin embargo, con el tiempo parece haber ido preponderando una interpretación favorable a las libertades de información y de opinión. En 1995 se había publicado el libro *Sant Joan Despí. Història d'un poble Bi-Mil·lenari [sic]*, en el cual se involucraba a un fallecido, padre de la actora, en el asesinato del Rector de la Parroquia de Sant Joan Despí. El Juzgado de primera instancia desestimó el recurso, al considerarlo una información veraz, lo que confirmó la Audiencia Provincial de Barcelona. Sin embargo, la actora interpuso recurso de casación, al considerar que la información no era veraz y que no se tuvieron en cuenta algunas pruebas. El Tribunal Supremo²⁹ no entra en esta cuestión, ya que no es una tercera instancia en sus funciones de casación. Pero cita el art. 8.1 L. O. 1/1981, que, como sabemos, señala que no se reputan intromisiones ilegítimas las actuaciones en que predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. La Sala estima que no puede entrar a declarar la verdad histórica ni a valorar las fuentes. Es tarea de otros investigadores rectificar, si procede, la información. No ve razón de por qué no se pueda acudir a la tradición oral familiar como fuente de conocimiento histórico. Y, por último, pondera que el libro versa sobre 2.000 años de historia del pueblo, lo que minimiza el alcance de las afirmaciones. Por lo que concluye, el libro tiene interés histórico de divulgación y no una intención ofensiva. Por ello declara no haber lugar a la casación.

El caso Trías llega al Tribunal Constitucional en 2004. Los hijos insisten en la violación del derecho al honor de su padre. Y alegan varios

28 RJA 1988\2573.

29 STS, Sala de lo Civil, de 28 de enero de 2004 (RJA 2004\568).

hechos que desmienten la versión ofrecida por TV3. Según un documental producido por este Canal, recordemos, el Consejo de Guerra, en el que resultó condenado el político Carrasco i Formiguera se basó en los testimonios de diversos testigos entre los que se encontraba el padre de los demandantes, los cuales, se afirmaba en el documental, luego «van a ocupar altos cargos en la administración y la prensa franquista desde 1940». Para los hijos del Sr. Trías «el programa en cuestión se emitió en horario de máxima audiencia, pretendiendo presentar como información verdadera lo que no eran sino burdas falsedades y opiniones gratuitas que no se pronunciaron improvisadamente y que se vertieron pese a conocer el contenido del sumario de la causa núm. 477/37, con la intención de difamar al Sr. Trías Bertrán». TV3 insiste en la veracidad de la información, así como en la relevancia pública y el interés general del contenido del reportaje. A su vez, el Ministerio Fiscal deslinda lo relativo a las «razones» de la condena, cuya averiguación entraña una labor de interpretación. Como ésta va más allá de la mera información sobre los hechos, cae en el ámbito de la libertad de opinión.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 43/2004, de 23 de marzo, circunscribe el presente caso en el ámbito de la libertad de producción y creación científicas y se subraya que el programa es dirigido por una historiadora y que se basa en una amplia investigación historiográfica que sufraga el Canal de televisión.

Esta distinción es muy importante, pues según el Tribunal Constitucional, la libertad científica disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información (Fundamento Jurídico 5). Esto tiene varias consecuencias importantes. 1.º) Que al referirse a hechos del pasado, afecta a individuos cuya personalidad en el sentido constitucional *se ha ido diluyendo* con el paso del tiempo, por lo que su dignidad no puede oponerse a la libertad científica con la misma fuerza que la dignidad de los vivos. 2.º) Que, al ser la investigación histórica por definición polémica y discutible, no cabe esperar una plena certidumbre ni exigir la verdad absoluta en la narración de los hechos, pero sí una especial diligencia que se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica³⁰. Esto es, la exigencia de veracidad es mayor. 3.º) También la libertad científica es compatible con la participación subjetiva del autor, tanto en la manera

30 Cfr. STC 176/1995, de 11 de diciembre.

de interpretar las fuentes, como en el modo de narrar los hechos³¹. Es decir, la exigencia de veracidad no excluye la concurrencia de la libertad de expresión.

