

Las relaciones entre transparencia y privacidad en el Derecho comunitario ante la reforma de la normativa sobre acceso a los documentos públicos

Emilio Guichot

Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

RESUMEN:

Las relaciones entre el derecho de acceso a los documentos públicos y la protección de datos no se encuentran claramente definidas en la normativa comunitaria, lo que ha generado una diversidad de enfoques, si bien es posible identificar un destacado porcentaje de aproximaciones jurídicas coincidentes. Las discrepancias de enfoque se deben a la polémica distinción entre intimidad y protección de datos y a la falta de previsión normativa del estatus del tercero afectado en las solicitudes de acceso a la información. A la vista de estos datos, el artículo analiza críticamente las propuestas regulatorias sobre este punto de las distintas Instituciones en el actual proyecto de reforma del Reglamento nº 1049/2001 sobre acceso a los documentos públicos, juzgando que la realizada por el Parlamento (adoptando la formulada por el Supervisor Europeo de Protección de Datos) resulta mucho más acertada que la propuesta inicial de la Comisión. Se añaden propuestas para una mejora de la regulación contenida en la propuesta del Parlamento.

Palabras clave: Transparencia; Acceso a la información; Intimidad; Protección de datos; Reglamento nº 1049/2001; Reglamento nº 45/2001.

Keywords: Openness; Transparency; Access to information; Privacy; Data protection; Regulation 1049/2001; Regulation 45/2001.

ABSTRACT

Relations between the right of access to public documents and data protection are not clearly defined in Community legislation, which has originated a variety of approaches, even if it is possible to identify a certain number of theoretical agreements. The differences in approach are mainly due to the controversial distinction between privacy and data protection and to the lack of a provision in the access procedure to give entry to the person whose personal data are involved. The article critically analyzes the regulatory proposals on this point of the various institutions in the current revision of Regulation 1049/2001 on access to public documents. The Parliament proposal (following the European Data Protection Supervisor) is considered much more accurate than the Commission initial proposal. Some other provisions are suggested by the author in order to improve the Parliament proposal.

Fecha recepción original: 20 de julio de 2010
Fecha aceptación: 22 de octubre de 2010

SUMARIO

- I. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES Y SUS RELACIONES EN LA NORMATIVA COMUNITARIA
 - II. UNA CUESTIÓN IRRESUELTA—1. *Las posiciones previas de las Instituciones*—2. *La aproximación judicial y el diferente enfoque entre el TPI y el TJCE: en especial, el asunto Bavarian Lager*—3. *Elementos comunes y divergentes en las diferentes aproximaciones*—4. *El conflicto entre transparencia y protección de datos en los supuestos de publicidad activa: la Sentencia Volker und Markus Schecke y Hartmut Eifert*
 - III. LAS RELACIONES ENTRE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS EN LA REFORMA DE LA NORMATIVA SOBRE ACCESO EN TRAMITACIÓN
 - IV. DIRECTRICES INSPIRADORAS DE LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE PUBLICIDAD Y PRIVACIDAD EN EL DERECHO COMPARADO: ENSEÑANZAS PARA EL DERECHO COMUNITARIO
 - V. VALORACIÓN DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA NORMATIVA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS EXPUESTOS
-

¿Cómo se compaginan el principio de transparencia y el derecho de acceso a los documentos públicos con el derecho a la intimidad y con el derecho a la protección de datos?

En la práctica institucional resultante de la aplicación de la normativa comunitaria sobre acceso a los documentos, la excepción basada en el derecho a la intimidad tiene una aplicación relativamente modesta¹. A ello contribuye, sin duda, el que en los últimos tiempos, y frente a una práctica más restrictiva en el pasado, buena parte de la información personal más relacionada con el conocimiento y control de la actividad pública, tales como la identidad de personas al servicio de las Instituciones, beneficiarias de sus fondos o adjudicatarias de sus contratos, es objeto de publicación oficial y/o en la *web* de las Instituciones, vía ésta que en la actualidad tiene un peso determinante para conseguir una auténtica accesibilidad inmediata y sin costes a la información, y que debe seguir potenciándose, relegando la información previa solicitud a casos excepcionales.

En todo caso, el tema es de suma relevancia y aún se encuentra en plena construcción en el Derecho comunitario, ya que en buena medida y con las necesarias adaptaciones procedimentales, las soluciones sustantivas que se alcancen respecto a la ponderación entre el principio de transparencia y otros principios o derechos son aplicables a la publicidad «pasiva» y a la «activa». Además, las soluciones que se arbitren tienen un innegable potencial de influencia en los Derechos de los Estados miembros.

En un trabajo anterior publicado en esta misma Revista realizamos una primera aproximación al hilo del primer pronunciamiento del Tribunal General sobre la materia, en el asunto *Bavarian Lager*². En la actualidad, la cuestión que se encuentra, además, de rabiosa actualidad, habida cuenta de que en 2010 se han dictado las que constituyen sin duda las más importantes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión: la primera, en cuando a la publicidad «pasiva» o previa solicitud, al conocer del recurso de casación interpuesto contra aquella sentencia; la segunda, en relación con la publicidad «activa» o general, la Sentencia *Volker und Markus Schecke y Hartmut Eifert*. A ello se le une el dato de que la regulación de las relaciones entre transparencia y privacidad constituye uno de los puntos de

¹ Atendiendo a los Informes anuales publicados por la Comisión relativos a la aplicación del Reglamento nº 1049/2001, el porcentaje fue, en las solicitudes iniciales, del 5,2% en 2002; 4,39% en 2003; 5,79% en 2004; 3,68% en 2005; 4,85% en 2006; 5,04 en 2007; 5,98% en 2008. En las solicitudes confirmatorias, del 0,6% en 2002; 6,85% en 2003; 9,52% en 2004; 10,61% en 2005; 13,59 en 2006; 4,8% en 2007; 5,06% en 2008.

² «Un paso decisivo en la clarificación de las relaciones entre derecho de acceso y derecho a la protección de datos: la Sentencia del TPI de 8 de noviembre de 2007, *Bavarian Lager*/Comisión, T-194/04, Civitas, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 27, 2008, pp. 329.345, núm. 3, 2007.

debate en el actual proceso de reforma del Reglamento regulador del derecho de acceso a los documentos en poder de la Unión Europea³.

I. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES Y SUS RELACIONES EN LA NORMATIVA COMUNITARIA

El día 6 de diciembre de 1993 el Consejo y la Comisión aprobaron el llamado *Código de Conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión*. Carecía de efectos jurídicos, siendo sólo una expresión de coordinación voluntaria interinstitucional⁴, pero constituyó la base para su posterior desarrollo por cada Institución. Con posterioridad, obtuvo reconocimiento en los Tratados en el antiguo artículo 255 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), actual artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁵. Además, se consagró de forma autónoma,

³ Los trabajos monográficos que han abordado dichas relaciones son escasos. Puede citarse KRANENBORG, H., «Access to documents and data protection in the European Union: On the public nature of personal data», *Common Market Law Review*, núm. 4, 2008, pp. 1079-1114. Permítaseme, además, hacer referencia a mis aportaciones en «Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales», *Revista de Administración Pública*, núm. 173, mayo-agosto 2007, pp. 407-445, en el que se aborda un estudio del estado de la cuestión en el Derecho europeo, francés e italiano. En «Publicidad frente a privacidad de la información personal en Derecho canadiense: lecciones para el derecho europeo», *Revista Española de Protección de Datos*, núm. 3, 2007, pp. 65-94 se analizan las relaciones entre derecho de acceso y privacidad en Canadá y se extraen guías para el Derecho europeo; en «Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio», *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 35, 2007, pp. 43-74, se trata el régimen de la comunicación de datos desde una perspectiva exclusivamente de Derecho nacional y en sus aspectos generales). Finalmente, la monografía *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Civitas, 2009 aborda la temática en el Derecho europeo, de los Estados miembros, suizo, estadounidense y canadiense.

⁴ Como se encargó de subrayar el TJCE en la importante sentencia de 30 de abril de 1996, asunto C-58/94, Reino de los Países Bajos contra Consejo, Rec. p. I-2169, apartados 26 y 27.

⁵ Apartado 3: «Todo ciudadano de la unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las Instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado. El Parlamento Europeo y Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, determinarán mediante reglamento los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos. Cada una de las Instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia de sus trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con los reglamentos contemplados en el párrafo segundo. El Tribunal de Justicia de la Unión europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones sólo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas. El Parlamento Europeo y el Consejo garantizarán la publicidad de los documentos relativos a los procedimientos legislativos en las condiciones establecidas por los reglamentos contemplados en el párrafo segundo».

independiente de la libertad de expresión y del derecho general a recibir información, en el artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)⁶, que como es sabido tiene ya reconocido expresamente el mismo valor que los Tratados⁷⁸.

El derecho de acceso se regula hoy en el Reglamento (CE) n° 1049/2001, de 30 de mayo, del Parlamento y del Consejo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión,

⁶ «Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión».

⁷ Artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

⁸ Con anterioridad a la aprobación del Reglamento n° 1049/2001 habían analizado la transparencia y el derecho de acceso en Derecho comunitario, entre otros: BELAICH, F., «Les obligations de la Commission en matière de transparence. A propos de l'arrêt WWF UK (World Wide Fund for Nature) contre Commission des Communautés européennes», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 423, 1998, pp. 710-714; BISCHOFF, P., «L'information du secteur public en Europe – Accès, diffusion et exploitation», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 432, 1999, pp. 620-627; BIONDI, A., «Access to Documents in the EU», *European Business Law Review*, núms. 7-8, 1998, pp. 221-226; BRADLEY, K. St. C., «La transparence de l'Union européenne: une évidence ou un trompe l'oeil?», *Cahier de Droit Européen*, vol. 35, núm. 3-4, 1999, pp. 283-362; CAMPBELL, K., «Access to European Community Official information», *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 1, 1997, pp. 174-180; CHITI, E., «The Right of Access to Community Information Under the Code of Practice: the Implications for Administrative Development», *European Public Law*, núm. 3, 1996, pp. 363-374; DYRBERG, P., «El acceso público a los documentos y las Autoridades comunitarias», *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 2, 1997, pp. 377-411; DYRBERG, P., «Current Issues in the Debate on Public Access to Documents», *European Law Review*, núm. 2, 1999, pp. 157-170; HIX, J.-P., «Demokratie, Transparenz und Bürgerrechte in der Europäischen Gemeinschaft», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 18, 1997, pp. 1217-1219; IZZO, S., «Segretezza dei documenti e diritto comunitario», *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 3, 1997, pp. 397-436; LAFAY, F., «L'accès aux documents du Conseil de l'Union: contribution à une problématique de la transparence en droit communautaire», *Revue Trimestrielle de Droit européen*, núm. 1, 1997, pp. 37-68; LEVITT, M., Commission Notice on Internal Rules of Procedure for Access to the File, *European Competition Law Review*, núm. 3, 1997, pp. 187-190; LEVITT, M., Access to the file: The Commission's administrative procedures in cases under Articles 85 and 86, *Common Market Law Review*, núm. 6, 1997, pp. 1413-1444; MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., «El acceso a los documentos del Consejo de la Unión Europea: últimos desarrollos», *Gaceta Jurídica de la UE*, B-120, 1997, pp. 5-18; O'NEILL, M., In search of a real right of access to E.C.-held documentation, *Public Law*, 1997, pp. 446-454; O'NEILL, M., «The Rights of Access to Community-Held Documentation as a General Principle of EC Law», *European Public Law*, núm. 3, 1998, pp. 403-432; OSTERDAHL, I., «Openness v. Secrecy: Public Access to documents in Sweden and the E.U.», *European Law Review*, núm. 23, 1998, pp. 336 y ss.; PÉREZ CARRILLO, E. F., «La reforma del derecho de acceso del público a los documentos de la Unión Europea», *Revista General de Derecho*, núm. 675, 2000 y «La transparencia en el funcionamiento de la union Europea: El acceso público a los documentos de sus instituciones y órganos», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 56, 2000, pp. 349-385; TROIANIELLO, P., «Limiti applicativi del diritto di accesso ai documenti della Commissione europea», *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 3, 1997, pp. 377-392; VESTERDORF, B., «Transparency. Not Just a Vogue Word», *Fordham international law journal*, núm. 3, 1999, pp. 902-929.