Por lo que se refiere al documental «Sumaríssim 477», el Tribunal Constitucional considera lo siguiente: *a)* que es «producto de una larga investigación histórica en la que se ha contado con las actas del proceso en el que se condenó al Sr. Carrasco i Formiguera, así como diversos testimonios»; *b)* que el tiempo transcurrido desde 1936 es parte a despersonalizar el protagonismo de quienes participaron en los hechos; *c)* que el objetivo del programa no es mancillar el honor de nadie y que, en concreto, la implicación del Sr. Trías no es el objeto central del documental; *d)* que hay evidente constancia de que «los hechos sucedieron como fueron narrados en el reportaje y que las palabras leídas, atribuidas al padre de los demandantes de amparo³², coinciden literalmente con parte de su declaración efectuada ante el Instructor de la causa incoada [...] o sobre lo que el futuro deparó a los declarantes (lo discutible es si la intervención de los testigos fue o no lo decisivo a la hora de la condena)»; *e)* que las afirmaciones vertidas en el documental no revelan en modo alguno ánimo de vengar al Sr. Trías, y *f)* si los hijos discrepan de algunas aseveraciones pueden contribuir al debate histórico explicando los motivos que, a su juicio, llevaron a su padre a implicarse en el mismo. En definitiva, se desestima el recurso de amparo.

De la sentencia discrepa el presidente del tribunal, que formula voto particular, al que se adhiere otro magistrado. Según este voto particular, la doctrina de la preferencia de la libertad científica en el terreno histórico no encuentra un antecedente en la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, citada por la sentencia, sino que es una construcción de ésta misma. La Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, continúa el voto, excluye el requisito de la veracidad de los juicios o evaluaciones personales, pero no de los hechos históricos. En el reportaje, dice el voto particular, hay dos errores: que Formiguera fuera condenado exclusivamente por los testimonios de determinados catalanes y que éstos comparecieran voluntariamente. Al tratarse de hechos, y no

31 Cfr. SSTC 171/1990, de 12 de noviembre; 173/1995, de 21 de noviembre; 192/1999, de 25 de octubre; 297/2000, de 11 de noviembre.

32 «Yo, Carlos Trías Bertrán, de Barcelona, declaro que conozco a Manuel Carrasco i Formiguera y que junto con Estat Català ha intentado la fundación de una República Independiente, bajo la protección de una potencia extranjera.»

de opiniones, ha de serles aplicado el requisito de la veracidad. Y cita al historiador Josep Benet, quien afirmó en la revista de comunicación de La Vanguardia que es falso que los ocho testigos de la causa se presentaran voluntariamente, sino que lo hicieron por haber sido citados por el Juzgado. Por esto entienden que debió haberse estimado el amparo.

La estela de la sentencia analizada ha sido continuada en instancias inferiores. Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sec. 5.ª) 53/2006, de 30 de enero³³ y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sec. 3.ª), de 26 de marzo de 2009. En la primera se conocía el caso de la publicación en 1990 del libro *Memoria de Mallorca, 1936*, donde el autor narra sus vivencias durante la Guerra civil. En un momento dado relata cómo un antiguo compañero de la Logia masónica Pitágoras 20 entrega los papeles de la Logia a cambio de un permiso de salida. En el año 2000 publica otro libro, *Cómo viví la represión franquista en Mallorca*, en el que relata con mayor detalle los mencionados hechos, añadiendo: «Siempre hay un Judas...». Considera también que muchas personas no habrían sido víctimas de las mencionadas sacas si se hubieran destruido (en lugar de entregado) los mencionados documentos. Se señala también que al único masón de categoría al que los franquistas dejaron tranquilo fue al que se le atribuyen los hechos; también al único que se le entregó un pasaporte. Y concluye: «Siempre existen traidores... hasta el hombre de Nazaret tuvo un Judas y lo peor es que lo sabía.»

En vista de lo anterior, uno de los hijos de la persona que supuestamente entregó los papeles interpone demanda por lesión del derecho al honor y dignidad de su padre. Opina que los hechos no son verdaderos, puesto que los papeles fueron obtenidos, según él, en un asalto a los locales de la Logia por individuos de las Juventudes de Acción Popular y Falange. Por la parte demandada se invoca el interés histórico de los hechos y se subraya que el autor del libro fue testigo de los hechos. En cuanto a la jurisprudencia, se cita en especial la analizada Sentencia del Tribunal Constitucional 43/2004.

La Audiencia Provincial, tras el análisis de de la doctrina tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, llega a la conclusión de que el derecho a la libertad de expresión del autor debe prevalecer sobre el derecho al honor del padre del recurrente. En concreto: a) La Sala reconoce que se trata de un libro de memorias, no de historia, pero

33 RJA 2006\252.

entiende que cabe aplicar analógicamente la doctrina sobre la investigación histórica. Se considera que los testigos orales ayudan a enriquecer el debate histórico. *b)* El padre del recurrente no era una persona con relevancia pública, pero puede ser citado con base en un interés histórico. *c)* En cuanto a la veracidad, el hecho no es notorio y no hay un soporte documental indiscutido, pero hay indicios de verosimilitud, que enumera. *d)* La existencia de hipótesis y juicios de valor es legítima para los historiadores y, por analogía, para las memorias; en particular, la hipótesis de que mucha gente se habría librado de las sacas si se hubiera destruido la documentación; *e)* La expresión «Judas» no alcanza a ser difamatoria y debe ser vista como sinónima de traidor en sentido metafórico. Por todo ello se desestima el recurso de apelación.

No tiene que ir tan lejos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 2009. En este caso se trataba de la aparición del artículo «Os mortos olvidados: radiología da represión franquista nun pequeno concello rural. O caso de Cerdedo (Pontevedra)», publicado en las *Actas do Congreso da Memoria. Narón, decembro de 2003*. En dicho artículo figuran, perfectamente identificados, dos parientes de los demandantes como «personas señaladas por su participación en los asesinatos y maltratos o como instigadores de los mismos». El autor demandado alega su derecho a la libertad de expresión, así como a la libertad de producción científica, invocando el art. 8.1 L. O. 1/1982 que, como sabemos, establece que no serán consideradas intromisiones ilegítimas cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

La Sala considera que debe prevalecer la libertad de expresión. *a)* A su juicio, se trata de un estudio histórico apoyado en una amplia recogida de datos de muchas personas, entre las que los parientes de los actores son una mínima parte. *b)* Existen referencias bibliográficas y de las personas que fueron entrevistadas. *c)* No se aprecia ninguna intención ofensiva. Los hechos, por el tiempo transcurrido, tienen un valor histórico y una relevancia pública, por lo que «predomina ese interés histórico que hace aplicable el art. 8.1 L. O. 1/1982, por merecer la protección legal la libertad científica del historiador».

4. Acceso al Registro civil

Los investigadores e historiadores también se han encontrado con resistencias a la hora de acceder a los archivos del Registro civil. Según

el art. 37.6.e) de la LRJ-PAC, el acceso al Registro civil se regulará por sus disposiciones específicas. Conforme al art. 6 de la Ley del Registro Civil, éste es público para quienes tengan interés en conocer los asientos, con las excepciones que dispongan las leyes. Dicha publicidad debe ser autorizada, tratándose de los registros municipales, por el Juez de Primera Instancia. De acuerdo con el art. 17 del Reglamento del Registro Civil, el «interés» se presume en quien solicita la información.

En 2007, la Asociación de Estudios sobre la Represión en León estaba interesada en elaborar un «censo de represaliados» en dicha provincia, por lo que solicitó consultar los libros de defunciones correspondientes al período 1936-1950³⁴. El Juez Encargado del Registro Civil de la localidad correspondiente dictó Acuerdo con fecha 14 de febrero de 2007 denegando la autorización, al entender que los asientos que pretendían consultarse obligaban a conocer extremos que podían afectar a la intimidad personal y familiar de las personas, no estando el interés que se perseguía amparado legalmente. Por otra parte, no constaba autorización de los posibles afectados y la solicitante no era un organismo o entidad de carácter público.

Notificada la resolución, la mencionada Asociación recurrió a la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN), alegando que su trabajo se enmarcaba en la Recuperación de la memoria histórica. Trasladado el recurso al Ministerio Fiscal, éste consideraba que procedía confirmar la resolución recurrida, toda vez que «el derecho de investigación no alcanzaba a permitir que personas ajenas al Registro Civil llegasen a conocer datos íntimos sobre otras personas, por más que estos datos íntimos no fuesen a ser divulgados.

La Dirección General, en su Resolución de 29 de junio de 2007 reconoce que hay casos de publicidad restringida «por afectar a cuestiones relacionadas con la intimidad personal y familiar que no deben ser objeto de divulgación indiscriminada». Asimismo, considera que la presunción del interés del solicitante no rige cuando lo que se pretende es conocer un número indeterminado de asientos. En este caso, será el Juez Encargado el que tenga que valorar la concurrencia o no de un interés que pueda estar amparado por el derecho fundamental a recibir y difundir información veraz. Sin embargo, también es cierto que en los libros de defunciones

34 El interés de esta consulta radicaba en que anteriormente a la regulación establecida en el art. 280 del Reglamento del Registro Civil de 1958, la inscripción de defunción hacía constar el motivo de la defunción.

no hay datos de publicidad limitada, con excepción de la causa de muerte cuando ésta sea deshonrosa y no hayan transcurrido 25 años desde la defunción³⁵. En el presente caso han transcurrido más de 50 años desde la defunción y hoy en día no se considera deshonroso que ésta se haya producido por motivos políticos, como consecuencia de la represión de la Guerra civil. Por último, el interés se justifica por la investigación y estudio de ciertos hechos acaecidos durante la Guerra civil y la postguerra, lo que «es congruente con los fines de la institución registral». Por ello estima el recurso y revoca el auto apelado.