cuya reforma se encuentra actualmente en plena tramitación, con visiones encontradas entre la Comisión y el Consejo, de una parte, y el Parlamento, de otra, en cuando al alcance de la reforma⁹. En la Exposición de Motivos de dicho Reglamento se afirma que «al evaluar las excepciones, las instituciones deben tener en cuenta los principios vigentes en la legislación comunitaria relativos a la protección de los datos personales, en todos los ámbitos de actividad de la Unión». Entre las limitaciones al derecho de acceso, se encuentra, conforme a su artículo 4.1.b, «la protección de la intimidad y la integridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales». El acceso habrá de denegarse en todo caso, cuando la divulgación del documento pueda perjudicar al sujeto afectado¹⁰. El Reglamento precisa en su apartado sexto que,

⁹ El 4 de abril de 2006 se aprobó la Resolución del Parlamento Europeo por la que solicita a la Comisión la reforma del Reglamento 1049/2001 [P6-A(2006)052]. Esta resolución tuvo su origen en un informe de iniciativa cuyo ponente fue Michael Cashman (PSE), aprobado en la Comisión LIBE el 22 de febrero de 2006. El 3 de mayo de 2006 se aprobó el Libro Verde sobre la iniciativa europea de transparencia [COM (2006)194]. La consulta se cerró en agosto de 2006. El 18 de abril de 2007 la Comisión aprobó el Libro Verde sobre acceso del público a los documentos de las Instituciones de la Comunidad Europea. La consulta se cerró en julio de 2007. El 16 de enero de 2008 la Comisión Europea presentó su Informe sobre los resultados de la consulta pública [SEC (2008)29/2], en el que se comprometió a presentar una propuesta de revisión del Reglamento 1049/2001 en el primer trimestre de 2008. El 30 de abril de 2008 se formuló la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo relativo al acceso público de los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión [COM (2008)229]. Se trata de una propuesta que debe tramitarse por el procedimiento de codecisión. El 30 de junio de 2008 emitió Dictamen el Supervisor Europeo de Protección de Datos [DOUE C 2, de 7 de enero de 2009]. La iniciativa se encuentra actualmente en tramitación en el Parlamento. La Comisión de Libertades Públicas (LIBE) del Parlamento elaboró un primer Informe el 19 de febrero de 2009 [A6-0077/2009], siendo el ponente el europarlamentario laborista británico Cashman. Como comisión asociada intervino la Comisión AFCO (asuntos constitucionales) con informe de la eurodiputada Jäkteenmäki (ALDE- liberales). Fueron comisiones competentes para emitir opinión INTA (Comercio Internacional) con informe de la eurodiputada Plumb (PSE), JURI (Jurídica) con informe de la eurodiputada Frassoni (Verdes) y PETI (Peticiónes) con informe del eurodiputado Hammerstein (Verdes). Se trata de un texto mucho más ambicioso que el proyecto de la Comisión. La Comisión manifestó su desacuerdo, y el Pleno del Parlamento decidió el 11 de marzo de 2009 devolver a la Comisión LIBE el expediente legislativo para que reformulara el Informe, en aplicación del artículo 53.2 TUE. El 2 de diciembre de 2009, la Comisión Europea actualizó el fundamento jurídico de la reforma del Reglamento 1049/2001, al Tratado de Lisboa [COM(2009)0665]. El 17 de diciembre de 2009, el Pleno del Parlamento aprobó una Resolución –«Resolución del Parlamento Europeo sobre las mejoras necesarias en relación con el marco jurídico de acceso a los documentos a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa»– solicitando una serie de mejoras y pidiendo a la nueva Presidencia (España) que promoviese el diálogo a nivel político entre las Instituciones sobre este tema. Actualmente, el expediente continúa residenciado en la Comisión LIBE. Tras la remisión a la comisión LIBE, han continuado los trabajos sobre este expediente. El ponente para el informe de fondo sigue siendo Cashman y la ponente de la Comisión asociada (AFCO) sigue siendo Jäkteenmäki. Por su parte, son ponentes de opinión Schlyter (Verdes) por la Comisión INTA, Lichtenberger (Verdes) por la Comisión JURI y Hankiss (PPE) por la Comisión de Peticiones.

¹⁰ En ocasiones, la solicitud de acceso tiene como finalidad la reutilización con fines comerciales de información en poder de la Administración difundida por ésta en soporte

«en el caso de que las excepciones previstas se apliquen únicamente a determinadas partes del documento solicitado, las demás partes se divulgarán» y en el séptimo que «sólo se aplicarán durante el período en que esté justificada la protección en función del contenido del documento», con un período máximo de 30 años si bien en el caso de los documentos cubiertos por las excepciones relativas a la intimidad puede seguir aplicándose después de dicho período, si fuere necesario¹¹.

El derecho a la protección de datos ha sido objeto, también él, de reconocimiento autónomo en el artículo 8 CDFUE¹². En el plano legal, la normativa comunitaria está integrada, de una parte, por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que regula los tratamientos de datos efectuados en los Estados miembros; y, de otra, por el Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciem-

digital, supuesto regulado en la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de noviembre, relativa a la reutilización de la información del sector público. Dicha Directiva dispone que su regulación no afecta a los actuales regímenes de acceso de los Derechos nacionales, ni es aplicable a aquellos casos en que ciudadanos o empresas deban demostrar, en virtud del régimen de acceso, un interés particular para poder acceder a los documentos, ni a la normativa sobre protección de datos; y contempla entre los documentos excluidos aquellos que estén cubiertos por alguna excepción relativa a la protección de la intimidad de las personas.

¹¹ Entre los trabajos posteriores a la aprobación del Reglamento n° 1049/2001 se encuentran los siguientes: ADAMSKI, D., «How wide is “the widest possible”? Judicial interpretation of the exceptions to the right of access to official documents revisited», *Common Market Law Review*, núm. 2, 2009, pp. 521-549; CABRAL, P., Access to Member State documents in EC Law, *European Law Review*, núm. 3, 2006, pp. 378-389; DE LEEUW, M. E. de, The regulation on public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are citizens better off?, *European Law Review*, núm. 3, 2003, pp. 324-348; DRIESSEN, B., *Transparency in EU Institutional Law: A practitioners handbook*, Londres, Cameron May, 2008; GONZÁLEZ ALONSO, L. N., *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea*, Colex, 2002; HELISKOSKI, J., «Darkness at the break of noon: The case law on Regulation N° 1049/2001 on access to documents», *Common Market Law Review*, 2006, p. 735-781; KRANENBORG, H. y VOERMANS, W., Access to Information in the European Union. A comparative Analysis of EC and Member State Legislation, Europa Law Publishing, Groningen, 2005; NIETO-GUERRERO LOZANO, A. N., «Luces y sombras del derecho de acceso a los documentos de las Instituciones comunitarias», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, núm. 218, 2002, págs. 81-102; PEERS, S., «The new Regulation on Access to Documents: a Critical Analysis», *Yearbook of European Law*, 2002, núm. 21; PÉREZ CARRILLO, E. F., «Accesibilidad a los documentos en materia de seguridad en la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, 2007, pp. 819-854. Asimismo, permítaseme remitirme a mis trabajos «El nuevo Derecho europeo de acceso a la información pública», *Revista de administración pública*, núm. 160, 2003, pp. 283-316 y transparencia y acceso a la información en el Derecho Europeo. Ed. Derecho Global, Sevilla, 2010.

¹² «1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo legal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente».

bre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos, que regula los tratamientos efectuados por dichos sujetos en los ámbitos regidos por el TFUE. El régimen que diseñan tiene grandes similitudes. Ambas Exposiciones de Motivos parecen partir del principio de que el acceso a los documentos en poder de las Administraciones comunitarias y nacionales que contengan datos personales se rige por la normativa sobre acceso¹³. No obstante, en ambos casos se echa de menos la clarificación de un tema tan crucial en el propio articulado, ya que a falta de la misma, la remisión por parte de la normativa sobre protección de datos a la legislación sobre acceso hay que extraerla de referencias más generales. En particular, del artículo 8 conforme al cual los datos pueden transmitirse cuando el destinatario demuestre que los datos son necesarios para el cumplimiento de una misión de interés público o son inherentes al ejercicio del poder público o el destinatario demuestre la necesidad de que se le transmitan los datos y no existan motivos para suponer que ello pudiera perjudicar los intereses legítimos del interesado¹⁴.

II. UNA CUESTIÓN IRRESUELTA

1. Las posiciones previas de las Instituciones

Como hemos expuesto en otros trabajos, a los que procede ahora remitirnos¹⁵, inicialmente la Comisión, el Parlamento y el Consejo vinieron interpretando que cualquier documento que contiene el nombre de una persona se convierte, *per se*, en un documento que contiene datos personales. El resultado fue la denegación de acceso a documentos directamente relacio-

¹³ En el caso de la Directiva, la referencia es un tanto tímida, ya que se limita a señalar que «la presente Directiva autoriza que se tenga en cuenta el principio de acceso público a los documentos oficiales a la hora de aplicar los principios expuestos en la presente Directiva». Más clara resulta la dicción del Reglamento, según la cual «el acceso a los documentos, incluidas las condiciones de acceso a los documentos que contengan datos personales, depende de las normas adoptadas sobre la base del artículo 255 del Tratado CE, cuyo ámbito de aplicación abarca los Títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea».

¹⁴ Sobre la protección de datos en el ámbito europeo, véase OLIVER, P., «The Protection of Privacy in the Economic Sphere before the European Court of Justice», *Common market law review*, núm. 5, 2009, pp. 1443-1483; RUIZ MIGUEL, C., «El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, 2003, pp. 7-43. Se analiza también en el primer capítulo de mi monografía *Datos personales y Administración Pública*, Madrid, Civitas, 2005.

¹⁵ En particular, *in extenso*, sobre las diferentes posturas, véase nuestro trabajo «Un paso decisivo en la clarificación de las relaciones entre derecho de acceso y derecho a la protección de datos: la Sentencia del TPI de 8 de noviembre de 2007, *Bavarian Lager/Comisión*, T-194/04, Civitas, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 27, 2008, pp. 329-345, núm. 3, 2007. Aquí damos cuenta tan sólo de una síntesis.

nados con la organización y el funcionamiento de dichas Instituciones¹⁶. A esta concepción maximalista, que conduciría a una indeseable opacidad de información muy relevante para la monitorización de la actividad pública se opuso con firmeza, primero, el *Defensor del Pueblo Europeo*¹⁷ y, posteriormente, el *Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales*¹⁸ y el *Supervisor Europeo de Protección de Datos*¹⁹, que mantuvieron, como claves de bóveda, la necesidad de una interpretación conjunta de los derechos de acceso y de protección de datos y de sus respectivas regulaciones; de deslindar dentro de la información que contiene datos personales, la que afecta a la intimidad y la que no, y de ponderar los derechos en juego en cada caso concreto.

¹⁶ Como el listado de aprobados en los exámenes para entrar a formar parte de la función pública comunitaria, la identificación de los representantes de asociaciones empresariales que participan en un procedimiento administrativo, la identificación de funcionarios que realizan actividades privadas, que figuran por tal motivo en el registro creado al efecto o la identificación del nombre de los asistentes de los parlamentarios. Algunas de estas informaciones, en la actualidad, son objeto de publicidad general. Como se señaló anteriormente, la práctica comunitaria ha evolucionado hacia una mayor publicidad de este tipo de informaciones.

¹⁷ En Carta de 30 de septiembre de 2002 dirigida al Presidente de la Comisión, el Defensor del Pueblo entiende que el objetivo de la protección de datos es el derecho a la privacidad del artículo 8 CEDH e informa que ha solicitado a la Comisión que se clarifiquen las normas comunitarias sobre protección de datos para asegurar que las mismas no limitan el principio de transparencia y el derecho de acceso público a documentos, exponiendo su preocupación «*por una interpretación perversa de las reglas comunitarias sobre la protección de datos que ha derivado en la asunción de un presunto genérico derecho a la participación anónima en actividades públicas*». «*Esta mala interpretación amenaza socavar el principio de transparencia y de acceso público a documentos*». Propone un cambio en la redacción del considerando 72, que diga «*Whereas this Directiva [allows] is not intended to limit the principle of openness and the right of access to official documents [to be taken into account when implementing the principles set out in this Directive] under national constitutions or laws*» (las palabras entre corchetes corresponden a la redacción actual y las palabras en cursiva son los añadidos propuestos). Y en el Reglamento de 2001, que regula el tratamiento de datos por las Instituciones, añadir: «*This Regulation is not intended to limit the concept of openness enshrined in the second subparagraph of Article 1 of the Treaty on European Union. Nor is it intended to limit the right of access to documents, which is governed by Regulation 1049/2001/EC*».

¹⁸ En su *Dictamen 5/2001*, de 17 de mayo, estima que el derecho de acceso y el derecho a la protección de datos son de la misma naturaleza, importancia y grado, y deben aplicarse conjuntamente, buscando un equilibrio. La comunicación a terceros de datos personales es un tratamiento protegido por la Directiva sobre protección de datos y, en los casos en que ésta no se aplique, por el artículo 8 CEDH. Analiza, así, el acceso a la información desde la perspectiva de su conformidad con la Directiva, y la consecuencia general que se extrae es que no puede hablarse de la prevalencia de uno o de otro, sino que ha de estarse a un análisis ponderado caso por caso, sin posibles automatismos. Se complementa con los *Dictámenes 3/1999* y *7/2003*, en que analiza el encaje entre comercialización de la información pública y protección de datos.

¹⁹ El Supervisor elaboró en julio 2005 un documento fundamental a nuestros efectos, titulado «*Public access to documents and data protection*» [Publicaciones de la Comisión. *Background Paper Series*, julio 2005, núm. 1], en que se aborda monográfica y detalladamente esta cuestión, y sobre el que volveremos en la medida en que está en la base de su posición en el proceso de reforma del Reglamento núm. 1049/2001.

2. La aproximación judicial y el diferente enfoque entre el TPI y el TJCE: en especial, el asunto *Bavarian Lage*

La jurisprudencia en materia de acceso a la información tiene gran relevancia, y, con su preocupación por maximizar el alcance del derecho de acceso, ha contribuido de forma progresista a su afianzamiento²⁰. Con carácter mayoritario, gira sobre la aplicación de excepciones diferentes a la intimidad y la protección de datos, ya que, como dijimos, se trata de una excepción escasamente invocada por las Instituciones.

Hasta el asunto *Bavarian Lage*, sólo cabía destacar un par de sentencias que avanzaron líneas del entendimiento del alcance de la protección de datos y del concepto de dato personal, así como de su relación con el derecho de acceso, bien que aún necesitadas de profundización y referidas a la interpretación de la Directiva 95/46 sobre protección de datos, por la vía de la cuestión prejudicial. En ellas, el TJCE consideró que toda información que incluya el nombre de una persona es un dato personal a los efectos de la aplicación de la protección de datos, y ello incluso cuando el objetivo pretendido por el solicitante de acceso es información sobre un bien o una actividad, y no sobre una persona. Constrained por el marco jurídico de los asuntos –cuestiones prejudiciales de interpretación de la normativa sobre protección de datos, sin existir directiva comunitaria general sobre acceso a la información– interpretó que la regla del interés legítimo plasmada en la Directiva 95/46 como legitimadora de los tratamientos in consentidos había de llevar a ponderar el del titular de los datos y el del reclamante de acceso, teniendo en cuenta el interés concreto de la publicidad de dicha informa-

²⁰ La he analizado en «El nuevo Derecho europeo de acceso a la información pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 160, 2003, pp. 283-316 (al hilo de la aprobación del Reglamento 1049/2001). Con carácter general, la jurisprudencia se ha encargado de señalar de forma reiterada que las Instituciones deben examinar, para cada documento, si, vistas las informaciones de las que dispone, la divulgación es efectivamente susceptible de afectar a uno de los intereses protegidos [por todas, STPI, asunto *Denkavit Nederland BV* (T-20/99), de 13-9-2000]. El riesgo de perjuicio debe ser razonablemente previsible y no puramente hipotético. Por lo demás, toda limitación a un derecho que entronca con el principio democrático ha de interpretarse restrictivamente, de modo que no se frustre la aplicación del principio general de libre acceso [como resume, por todas, la STPI, asunto *Aldo Kuijter* (T-211/00), de 7-2-2002]. Esta línea directriz se manifiesta, en primer lugar, en la exigencia de apreciación singularizada y motivación para cada documento, en que se argumente por qué su comunicación puede efectivamente menoscabar uno de los intereses protegidos, sin que baste la mera referencia a las características generales de las categorías de documentos [así por ejemplo, en la STPI, asunto *Aldo Kuijter* (T-188/98), de 6-4-2000] o al sector al que pertenezca [por todas, STPI, asunto *Interporc Im- und Export GMBH* (T-124/96), de 6-2-1998], dando respuesta en su caso a la contraargumentación que haya expuesto el demandante de acceso en la solicitud confirmatoria que hace las veces de recurso [STPI, asunto *Aldo Kuijter* (T-188/98), de 6-4-2000]. Y, en segundo lugar, en la obligación de conceder el acceso parcial cuando sea posible limitado a los datos no amparados por las excepciones, siempre que el acceso a la información siga teniendo sentido [por todas, STPI, asunto *Hautala* (T-14/98), de 19-7-1999].

ción para el control democrático del poder y la naturaleza de la información (su mayor o menor proximidad al núcleo de lo íntimo)²¹.

²¹ Así, en la STJCE, asunto *Fischer* (C-369/98), de 14-9-2000, se trataba de dilucidar si, en el marco del sistema integrado de gestión y control relativo a determinados regímenes de ayudas comunitarias, el nuevo titular de unas explotaciones tiene derecho a que las autoridades nacionales le den información sobre los cultivos a que se habían destinado anteriormente sus explotaciones agrícolas. Dicha información se le denegó, invocando la normativa nacional sobre protección de datos. El TJCE estimó que la normativa comunitaria prevé la consulta de base de datos, sin limitarla a autoridades nacionales y comunitarias, y que un solicitante de ayudas tiene un interés esencial y legítimo en poder disponer de la información necesaria para presentar una solicitud de pagos compensatorios correcta y evitar ser objeto de sanciones. De este modo, no cabe condicionar la comunicación de estos datos al consentimiento del tercero. Su Abogado General Alber, en las conclusiones a esta Sentencia, precisó más, pudiendo sintetizarse su planteamiento del siguiente modo: a) No basta la mera invocación de la protección de datos para excluir todo acceso incontestado, ya que el derecho de acceso se basa en el principio de transparencia que sólo puede limitarse cuando existan motivos especiales que lo justifiquen; b) el que pretende acceder a la información que contenga datos personales debe pretender una finalidad legítima relacionada con el propio objetivo de la creación del sistema de información; c) es preciso que los datos no sean accesibles por otro medio distinto; d) es necesaria una cuidadosa ponderación de intereses, a la vista de las repercusiones que, en cada caso, puede tener para el demandante de acceso y para el titular de datos personales la decisión que se adopte, debiendo en todo caso prevalecer el derecho de acceso cuando la difusión no perjudique los intereses del sujeto de la información. Entiende que en este caso debe concederse el acceso. Por su parte, en la STJCE, asunto *Österreichischer Rundfunk* (C-465/00, C-138 y 139/01), de 20-5-2003, se planteaba si ante una normativa sobre publicación de los salarios más elevados pagados por la Administración nacional, había de prevalecer el principio de transparencia y control democrático, o el principio de consentimiento como integrante del derecho a la protección de datos. Resulta significativo que, junto al Gobierno austriaco, como parte implicada, se personaran para defender la prevalencia del primero, además del italiano, Gobiernos de países con una profunda tradición de transparencia y control democrático como los de Dinamarca, Suecia y Finlandia, que defendían que la protección de los datos debe ceder ante el principio de transparencia, que ocupa un lugar esencial en el ordenamiento jurídico comunitario, prueba de lo cual sería la mención de la Exposición de Motivos a la que antes hicimos alusión, así como las excepciones al principio de consentimiento autorizadas por la Directiva cuando los tratamientos son necesarios para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento; y los necesarios para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento a quienes se comuniquen los datos. Asimismo, al amparo del artículo 13 de la Directiva 95/46, los Estados miembros pueden establecer excepciones para salvaguardar varios objetivos de interés general y, en particular, «un interés económico y financiero importante de un Estado miembro». Es decir, la protección de datos no es absoluta, como no lo es tampoco el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH. Por ello, habría que ponderar y para ello hay que atender a la naturaleza de los datos, si se trata de datos sensibles o que afectan a la intimidad, o por el contrario de datos personales que afectan en menor medida a la identidad de la persona, de carácter económico, relativo a personas que actúan en el ejercicio de funciones públicas, y que son *de facto* públicos en la mayoría de los Estados, de tablas de salarios o de horquillas de retribuciones establecidas por ley, reglamento o convenios colectivos. Aun así, habría que plantearse si el objetivo puede cumplirse mediante la publicación anónima de los datos. En el caso de autos, los términos de comparación serían el interés de la República de Austria en garantizar la utilización óptima de