Este caso no es el único que había generado dudas. Otro similar motivó la Resolución de la Dirección General de 26 de marzo de 2007. Por ello, esta Dirección dicta una Instrucción de 4 de noviembre de 2008, en la que razona del siguiente modo.

Por un lado, ratifica la doctrina según la cual se ha de facilitar el acceso al Registro civil para realizar estudios históricos cuando el período de tiempo a que se refiera la petición sea anterior a los últimos veinticinco años y cuando no existan elementos que permitan considerar deshonrosa la causa de la muerte (y no lo es morir por motivos políticos relacionados con la Guerra civil).

Ahora bien, la DGRN es consciente de que, debido al carácter general de la consulta, puede suceder que alguna de las inscripciones de defunción a las que se accede, no tenga que ver con los mencionados motivos y resulte deshonrosa. Por ello es preceptivo someter la petición de consulta a la autorización previa del Encargado.

Sin embargo, la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, popularmente conocida como «Ley de Memoria Histórica» (LMH) establece en su Disposición Adicional octava que el Gobierno dictará las disposiciones necesarias para «facilitar el acceso a la consulta de los libros de las actas de defunciones de los Registros Civiles dependientes de la Dirección General de los Registros y el Notariado».

Por todo lo cual, la mencionada instrucción dispone que se entenderá que existe interés legítimo para obtener certificaciones registrales relativas a las inscripciones de los libros de defunción «cuando la petición se enmarque en investigaciones académicas o científicas sobre la Guerra civil, el franquismo, el exilio y la transición» o dicha investigación «se

35 Aquí se cita la Resolución de la DGRN de 5 de marzo de 1994 y la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1994.

enmarca en investigaciones que hayan obtenido cualquier tipo de apoyo institucional».

5. La Ley de Memoria Histórica

Se acaba de mencionar la Disposición Adicional 8.^a de la LMH, que insta a la DGRN a facilitar el acceso a los registros de ella dependientes.

Esta Ley, además, crea el Centro Documental de la Memoria Histórica³⁶. Sus funciones son, entre otras (art. 20 LMH; art. 2 RD 697/2007): *a)* Mantener y desarrollar el Archivo General de la Guerra Civil Española. La idea es integrar en este archivo todos los documentos y testimonios orales relevantes referidos a la Guerra civil y la posterior represión. *b)* Poner a disposición de los «interesados» los fondos documentales y las fuentes secundarias que puedan resultar de interés para el estudio de la Guerra civil, la Dictadura, el exilio y la transición. *c)* Fomentar la investigación histórica sobre estos temas, conceder becas, etc.

Asimismo, se contempla la obligación para la Administración General del Estado de aprobar una dotación presupuestaria anual para adquirir y proteger documentos sobre la Guerra civil y la Dictadura (art. 21.1) y se declaran «Patrimonio Documental y Bibliográfico» los documentos relativos a la Guerra civil y la Dictadura obrantes en archivos públicos y privados.

Por último, respecto al acceso a éstos, la Ley garantiza el acceso a los fondos documentales depositados en los archivos públicos y a los archivos privados sostenidos total o parcialmente con fondos públicos.

En suma, la LMH viene a ser el colofón de un proceso que ya se había iniciado en sede judicial hacia una mayor apertura en el acceso a fondos documentales relacionados con la Guerra civil y la Dictadura.

6. Balance. Apunte crítico

Una de las más importantes cuestiones que se plantea en todo proceso transicional consiste en conservar o no los documentos de la represión. En general hay que decantarse por lo primero: favorece el ejercicio de ciertos derechos (indemnizaciones, pensiones, etc.), facilita la investigación histórica y coadyuva a la legitimidad del nuevo orden. El caso más emblemático es el de Alemania y su ley de acceso a los archivos

36 En realidad ya había sido creado por Real Decreto 697/2007, de 1 de junio.

de la *Stasi*. España, con alguna vacilación, ha optado por la conservación, si bien el acceso a ellos ha venido siendo bastante complicado.