Al margen de estos precedentes, referidos como decimos a la interpretación de la Directiva 95/46, el único caso en que el Juez comunitario ha debido conocer un recurso de anulación contra una denegación de acceso basada en el artículo 4.1.b) del Reglamento nº 1049/2001 ha sido el asunto *Bavarian Lager*. El caso originó una gran expectación jurídica, muestra de lo cual es que en el procedimiento administrativo y judicial intervinieron tanto el Defensor del Pueblo²² como el Supervisor Europeo de Protección de Datos²³, Dinamarca, Finlandia y Suecia (favorables a la comunicación de las identidades), el Consejo y el Reino Unido (favorables a la denegación).

El asunto tiene como telón de fondo la solicitud por una empresa de las actas de reuniones de la Comisión con una asociación del *lobby* de las empresas cerveceras, incluyendo el nombre de los representantes de las mismas. La información sobre la identidad de las personas les es denegada respecto de las personas que, consultadas por la Comisión, se oponen a la comunicación²⁴.

los fondos públicos y, en particular, el mantenimiento de los salarios dentro de unos límites razonables con la gravedad de la lesión al derecho de las personas afectadas al respeto de su intimidad. La ponderación queda remitida al juez nacional, pero el Tribunal Comunitario apunta a la anonimización de los datos personales, e, incluso, a la publicación de las retribuciones generales de los diferentes puestos como medidas más proporcionadas.

²² En línea con las ideas que ya había expresado en los documentos antes mencionados.

²³ Lo que parecía una paradoja lo era, a nuestro juicio, sólo aparentemente, pues buscaba la consolidación jurisprudencial de los criterios sobre la relación entre publicidad y reserva que él mismo había formulado, como hemos visto, meses antes, en julio de 2005.

²⁴ El asunto puede sintetizarse del siguiente modo. *Bavarian Lager* es una empresa constituida en 1992 para la importación de cerveza alemana en Reino Unido que se vio impedida en el ejercicio de su actividad por la normativa británica que permitía la existencia de contratos de exclusividad entre los *pubs* y empresas cerveceras locales, salvo en el caso de las grandes cadenas, respecto a las cuales, en todo caso, la excepción legal a la exclusividad sólo se aplicaba a la cerveza envasada en barril, y no a las embotelladas. Dicha empresa presentó en 1993 una denuncia ante la Comisión por presunta vulneración del Tratado, por constituir a su juicio una medida de efecto equivalente, que dio origen en 1995 a la apertura de un procedimiento por incumplimiento, de la que fue informada la demandante, junto al dato de que se había enviado al Reino Unido un escrito de requerimiento. En octubre de 1996 tuvo lugar una reunión entre representantes de la Comisión, del Ministerio de Comercio e Industria británico y de la Confederación de Cerveceras del Mercado Común. La demandante había solicitado participar pero la Comisión denegó su solicitud. A results de dicho procedimiento, el Reino Unido anunció en marzo de 1997 y aprobó en agosto del mismo año una modificación de la normativa, para que la cerveza embotellada pudiera venderse en las mismas condiciones que la cerveza envasada en barril y la Comisión decidió suspender el procedimiento sin notificar dictamen motivado. Una vez aprobada la nueva normativa, se archivó el procedimiento por incumplimiento el 10 de diciembre de 1997. Entre tanto, en 1997 se sucedieron solicitudes por parte del demandante de acceso al texto del dictamen motivado, y denegaciones por parte de la Comisión. La denegación final impugnada se basa en la aplicación de la excepción al derecho de acceso contemplada en el *Código de Conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión, de 8 de febrero de 1994*, conforme a la cual el acceso

– La doctrina de la STPI (T-194/04), de 8-11-2007, puede resumirse en los siguientes puntos en lo que hace a la relación entre transparencia y privacidad:

debe denegarse cuando pueda suponer un perjuicio para la protección del interés público, y en particular para las tareas de inspección y de investigación de la Comisión, como ocurriría en un caso como éste en que es preciso respetar la naturaleza confidencial de dichos procedimientos y que exista una cooperación sincera y un ambiente de confianza mutua entre la Comisión y el Estado miembro que permitan la negociación. Impugnada la denegación, el TPI advirtió que de su jurisprudencia no se deduce que todos los documentos relacionados con los procedimientos por incumplimiento se encuentren cubiertos por la excepción basada en la protección del interés público. Estimó que en este caso no se trataba de un «dictamen motivado», sino de un documento preparatorio del mismo, ya que cuando se solicitó el acceso la Comisión había suspendido su decisión de emitir el dictamen motivado, por lo que el procedimiento por incumplimiento se encontraba todavía en fase de inspección e investigación. Apreció que una divulgación de documentos relativos a la fase de investigación, durante las negociaciones entre la Comisión y un Estado miembro, podría perjudicar el correcto desarrollo del procedimiento por incumplimiento, lo que justificaba la denegación. Junto al recurso ante el TPI, la demandante acudió simultáneamente ante el Defensor del Pueblo Europeo, presentando una reclamación en julio de 1998, en la que precisaba que pretendía obtener el nombre de los representantes de la Confederación de Cerveceras del Mercado Común que habían asistido a la reunión de octubre de 1996 y de las sociedades y personas que habían realizado comentarios incluidos en el expediente. La Comisión pidió permiso a dichas personas para revelar su identidad y comunicó tan sólo la de aquellos que lo dieron. El Defensor del Pueblo propuso la comunicación de todas las identidades pero la Comisión, en su dictamen motivado de julio de 2000 mantuvo la necesidad de consentimiento, aceptando facilitar la identidad de los que no habían respondido a su solicitud. En noviembre de 2000 el Defensor del Pueblo entregó su Informe especial al Parlamento Europeo, a raíz del proyecto de recomendación dirigido a la Comisión en el que concluyó que no existe ningún derecho fundamental que se oponga a la divulgación de informaciones comunicadas a una autoridad administrativa bajo el más absoluto secreto y que la Directiva sobre protección de datos no exige que la Comisión guarde en secreto los nombres de las personas que le comunican opiniones o informaciones en el marco del ejercicio de sus funciones. El Parlamento Europeo, como respuesta al Informe especial, se pronunció en su sesión de 11 de diciembre de 2001 e hizo suya esta aproximación, aprobando la conclusión del Defensor del pueblo y considerando que la Comisión había interpretado erróneamente la Directiva. Al calor de estas tomas de posición y del cambio de normativa consecuencia de la aprobación del Reglamento núm. 1049/2001, el demandante planteó en diciembre de 2003 nueva solicitud de acceso a los documentos mencionados, que fue respondida por la Comisión en enero de 2004, otorgándolo respecto de algunos documentos relativos a la reunión de octubre de 1996, pero ocultando los nombres de dos personas que se habían opuesto expresamente a que se divulgase su identidad y de otras tres con las que no había logrado ponerse en contacto. Presentada solicitud confirmatoria en febrero, fue desestimada en marzo, argumentando que era de aplicación el Reglamento nº 45/2001, sobre protección de datos, que exige la acreditación de un objetivo expreso y legítimo y la necesidad de la comunicación, por lo que debía apreciarse la excepción prevista en el Reglamento nº 1049/2001 sobre derecho de acceso referida a «la protección de la intimidad y la integridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales». Añadió que, incluso de no ser de aplicación la normativa sobre protección de datos, la denegación podía fundarse asimismo en la excepción relativa a la protección del objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría. Ante la confirmación de la negativa parcial al acceso, la demandante interpuso recurso en mayo de 2004.

1º) Las solicitudes de acceso deben analizarse a la luz del Reglamento nº 1049/2001, que no obliga a justificar la solicitud ni, por ello, a demostrar interés alguno. El principio, conforme a dicha normativa, consiste en que el acceso y la denegación sólo proceden cuando concurre alguna de las excepciones previstas en dicho Reglamento, que deben interpretarse y aplicarse restrictivamente, de modo que no se frustre el principio general.

2º) La relación entre los Reglamentos nº 1049/2001 y nº 45/2001 es la siguiente. El Reglamento nº 45/2001 establece expresamente, en su decimoquinto considerando, que el acceso a los documentos, incluidas las condiciones de acceso a los documentos que contienen datos personales, dependen de las normas adoptadas sobre la base del artículo 255 TCE (actual artículo 15 TFUE), es decir, las que desarrollan el derecho de acceso. Por tanto, el acceso a dichos documentos entra en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1049/2001. Este último, a su vez, afirma en su undécimo considerando, que al evaluar las excepciones, las instituciones deben tener en cuenta los principios vigentes en la legislación comunitaria relativos a la protección de los datos personales, lo que incluye al propio Reglamento nº 45/2001. Un repaso de las disposiciones de dicho Reglamento relevantes a estos efectos le lleva a considerar que un tratamiento es lícito cuando es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento (artículo 5.b), una de las cuales es precisamente proveer el acceso a los documentos en poder de las Instituciones en los términos del Reglamento nº 1049/2001. En cuanto al requisito de la normativa de protección de datos de que el destinatario demuestre la necesidad de que se transmitan los datos y no existan motivos para suponer que ello pudiera perjudicar los intereses legítimos del interesado (artículo 8.b Reglamento nº 45/2001), la normativa sobre acceso no exige justificación de la solicitud (artículo 6.1 Reglamento nº 1049/2001), por lo que el solicitante no está obligado a demostrar la necesidad y, por otra, la propia previsión de la excepción por protección de la intimidad y la integridad de la persona lleva a descartar, *en principio*, la existencia de motivos para suponer la posibilidad de un perjuicio. En cuanto al derecho de oposición al tratamiento, por razones imperiosas y legítimas propias de su situación particular, contemplado en la normativa sobre protección de datos (artículo 18 Reglamento 45/2001) al tratarse de una obligación jurídica, no cabe tampoco, *en principio*, accionar el derecho de oposición de la normativa sobre protección de datos, si bien de nuevo la previsión de la excepción por protección de la intimidad y la integridad de la persona conduce a que deba tenerse en cuenta, sobre esta base, la incidencia de la divulgación de los datos relativos al interesado. Por tanto, la comunicación no depende de la aceptación o la negativa del titular de los datos a su comunicación, sino de la concurrencia objetiva de dicho perjuicio.

3º) Para interpretar la excepción, contenida en la normativa sobre acceso, relativa a la protección de la intimidad, hay que acudir a la jurisprudencia del CEDH, como dispone el artículo 6.2 TUE, conforme a la cual las actividades profesionales y comerciales y el derecho a la protección de datos no

están excluidas *per se* del concepto de intimidad, pero no todos los datos personales referidos a dichas actividades entran necesariamente en dicho concepto. En todo caso, la excepción sólo se aplica cuando haya un riesgo de perjuicio concreto y efectivo a la intimidad, lo que ocurrirá tendencialmente cuando se trate de datos especialmente protegidos, sin excluir que sean los únicos que pueden producir este efecto.

La aplicación de estos principios al caso de autos le lleva a considerar que la lista de los participantes en la reunión contiene datos personales, pero este mero hecho no significa que su difusión ponga en peligro su intimidad o integridad. Se trata de personas que asistieron en calidad de representantes de una organización empresarial, y no a título personal, y cuyas manifestaciones fueron imputables a dichas entidades y no opiniones personales, sin que haya constancia de la existencia de un previo compromiso de confidencialidad por parte de la Comisión o una solicitud de la misma durante la reunión por parte de los afectados. La negativa a la difusión de los nombres fue dada una vez que la Comisión solicitó posteriormente la autorización y, como se dijo, estima que la normativa sobre acceso no concede relevancia a la voluntad del afectado sino a la concurrencia o no de una amenaza objetiva para su intimidad, que no fue argumentada por las únicas dos personas que denegaron su autorización. Además, las personas que participaron en dicha reunión no pudieron considerar que las opiniones que expresaban en nombre y por cuenta de las entidades que representaban tendrían un tratamiento confidencial. Se trataba de una reunión celebrada en el marco de un procedimiento por incumplimiento. Aunque el denunciante puede, en un procedimiento de este tipo, en virtud de las normas internas de la Comisión, elegir un tratamiento confidencial, tal tratamiento no está previsto para las demás personas que participan en la investigación. Habida cuenta de que la Comisión divulgó el acta, si bien expurgada de ciertos nombres, está claro que consideró que no se trataba de información protegida por el secreto profesional. El Reglamento n° 45/2001 no exige que la Comisión guarde en secreto el nombre de las personas que le comunican opiniones o informaciones relativas al ejercicio de sus funciones²⁵.

– Interpuesto recurso de casación, la Abogada General Sharpston presentó el 15 de octubre de 2009 sus conclusiones al asunto C-28/08. Parte de la necesidad de interpretación armónica de dos Reglamentos que desarrollan dos derechos fundamentales de igual rango, lo que imposibilita dar prioridad absoluta a uno sobre el otro y llama a ponderar. Junto a disquisiciones de interés y un tanto confusas sobre el alcance de ambos Reglamentos²⁶,

²⁵ Por lo demás, la Sentencia comienza inadmitiendo la pretensión dirigida a que el TPI ordene a la Comisión que comunique el nombre de todas las personas que asistieron a la reunión, porque, como es sabido, «*en el marco del control de la legalidad que ejerce el TPI, éste no puede dirigir órdenes conminatorias a las Instituciones o hacer sus veces*», principio que se aplica a todos los ámbitos contenciosos, incluido el acceso a documentos.

²⁶ Considera que ambos Reglamentos tienen diferente objeto: el Reglamento 45/2001 se apoya en el concepto de «datos» y el 1049/2001 en el de «documentos». Una solicitud de transmisión de documentos no se trata de manera automatizada o particularmente automatizada, sino que se examina de manera individual y manual. Además, lo que se

viene a concluir que la información solicitada sobre la identidad de los intervinientes incluso si es en el contexto de las relaciones profesionales, afecta a la vida privada, habida cuenta de la amplia interpretación de este concepto que lleva a cabo el TEDH. Por lo cual, también en este caso habría de haberse procedido a una ponderación, decantándose en el caso de autos por la prevalencia de la publicidad.

– Finalmente, el 29 de junio de 2010, el TJUE dictó su sentencia en el asunto C-28/08²⁷. Se trata de una sentencia mucho más sucinta que la del TPI. Considera que los Reglamentos 1049/2001 y 45/2001, no contienen ninguna disposición que establezca expresamente la primacía de uno sobre otro, por lo que en principio es preciso garantizar la plena aplicación de ambos. El único vínculo explícito en el articulado es la referencia «en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales», ínsita en el artículo 4.1.b) Reglamento 1049/2001, que, considera, el TPI no tuvo en cuenta, al limitar la aplicación de la excepción en él prevista a la vulneración de la intimidad o la integridad de la persona en el sentido del 8 CEDH y la jurisprudencia TEDH. Sin embargo, argumenta, el artículo 4.1.b), establece un régimen específico y reforzado de protección de la persona cuyos datos personales pudieran, en su caso, divulgarse, que obliga a aplicar en su totalidad el Reglamento 45/2001, incluidos sus artículos 8.b) y 18. Al omitir su toma en consideración, la interpretación del TPI no responde al necesario equilibrio entre ambos Reglamentos.

En cuanto a la solución del caso concreto, considera que la Comisión actuó correctamente: facilitó el acceso al contenido de actas, incluidas las opinio-

almacena es un acta, no un conjunto estructurado de datos personales accesibles con arreglo a criterios determinados, de modo que el dato personal no es el criterio de búsqueda. Cuando se busque, será tratamiento de documentos, pero no tratamiento de datos. Sí lo sería si se solicita el acta de todas las reuniones donde intervino una determinada persona. No obstante, admite que en la Sentencia *Lindqvist* (que antes mencionamos), el TJUE dijo que siempre que el tratamiento sea automático o semiautomático, queda sujeto a normas de protección de datos, siendo irrelevante la manera en que se guarden, por lo que conforme a dicha jurisprudencia en un caso como éste estamos ante un tratamiento sometido al Reglamento 45/2001. A su juicio, cuando se solicita acceso a documentos que contienen datos personales, hay que distinguir entre los que tienen una mención incidental, y en que la intención no tiene mucho que ver con compilar datos personales en sí mismos (p. ej., el acta de una reunión), en la que éstos no tienen apenas importancia; y los que contienen, fundamentalmente, una gran cantidad de datos personales (p. ej., una lista de personas con sus características), documentos cuya razón de ser es recoger, precisamente, estos datos personales. En cada caso, es una la normativa aplicable. En el primer caso, el Reglamento 1049/2001, sin necesidad de motivación y con eficacia *erga omnes* de la resolución; en el segundo, el Reglamento 45/2001, con obligación de motivación de la necesidad de que se les transmitan los datos conforme al 8.b), con eficacia *inter partes*.

²⁷ La Comisión y el Supervisor solicitaban la reapertura de fase oral porque la Abogada General se basó, como vimos, en argumentos que no fueron debatidos ni ante el TPI ni ante el TJUE. Éste considera, no obstante, que tiene todos los elementos necesarios para dirimir el asunto y no procede la reapertura.

nes personales de los intervinientes, sin su identificación (parece que debe leerse, maximizó en lo posible el derecho de acceso, concediendo el acceso parcial); actuó legítimamente solicitando el consentimiento de las personas afectadas, de acuerdo con lo que disponía la Directiva 95/46, norma inicialmente aplicable, y más tarde, con el Reglamento 1049/2001 (significativamente, no se cita en qué preceptos se prevé dicha solicitud de consentimiento *a posteriori*, parece, en suma, apoyarse en la exigencia general de consentimiento); y cumplió el artículo 8.b) al exigir que *Bavarian* demostrara la necesidad de conocimiento de los datos personales de aquellos que no daban su consentimiento expreso. Desconociendo los motivos que podrían tener los afectados para oponerse a la difusión y los del solicitante de información para necesitar conocer la identidad de aquéllos, la Comisión no pudo llevar a cabo la ponderación, por lo que denegó legítimamente la solicitud de acceso al acta completa, sin infringir lo dispuesto en el Reglamento 1049/2001 ni incumplir su obligación de transparencia.

A mi juicio, y a diferencia de la sentencia del TPI, el razonamiento del TJCE tiene más sombras que luces, se sitúa al margen de los principios comunes a los Derechos de los Estados Miembros y conduce a una desnaturalización del derecho de acceso a la información.

- a) Obvia elementos normativos fundamentales: la Exposición de motivos del Reglamento nº 45/2001 y su afirmación de que el acceso a los documentos, incluidas las condiciones de acceso a los documentos que contienen datos personales, dependen de las normas que desarrollan el derecho de acceso;
- b) Reprocha equivocadamente al TPI una indebida omisión de toma en consideración de la totalidad de preceptos de dicho Reglamento, siendo así que, como vimos, el TPI sí procedió a una interpretación armónica de sus artículos 8.b) y 18 con la normativa sobre protección de datos;
- c) Da por buena la introducción por la Comisión en el procedimiento de acceso de un trámite, la comunicación al afectado, no prevista en el mismo, derivada aparentemente del principio de consentimiento de la normativa sobre protección de datos;
- d) Compatibiliza la legalidad de la comunicación al afectado con la posibilidad teórica, en caso de denegación del consentimiento, de una ponderación entre el derecho a la protección de datos y el derecho de acceso, en la que éste se desvincula de su base originaria, la del control democrático no vinculado a intereses particulares, y de su principal característica con ello conectada, la innecesariedad de motivar la solicitud, en la medida en que argumenta que al solicitante de información debe exigírsele que demuestre la necesidad de conocimiento de los datos personales de aquellos que no daban su consentimiento expreso, a falta de lo cual no es posible ponderar y debe denegarse la información.

Recientemente, pero en fechas anteriores a la Sentencia del TJCE en el asunto *Bavarian Lager*, el TPI ha debido juzgar si la identidad y las opiniones

de expertos científicos que participan en un proceso previo a la adopción de actos normativos están amparados por esta excepción, equiparando aquí integridad no ya a la física sino, en sentido lato, a su reputación y carrera. Ha venido a considerar que no puede afirmarse tal cosa como principio general, sino que habría que acreditarlo en el caso concreto, y ha apuntado además que en estos casos caben soluciones que permitan ocultar la identidad sino por ello dejar de dar publicidad al contenido²⁸. Y, asimismo, ha considerado que no afecta a la intimidad ni a la integridad la divulgación de la composición de un comité del nombre, grado, antigüedad y destino de los miembros de un comité de evaluación en materia de contratación formado por empleados públicos de la Institución concernida²⁹.