El derecho constitucional al acceso a archivos y registros es un derecho de configuración legal. Pero el régimen legal de acceso a los archivos en que se contienen los documentos de la represión adolece de gran dispersión y falta de claridad. Esto ha dificultado bastante el acceso efectivo a ellos, particularmente cuando el invocado no es un interés personal, sino historiográfico.

En el ámbito de los archivos judiciales militares, donde se contiene gran parte de la documentación relativa a consejos de guerra durante la Guerra civil y la postguerra, la decisión depende del Presidente Auditor del Tribunal en que se encuentren depositados. Esto ha dado lugar a que el acceso efectivo a los archivos haya sido muy dispar, y muchas veces lento y difícil. Nos encontramos ante una laguna legal, ya que el RAM no regula el acceso a los archivos judiciales. El Tribunal Supremo ha considerado aplicable supletoriamente la LOPJ, que autoriza el acceso a quienes tengan la calidad de «interesados».

El principal problema se plantea a raíz del conflicto entre el principio de publicidad y los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen. Para dirimir este problema, la jurisprudencia ha adoptado el sistema de plazos establecido, a falta de consentimiento del afectado, en la LPHE: 25 años desde el fallecimiento o, si no se conoce, 50 desde la fecha del documento.

En la jurisprudencia se observa una tendencia favorable a ampliar el ámbito de las personas eventualmente interesadas en el acceso a los archivos³⁷. Así no sólo podrá acceder quien tenga una conexión concreta y singular con determinado procedimiento (v. gr., porque necesite acceder al procedimiento seguido contra un causahabiente suyo con el propósito de solicitar una pensión), sino también el investigador o historiador que no tenga más que un interés general y puramente científico.

Pero este interés científico o histórico desemboca en la publicación de aquello que se ha conocido a través de las fuentes documentales cuyo acceso se autoriza. Coherentemente, la jurisprudencia ha admitido, con algunas prevenciones, la divulgación de dichos contenidos y se ha

37 Similar tendencia aperturista se observa, como se ha visto, en el régimen de acceso a los libros de defunciones del Registro civil. La LMH ha servido de colofón a este proceso. Esta Ley también ha tenido idéntica función en relación a otras disposiciones archivísticas y documentales, como las referidas al Centro Documental de la Memoria Histórica y al Archivo de la Guerra Civil, que ya existían.

mostrado cada vez menos restrictiva en este punto. Se basa para ello en las libertades de información, expresión y de producción y creación científicas. En consecuencia, les son de aplicación sus cánones específicos: veracidad, relevancia pública y ausencia de intención difamatoria (salvo que las manifestaciones sean objetivamente difamatorias).

En concreto, por lo que se refiere a la última libertad, la STC 43/2004 la perfila del siguiente modo. Estima que el paso del tiempo despersonaliza a los individuos cuyos hechos se relatan, por lo que no cabe limitar su difusión sobre la base de su dignidad con la misma fuerza que si se tratara de personas vivas. Asimismo, esta libertad es compatible con la libertad de expresión en lo que se refiere a la formulación de hipótesis y juicios de valor. Sin embargo, la exigencia de veracidad es mayor y se debe ajustar a las exigencias de la ciencia historiográfica.

Esta doctrina ha sido asumida en instancias inferiores, pero ha llevado quizás a excesos, como el de la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, donde se afirma que la expresión «Judás» que emplea el autor de un libro de memorias para referirse a un antiguo compañero suyo de logia masónica no es ofensiva, pues debe entenderse en sentido metafórico como sinónima «traidor», como si lo ofensivo fuera la palabra y no el concepto.

Se ha dicho que el haber pertenecido a un consejo de guerra o el haber ordenado el asesinato de ciudadanos no puede considerarse en ningún caso como un dato íntimo. Se considera que esto consolidaría el modelo amnésico de impunidad y debilitaría la autoridad moral de los jueces españoles, embarcados en procesos contra dictadores de otros países³⁸.