²⁸ SSTPI de 11 de marzo de 2009, *Borax Europe Ltd* contra Comisión, Asuntos T-121/05 y T-166/05. El solicitante era una empresa de explotación, producción y distribución de borato y ácido bórico, que asiste a una reunión de expertos del Grupo de trabajo de la Comisión para la clasificación y el etiquetado de sustancias peligrosas, preparatoria de una adaptación al progreso técnico de la directiva sobre la materia. Siguiendo la práctica usual de estas reuniones, los expertos escuchan y dialogan con los representantes del sector, y continúan después la reunión a puerta cerrada. Considerando que las actas sumarias no reflejan precisa e íntegramente las afirmaciones, comentarios y conclusiones de los expertos, solicita acceso a los comentarios de los expertos sobre el proyecto de acta sumaria de la reunión y cualquier otra documentación relacionada con la clasificación de los perboratos, que incluyen comentarios de expertos y las grabaciones de la reunión, borradores de acta sumaria, dos comentarios de representantes de la industria y un informe nacional no adjuntado como documento preparatorio (que se deniegan por afectar a la integridad de los expertos y al proceso decisional), sus documentos preparatorios (a los que ya habían tenido acceso los representantes de la industria, incluido el solicitante, a través de acceso telemático mediante clave), y las actas sumarias (estas últimas, ya publicadas en la web). En su solicitud confirmatoria, el solicitante precisó que aceptaría un acceso parcial a los comentarios de los expertos en forma de transcripciones escritas en las que se omitieran el nombre de los expertos y su nacionalidad para evitar su identificación, pero fue rechazada. El TPI considera que la alegación sobre la necesidad de permitir a los expertos deliberar y expresarse libremente y con total independencia sin riesgo de ser objeto de presiones externas injustificadas, es de alcance general e hipotético y no basta ni que se afirme que en otros casos ha habido presiones ni que el solicitante haya llevado a cabo indagaciones para conocer la identidad de los expertos y haya vertido críticas sobre su competencia ni que la afirmación general de que las críticas pueden afectar a la reputación o a la carrera de los expertos. Aquí está aún menos justificada por cuanto se accedió en la solicitud confirmatoria a contentarse con una transcripción.

²⁹ STPI de 9 de septiembre de 2009, *Brink's Security Luxemburgo SA* contra Comisión (apoyada por *GAS Security Services SA*, asunto T-437/05. Se trata de una empresa que concurre a una licitación y que, en el marco de la impugnación de la adjudicación a otra empresa, solicita acceso a los documentos donde figuran la composición exacta del comité de evaluación, que se le deniega apelando a la excepción basada en la protección de la intimidad y la integridad personal. El TPI considera que, como en los demás casos, es necesario examinar si el conocimiento por el solicitante de la composición (nombre, grado, antigüedad y destino de los miembros) del comité de evaluación puede perjudicar efectivamente la protección de la vida privada y la integridad de los miembros de dicho comité. Teniendo en cuenta que fueron nombrados en calidad de representantes de los servicios interesados y no a título personal, concluye que la divulgación no afecta a la vida privada de las personas interesadas y que, en cualquier caso, la divulgación de la mera pertenencia al comité, en nombre de la entidad a las que las personas interesadas

3. Elementos comunes y divergentes en las diferentes aproximaciones

Hemos podido comprobar cómo todas las instituciones consideran que se trata de una cuestión de enfrentamiento entre derechos fundamentales que debe resolverse en clave de ponderación, sin posiciones maximalistas que sacrifiquen por completo el derecho de acceso y la transparencia (de modo que ningún documento en el que figure el nombre de una persona pueda ser conocido por el resto de los ciudadanos) ni el derecho a la intimidad y a la protección de datos (de manera que los ciudadanos puedan conocer cualquier información de terceros, del tipo que sea). Todas entienden que la solicitud de información por un tercero debe resolverse mediante el procedimiento establecido en la normativa sobre acceso. Los principios establecidos en la normativa sobre protección de datos, coinciden, debe no obstante ser respetados en la interpretación de la normativa sobre acceso. Al respecto, todos consideran que la información que afecta a datos sensibles debe ser la más reacia a la publicidad, mientras que la comercial o profesional (incluida la relativa a empleados públicos), debe ser pública, salvo que haya causas excepcionales que lo justifiquen. Y, por último, si bien la normativa no lo prevé, todos consideran –salvo, al menos de forma expresa, el TPI– que para una correcta ponderación debe darse entrada a las consideraciones que puedan efectuar el solicitante de información y el afectado, sin que no obstante exista un derecho de veto por parte del afectado, esto es, se exija su consentimiento.

Si hay ese acuerdo en el fondo, ¿cuál es el origen de la discrepancia de razonamientos?

Un elemento clave de distancia es el propio concepto de «dato personal» y su integración o no en el concepto de «intimidad». Todas las Instituciones, con excepción del TJUE, conectan expresamente el derecho de la protección de datos con la «vida privada». Se trata de un debate a nivel mundial de difícil solución. Personalmente, considero innegable que los datos personales se protegen como forma de tutela de la intimidad o vida privada. Se trata de un derecho de nueva generación, nacido en los años setenta al hilo del proceso de informatización, que trata de proteger la intimidad o «vida privada» (en la terminología francesa) o «privacy» (en la inglesa) ante las nuevas amenazas que supone el tratamiento masivo de datos, mediante el reconocimiento a su titular de una serie de principios (calidad, adecuación, seguridad) y una gama de facultades (acceso, rectificación, cancelación, oposición) que van más allá de la mera reacción ante invasiones. Prueba de ello es la indistinción con que los textos normativos internacionales y europeos y la jurisprudencia aluden en la práctica a ambas nociones, al menos cuando se trata de datos conectados en mayor o menor medida con la vida

representaban no puede causar perjuicio concreto y efectivo a la protección de la vida privada.

privada³⁰, o que en no pocos sistemas jurídicos la segunda ha sido directamente extraída de la primera. O que el nuevo Tratado europeo sobre la materia, el Convenio sobre acceso a los documentos públicos, de 18 de junio de 2009, establezca como límite al acceso, en su artículo 3.1.f), precisamente la intimidad («vie privée»; «privacy»), en línea con el propio CEDH. O, todavía más de cerca, que el Reglamento 1049/2001 hable de la excepción de la intimidad «de conformidad con la normativa sobre protección de datos». Sin embargo, también hay argumentos de derecho positivo para defender la autonomía conceptual. Baste señalar, en Derecho comunitario, el reconocimiento de los dos derechos como derechos autónomos en artículos distintos (aunque sucesivos)³¹.

Esta reflexión, además, está indisolublemente unida a un tema que no se puede considerar resuelto: el de si datos personales son sólo los que afectan a la intimidad de la persona (léase como equivalente, a su vida privada) o cualesquiera asociados a su nombre, y, por ende, cuál es la relación entre «derecho a la intimidad» y «derecho a la protección de datos». Se trata de un tema crucial en el que no procede detenernos aquí. Baste apuntar que, hasta el momento, el concepto de dato personal ha venido siendo interpretado de la forma más amplia posible, con un cada vez más manifiesto exceso respecto a su sentido originario, fuente de cruciales consecuencias jurídicas para nuestro objeto de estudio, por su potencial efecto impeditivo de toda revelación de información pública en la que figure el nombre de una persona. La normativa comunitaria –y, siguiéndola, las normativas estatales, entre ellas la española– define dato personal como «toda información sobre una persona física identificada o identificable» (*any information relating to an identified or identifiable natural person*). La aún embrionaria jurisprudencia comunitaria que interpreta la Directiva sobre protección de datos considera que toda información que incluya el nombre de una persona es un dato personal a los efectos de la aplicación de la protección de datos, y ello incluso cuando el objetivo pretendido por el solicitante de acceso es información sobre un bien o una actividad, y no sobre una persona³². Sin em-

³⁰ Incluida la jurisprudencia del CEDH, que integra la protección de datos en el artículo 8, como he expuesto en el capítulo primero de mi trabajo *Datos personales y Administración pública*, *op. cit.* Lo constata asimismo KRANENBORG, H., «Access to documents and data protection in the European Union: on the public nature of personal data», *op. cit.*, pp. 1091-1093.

³¹ Un análisis de esta recurrente polémica doctrinal, en el capítulo II de mi obra *Datos personales y Administración pública*, Civitas, 2005.

³² Así lo entienden las distintas normas comunitarias y el propio Tribunal en STJCE, asunto Comisión contra Consejo (C-209/97), de 18-11-1999 o en STJCE, asunto *Fischer* (C-369/98), de 14-9-2000, en la medida en que dan por supuesto que los datos sobre cultivos, producción, etc., de una determinada explotación son datos personales en la medida en que aparece el nombre de su titular), y, con más razón, cuando se trata de información sobre los ingresos salariales de una persona [STJCE, asunto *Österreichischer Rundfunk* (C-465/00, C-138 y 139/01), de 20-5-2003, que, expresamente señala, entran dentro del concepto de «vida privada» del artículo 8 CEDH, a la luz del cual ha de interpretarse la Directiva].

bargo, esta aproximación omnicomprendensiva puede ser modulada en el futuro y al respecto hay que destacar la excepcional importancia de la Opinión 4/2007 sobre el concepto de dato personal, adoptada el 20 de junio de 2007 por el Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29. Parte de la constatación de que el legislador comunitario pretendió adoptar una noción amplia de dato personal, pero no ilimitada, de modo que los datos personales pueden abarcar informaciones que dicen algo de una persona por su contenido, su finalidad o su resultado, pero no a todas aquellas que llevan simplemente asociado un nombre³³.

³³ Considera que, en términos generales, la información es «relativa a» un individuo cuando es «sobre» ese individuo. A veces, la relación es fácil de establecer (información laboral, sanitaria). En otros casos, no es tan claro, dado que se refiere en primera instancia a objetos, no a individuos; objetos que, eso sí, pertenecen a alguien, o están sujetos a particular influencia de uno o varios sujetos o mantienen algún tipo de vecindad física o geográfica con individuos o con otros objetos, es decir, que sólo indirectamente puede considerarse que la información se refiere a esos individuos o a esos objetos (se pone como ejemplo, la valoración de un inmueble). Lo mismo puede decirse cuando los datos se refieren a procesos o eventos en primer lugar (por ejemplo, el historial de mantenimiento de un vehículo). En estos casos, se proponen los criterios alternativos y en cascada del *contenido*, la *finalidad* y el *resultado*. El «*contenido*» se relaciona con el sentido más común de la expresión «relativa a», es decir, cuando, a la vista de las circunstancias del caso, se trata de información *sobre* una persona (por ejemplo, información sanitaria; clientes de una empresa; información incorporada a una tarjeta de identidad, etc.). La «*finalidad*» se da cuando, a la vista de las circunstancias del caso, los datos se usan o tienen probabilidad de serlo con el propósito de evaluar, tratar de una cierta forma o influenciar el estatus o el comportamiento de un individuo (por ejemplo, en muchos casos, el registro de llamadas desde un terminal). El «*resultado*» se verifica cuando, a la vista de las circunstancias del caso, el uso de los datos puede producir un impacto, de la entidad que sea, sobre ciertos derechos o intereses de la persona, que puede ser tratada de forma diferente del resto de las personas a resultas del tratamiento de tales datos (por ejemplo, la monitorización de la posición de los taxis para optimizar el servicio que tenga un impacto sobre los conductores). Se requiere, por tanto, un análisis *ad casum*. Como apunta H. KRANENBORG (en «Access to documents and data protection in the European Union: on the public nature of personal data», *op. cit.*, pp. 1105-1108), el tema se planteó en Reino Unido, donde la jurisprudencia dictada en el caso *Durant*, y, siguiéndola, el *Information Commissioner*, excluyeron la mera mención incidental del nombre de una persona en un documento empresarial o administrativo del concepto de dato personal. Sin embargo, y bajo la presión de un procedimiento por infracción iniciado por la Comisión, el Comisionado para la información ha variado su posición para asimilarla a la defendida en la Opinión 4/2007 sobre el concepto de dato personal, adoptada el 20 de junio de 2007 por el Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29. En España, de forma «subrepticia» y frente a la noción omnicomprendensiva del concepto de dato personal hoy imperante, el artículo 2 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, ha excluido de su ámbito de aplicación los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, y los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales, así como los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros. La conformidad de esta disposición con el Derecho comunitario (amén de su enjuiciamiento por relación con la propia Ley Orgánica

A esta indefinición de la propia naturaleza y contenido del derecho se le suma la falta de previsión en la reglamentación comunitaria de una posición clara y un procedimiento *ad hoc* que permita el traslado de la solicitud de información a los terceros afectados para una correcta ponderación de sus intereses.

Ambos datos están, a nuestro juicio, en el fondo de la divergencia de aproximaciones que hemos analizado.

4. El conflicto entre transparencia y protección de datos en los supuestos de publicidad activa: la Sentencia *Volker und Markus Schecke y Hartmut Eifert*

En los últimos tiempos, y frente a una práctica más restrictiva en el pasado, es objeto de publicación oficial y/o en la *web* de las Instituciones buena parte de las informaciones que contienen datos personales más relacionadas con el conocimiento y control de la actividad pública, tales como la identidad de personas al servicio de las Instituciones, beneficiarias de sus fondos o adjudicatarias de sus contratos. En efecto, hay que reseñar que, sobre todo a partir de las reflexiones contenidas en el Libro Verde sobre la iniciativa europea de transparencia³⁴ se han ido adoptando decisiones y articulando prácticas que prevén la publicidad tanto en el Diario Oficial como a través de Internet de la información personal más relevante para el control del destino de las ayudas comunitarias³⁵, acompañadas de las garantías de infor-

15/1999, de 15 de diciembre, de protección de datos de carácter personal) resulta cuestionable.

³⁴ COM (2006)194.

³⁵ Así, por mencionar casos cuya inicial falta de transparencia dio origen a críticas por el Defensor del Pueblo o el Supervisor de Protección de Datos, publica en la *web* el nombre de los *asistentes de los europarlamentarios*. Asimismo, se publican en la *web* la identidad de los *beneficiarios de subvenciones concedidas y adjudicatarios de contratos otorgados por las Instituciones*, a través del llamado Sistema de Transparencia Financiera (STF), creado en 2008 (http://www.ec.europa.eu/beneficiaries/fts/index_en.htm). El STF ofrece datos de alrededor del 20% del presupuesto de la UE, esto es, de la parte directamente gestionada por la Comisión. En cuanto a los *beneficiarios de fondos comunitarios gestionados por los Estados*, el Libro verde planteó la pertinencia de reconocer la obligación de los Estados de dar publicidad a sus identidades. El Reglamento núm. 1995/2006, de 13 de diciembre de 2006, que modificó el Reglamento financiero núm. 1605/2002 [DO núm. L 390 de 30 de diciembre de 2006, p. 1], incorporó un artículo 53 ter, según cuya letra d) de su apartado 2, los Estados deben «garantizar, mediante los reglamentos sectoriales pertinentes y de conformidad con el artículo 30, apartado 3, la oportuna publicación anual a posteriori de los beneficiarios de fondos procedentes del presupuesto». El portal general que ofrece acceso a todas las páginas Web con información de los beneficiarios de la UE se encuentra en: http://www.ec.europa.eu/contracts_grants/beneficiaries_es.htm. En materia agrícola, el Reglamento núm. 1290/2005, que determina las condiciones y normas específicas aplicables a la financiación de los gastos de la Política Agrícola Común (PAC), prevé en su artículo 44 bis la publicación anual de los beneficiarios de los fondos y de los importes recibidos por beneficiario, emplazando el artículo 42 a la Comisión a establecer disposiciones detalladas sobre la publicación de esta información y sobre la aplicación práctica de la normativa sobre protección de datos, en particular, para garantizar que se informe a los beneficiarios de que los datos pueden hacerse públicos y ser

mación, acceso, rectificación y cancelación de la legislación sobre protección de datos, y con el visto bueno del propio Supervisor Europeo de Protección de Datos³⁶.

Pues bien, muy recientemente se ha dictado una sentencia referida a «publicidad activa» realizada por un Estado miembro en aplicación de disposiciones comunitarias encaminadas a dotar de mayor transparencia al régimen

procesador por organismos de control e investigación con el fin de salvaguardar los intereses financieros comunitarios. El Reglamento núm. 1290/2005 fue modificado por el Reglamento núm. 1437/2007 en sus considerandos, haciendo referencia a cómo la obligación de publicación anual de los beneficiarios de fondos comunitarios de cualquier tipo se han incluido en el Reglamento financiero núm. 1605/2002, de acuerdo con la iniciativa europea en materia de transparencia, y, por consiguiente, los reglamentos sectoriales deben proporcionar los medios adecuados para tal publicación, que, en materia de fondos agrícola, supone la obligación de los Estados de garantizarla. Y ello por cuanto posibilitar el acceso del público a esta información aumenta la transparencia del uso de los fondos comunitarios de la PAC y mejora su gestión financiera, en especial mediante el refuerzo del control público del dinero utilizado. Se añade además que *«habida cuenta de la gran importancia de los objetivos perseguidos, está justificado, en virtud del principio de proporcionalidad y de los requisitos de protección de datos de carácter personal, prever la publicación general de la información pertinente ya que esta medida no rebasa los límites de lo necesario en una sociedad democrática para la prevención de irregularidades. Teniendo en cuenta el dictamen del Supervisor Europeo de protección de Datos del 10 de abril de 2007 [DO C 134, p. 1], conviene prever que se informe a los beneficiarios de los fondos de que estos datos podrán hacerse públicos y podrán ser procesados por organismos de control y de investigación»*. El Reglamento núm. 259/2008 de la Comisión desarrolló lo previsto en el Reglamento núm. 1290/2005 del Consejo en relación con la publicación de información de subsidios agrícolas, repitiendo la justificación antes reproducida y estableció el contenido preciso de la publicación, añadiendo que debe figurar en el sitio *web* único de cada Estado miembro y posibilitar a los usuarios la consulta a través de una función de búsqueda que les permita identificar los beneficiarios por nombres, municipios e importes recibidos o una combinación de estos datos, y extraer toda la información correspondiente a través de una única serie de datos. Precisa además que la información se podrá consultar en el sitio *web* durante dos años a partir de la fecha de su publicación inicial y que los Estados deben informar a los beneficiarios de la publicación y del posible tratamiento por organismos de auditoría e investigación, y en el caso de los datos de carácter personal, con cumplimiento de la Directiva 95/46/CE. La información se llevará a cabo mediante su inclusión en los impresos de solicitud de las ayudas o en el momento en que se recopilen los datos. Además, tanto la Comisión como el Parlamento han creado sendos registros –por el momento, de inscripción potestativa– que pueden consultarse *online* en los que figuran la identidad y actividad de los *lobbies* ante dichas Instituciones, registros que pretenden unificarse un registro común, para lo cual se llegó a un acuerdo en noviembre de 2010, que prevé su puesta en funcionamiento en junio de 2011, añadiéndose a la información actual datos sobre el número de sujetos concernidos o el nivel de recursos financieros comunitarios recibidos por los inscritos, sobre las actividades concernidas o sobre el proceso de tramitación de las quejas. Sobre el particular, hasta 2007, puede consultarse TOURNEPICHE, A.–M., «Vers de nouveaux champs d'application pour la transparence administrative en droit communautaire. Réflexions sur le Livre vert "Initiative européenne en matière de transparence"», *Cahiers de Droit Européen*, núm. 5-6, 2007, pp. 623-646.

³⁶ Véase, en particular, para el caso que comentamos a continuación, sobre la normativa de publicación de beneficiarios de fondos agrícolas, Dictamen 2007/C 134/01, de 10 de abril de 1997, DO C 134, p. 1.

de ayudas comunitarias. Nos referimos a la STJ de 9 de noviembre de 2010, *Schecke y Eifert*, en que unos beneficiarios de ayudas agrícolas cuestionan la publicación en la *web* por una autoridad estatal de su identidad, en tanto beneficiarios de ayudas agrícolas, la cuantía de la ayuda y su municipio y código postal de residencia, con cumplimiento del deber de información previa previsto en la normativa sobre protección de datos³⁷. No se discutía siquiera la existencia o no de una injerencia en el derecho de intimidad y a la protección de datos –lo que confirma la tendencia onmicomprensiva de este último concepto–, sino, en particular, si era o no proporcionada³⁸. El Tribunal de Justicia siguió a su Abogada General Sharpston³⁹ y estimó

³⁷ STJ de 9 de noviembre de 2010, *Volker und Markus Schecke y Hartmut Eifert*, Asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09. Tanto el Consejo y la Comisión habían defendido la postura contraria, con el apoyo de Suecia, Países Bajos y Grecia.

³⁸ Los demandantes argumentaban que la publicación permite que terceros efectúen deducciones sobre sus ingresos, que en una proporción elevada están constituidos por las subvenciones, bastando para los intereses de la transparencia una publicación anonimizada; mientras que las Instituciones y los Estados argüían que el objetivo de transparencia no puede lograrse con medidas menos lesivas, ya que si únicamente se ofreciera información sobre los beneficiarios afectados que perciben ayudas superiores a un límite mínimo, los contribuyentes no obtendrían una imagen fiel de la PAC, ya que se crearía la impresión de que sólo existen «grandes» beneficiarios de las ayudas de los Fondos agrícolas de que se trata, a pesar de que los «pequeños» beneficiarios son muy numerosos. Tampoco bastaría publicar sólo los datos de las personas jurídicas –máxime teniendo en cuenta que algunos de los mayores beneficiarios de las ayudas agrícolas lo son–.