Esto es así en efecto. Tales datos no pueden considerarse de carácter íntimo, pues tienen una indudable dimensión pública, y no cabe invocar el derecho a la intimidad *personal*. Sin embargo se trata de datos que sí pueden afectar a la esfera protegida por el *derecho al honor*, pues, indudablemente también, afectan a la reputación y al buen nombre de las personas³⁹, en este caso de los *presuntos* represores, que no pierden

38 A. GONZÁLEZ QUINTANA, «La política archivística del Gobierno español y la ausencia de gestión del pasado desde el comienzo de la Transición», *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, 7 (2007), p. 739. [Http://hispanianova.rediris.es](http://hispanianova.rediris.es)

39 El Tribunal Constitucional considera que el derecho al honor «ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que puedan hacerla desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o al ser tenidas en el concepto público por afrentosas». Cfr. Sentencia del

este derecho por haber fallecido⁴⁰, a diferencia del derecho a la intimidad personal⁴¹.

¿Significa esto que no hayan de ser divulgados? Vayamos por partes. Por lo que se refiere a la información estrictamente hablando, es doctrina del Tribunal Constitucional que ésta prevalece sobre el derecho al honor cuando lo divulgado es una información *veraz*; esto es, contrastada. Puede, pues, suceder que la tal información resulte falsa sin que esto entrañe de suyo una extralimitación de la libertad de información si es que ha habido un serio contraste de las fuentes⁴². Los tales datos pueden, pues, ser *a priori* divulgados. Pero hay que seguir matizando.

El afán de justicia, virtud valiosísima no debe hacernos perder los estribos de la virtud de la prudencia, que no es virtud menos valiosa. En efecto, no conviene soslayar un hecho básico, como es que por regla general, a no ser que se trate de hechos notorios, estamos hablando, no de represores, sino de *presuntos* represores. A esta situación contribuye la Ley de Amnistía de 1977, que impide toda persecución pública de aquellos que hubieran cometido, con anterioridad, delitos o faltas de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado.

No contamos, por lo tanto, con una verdad pública. En España tampoco se ha creado jamás una comisión de la verdad ni nada parecido. Ahora bien, la Ley de Amnistía no es una ley que imponga la amnesia. De hecho, la producción historiográfica sobre la Guerra civil y la Dictadura es inmensa en España. Cabe, pues, cómo no, hacer una historia de la represión. Pero a esta historia habrá que exigirle el rigor metodológico en

Tribunal Constitucional 49/2001, de 26 de noviembre.

40 Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 190/1996, de 25 de noviembre, es claro que a tenor de la L.O. 1/1982, «la memoria de una persona fallecida puede limitar el derecho a la comunicación de información veraz».

41 Éste se halla ligado «a la misma existencia del individuo» (Sent. del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre. Otra cosa es que pueda resultar afectada la intimidad *familiar*, derecho también constitucionalmente protegido. Dejamos este análisis para otra ocasión, pero conviene advertir, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre que «[...] no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad».

42 «Cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio— cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos [...]» (Sent. del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero).

el manejo de las fuentes que sea exigible según los cánones comúnmente aceptados en la Ciencia historiográfica, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la mencionada Sent. 43/2004, pues esto conferirá la preceptiva veracidad a la información divulgada.

La situación que se acaba de esbozar también nos obliga a modular la libertad de expresión. Ésta no se halla al margen de la actividad historiográfica, sino que, antes bien, el historiador está en su derecho a la hora de plantear hipótesis, formular conjeturas o efectuar juicios de valor al hilo de los datos sobre los que construye su relato. Sin embargo hay que tener en cuenta varios factores. En primer lugar, los derivados de la naturaleza del mismo método histórico en su intento de acercarse a la verdad objetiva de los hechos históricos. Así, parece que en este contexto siempre están de más las expresiones insultantes o vejatorias. Conviene también deslindar claramente lo que son hechos de lo que son conjeturas o hipótesis con el fin evitar equívocos, haciendo pasar por datos contrastados lo que no son sino meras suposiciones. En segundo lugar, sobre la base de que se trata de *presuntos* crímenes, conviene tener en cuenta que la esfera protegida por el derecho al honor es mayor en un particular que en una persona pública, ya que, debido a la proyección de sus actos, está más sometida al escrutinio público y puede ser censurado más libremente⁴³.

En suma, las libertades de información y expresión prevalecen sobre el derecho al honor, pero esto no entraña una patente de corso para situarse por encima de las circunstancias y hacer caso omiso de otros factores concurrentes, que habrá que ponderar convenientemente para articular el encaje más justo (no hay justicia sin prudencia) de todos los derechos en juego.

43 «[...] los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a persona que, por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones que si se tratara de particulares sin proyección pública [...]» (Sent. del Tribunal Constitucional 336/1993, de 15 de noviembre).