³⁹ Las conclusiones de la Abogada General Sharpston son de gran interés, no sólo en su fondo –que sigue el TJ– sino por cuanto permiten un entendimiento cabal de los argumentos desplegados por los demandantes y por las Instituciones. Parte de que están en juego tanto el derecho a la intimidad como el derecho a la protección de datos, que se extiende según la jurisprudencia del TEDH a las actividades económicas y profesionales, y conforme a la del propio TJ, a las retribuciones. Además, en este caso, se incluía además del nombre y la cuantía, el código postal, lo que combinado con otras fuentes de información permitía también conocer el propio domicilio del beneficiario de la ayuda. Estima, pues, que ha habido pues una injerencia incontestada –pues el hecho de solicitar ayudas en un formulario que informa de la publicación posterior no implica consentir–, lo que por lo demás había sido reconocido por las Instituciones, y analiza, en consecuencia, los requisitos para una injerencia en un derecho fundamental. Se cumple a su juicio el requisito de la previsión legal y de la legitimidad del objetivo perseguido, y el foco se pone, pues, en la proporcionalidad. Al respecto ha de tenerse en cuenta que si bien Internet es el medio idóneo para conseguir la publicidad y, con ello, el objetivo perseguido, es a la vez una forma más intrusiva para la intimidad y la protección de datos que la publicación por otros medios más tradicionales, por lo que debe tenerse en cuenta a la hora de ponderar la naturaleza y consecuencias de la publicación individualizada y detallada en Internet. El peso del razonamiento de ponderación se ejerce sobre cuál es el objetivo al que sirve la divulgación de esta información de forma nominativa y detallada –a diferencia de lo que ocurre con otros fondos europeos–, acudiendo a los «considerandos» de las normas cuestionadas («*augmenta la transparència i millora la correcta gestió financera del ús de les fons de la PAC, en particular intensificant el control públic del diner empleat*») y a las explicaciones adicionales aportadas en la vista por las Instituciones. Y es aquí donde encuentra la falla, pues mientras que el Consejo lo considera un medio necesario de control por los contribuyentes de una comunidad determinada sobre las ayudas obtenidas por sus vecinos, para la Comisión el objetivo no es satisfacer esa curiosidad sino generar un debate público sobre las ayudas de la PAC, su estructura y reparto territorial. Pero,

que la medida era desproporcionada, pues para el objetivo de transparencia del régimen de ayudas no era necesaria una publicación tan detallada, habida cuenta los riesgos que genera la publicación en Internet y la posibilidad de cruce de datos⁴⁰. Se trata, me parece, de una jurisprudencia que puede considerarse restrictiva, pero que aporta como positivo el énfasis en una interpretación aquilatada de las exigencias de la publicidad, adaptada a la extensión de los datos publicados y al medio por el que la publicación se lleva a cabo.

III. LAS RELACIONES ENTRE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS EN LA REFORMA DE LA NORMATIVA SOBRE ACCESO EN TRAMITACIÓN

– En su Informe de balance de la aplicación del Reglamento nº 1049/2001

en ese caso, no parece necesaria ni adecuada una publicación detallada, sino más bien anonimizada y categorizada. En definitiva, las Instituciones mostraron un «confusión» e «incoherencia» interinstitucional, siendo así que el juicio de proporcionalidad exige un tipo diferente de publicación de datos dependiendo del objetivo preciso pretendido con la publicidad.

⁴⁰ Considera que «si bien es cierto que, en una sociedad democrática, los contribuyentes tienen derecho a ser informados de la utilización de los fondos públicos (sentencia *Österreichischer Rundfunk* y otros, antes citada, apartado 85), no es menos cierto que para ponderar equilibradamente los diversos intereses en conflicto se requería que, antes de adoptar las disposiciones cuya validez es objeto de controversia, las instituciones competentes verificasen si la publicación, en un sitio web único por Estado miembro y de consulta libre, de los datos nominales de todos los beneficiarios afectados y de los importes específicos procedentes del FEAGA y del Feader percibidos por cada uno de ellos –y ello sin establecer diferencias en función de las duración de las ayudas percibidas, de su frecuencia, o del tipo o magnitud de las mismas– no iba más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos, en especial habida cuenta de que tal publicación lesionaba los derechos reconocidos por los artículos 7 y 8 de la Carta». Y estima que nada indica que se hayan tomado en consideración dichas posibilidades de publicación alternativa, que «podría ir acompañada, en su caso, de explicaciones adecuadas sobre las demás personas físicas beneficiarias de ayudas de dichos Fondos y sobre los importes percibidos por estas últimas». A su juicio, «no parece que una limitación de esta índole, que protegería de una injerencia en su vida privada a algunos de los beneficiarios afectados, impida obtener a los ciudadanos una imagen bastante fiel como para permitir que se alcancen los objetivos de dicha normativa». Frente a la alegación de las Instituciones y los Estados acerca del importante porcentaje del presupuesto de la Unión que representa la PAC, descarta que pueda atribuirse una primacía automática al objetivo de transparencia frente al derecho a la protección de datos, ni siquiera aunque estén en juego intereses económicos. Sin embargo, respecto a las personas jurídicas, que sólo pueden invocar el derecho a la protección de datos en la medida en que en la razón social de la persona jurídica se identifique a una o varias personas físicas (y sean, pues, identificables, como era el caso de uno de los demandantes), considera que la injerencia no es desproporcionada, ya que las personas jurídicas ya están sometidas a una obligación acrecentada de publicación de los datos que les conciernen y, además, sería una carga administrativa desmesurada para las autoridades nacionales competentes obligarla a examinar, antes de publicar los datos, si el nombre de cada persona jurídica beneficiaria de ayudas identifica o no a una persona física.

publicado en 2004, la *Comisión* puso de relieve que la complejidad de aplicación de la excepción relativa a la protección de datos personales debido a las dificultades de articulación entre el Reglamento n° 1049/2001 y el Reglamento n° 45/2001. En su posterior Informe de 16 de enero de 2008 sobre los resultados de la consulta pública hizo un balance de las contribuciones de diverso signo recibidas que puso de manifiesto la existencia de aproximaciones divergentes⁴¹. Finalmente, en su propuesta de reforma de 30 de abril de 2008, entienda, influida por la STPI en el asunto *Bavarian*, que la práctica actual de suprimir nombres y otros datos personales de los documentos objeto de divulgación es demasiado restrictiva, especialmente cuando las personas ejercen funciones públicas, y en su exposición de motivos, apunta que en lo que respecta a la divulgación de datos personales, debe establecerse una relación clara entre el Reglamento 1049/2001 y el Reglamento 45/2001. Propone la siguiente redacción:

«Se divulgarán los nombres, cargos y funciones de los titulares de cargos públicos, funcionarios y representantes de intereses relacionados con la actividad profesional salvo que, por circunstancias particulares, tal divulgación pueda perjudicar a las personas afectadas. Se divulgarán otros datos personales de conformidad con las condiciones de tratamiento legal de tales datos establecidas en la legislación de la CE en materia de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales».

– En su dictamen de 30 de junio de 2008 el *Supervisor Europeo de Protección de Datos* pone de relieve que si bien la progresiva digitalización de la documentación aumenta las posibilidades de solapamiento entre el Reglamento 1049/2001 y el Reglamento 45/2001, los ámbitos aún no son coextensos, en la medida en que el segundo exige la existencia de un fichero en el caso de los tratamientos no automatizados, motivo añadido para considerar que no bastan los meros reenvíos. Considera que existen motivos para sustituir la redacción actual, pero se muestra disconforme con la propuesta de la Comisión. Considera que no debería esperarse a la resolución del recurso de casación en el asunto *Bavarian* –entonces aún pendiente– y que la solución no es equilibrada ni viable, en la medida en que el reenvío al Reglamento 45/2001, que no aporta una solución clara, conduciría a un callejón sin salida. La solución propuesta por la Comisión se entiende demasiado

⁴¹ De 16.1.2008, SEC(2008) 29/2. Las organizaciones de la sociedad civil son por lo general de la opinión de que las normas sobre protección de datos no deben impedir la divulgación de nombres de individuos que actúan a título oficial o en representación de sus organizaciones. Esta visión es comúnmente compartida por el sector público. El Defensor del Pueblo Europeo y Suecia consideran que la negativa a divulgar datos personales debe basarse en un perjuicio efectivo para el individuo, y, en este sentido, no habría necesidad de modificar ni el Reglamento 1049/2001 ni el 45/2001. El Reino Unido, por el contrario, es partidario de reformar el Reglamento 1049/2001 una vez se haya clarificado el tema por la jurisprudencia. Francia y Polonia consideran que la eliminación de los nombres dentro de los documentos constituiría una forma de armonizar ambos derechos. El sector empresarial subraya la necesidad de alcanzar una protección suficiente de los datos personales. La industria biotecnológica, en particular, recalca que se han emprendido acciones penales contra algunos de sus empleados.

limitada, en la medida en que no aborda una gama más amplia de personas en sus actividades profesionales (trabajadores por cuenta ajena en sector privado y autónomos, investigadores académicos, peritos, maestros y profesores...), e igualmente debe ampliarse el objeto para incluir no sólo nombres, cargos y funciones, sino también, por ejemplo, domicilio, teléfono y correo y otros datos como retribuciones y gastos en caso funcionarios y políticos de alto rango. Su propuesta de precepto es la siguiente:

«1. No se divulgarán datos personales cuando su divulgación pueda suponer un perjuicio para la intimidad o la integridad de la persona a la que éstos se refieran. No existirá tal perjuicio si:

- a) los datos se refieren exclusivamente a las actividades profesionales del interesado, salvo que, atendiendo a las circunstancias concretas, existan motivos para suponer que su divulgación causaría perjuicio al interesado;
- b) los datos se refieren exclusivamente a un personaje público, salvo que, atendiendo a las circunstancias concretas, existan motivos para suponer que su divulgación causaría perjuicio al interesado o a otras personas relacionadas con él;
- c) los datos se han publicado ya con el consentimiento del interesado.

2. No obstante, se divulgarán los datos personales cuando así lo justifique un interés público superior. En tales casos, la institución o el organismo deberá especificar ese interés público y dar a conocer las razones por las que, en ese caso concreto, el interés público supera los intereses de la persona afectada.

3. Cuando una institución u organismo deniegue el acceso a un documento en virtud del apartado 1, estudiará la posibilidad de conceder el acceso parcial al documento de que se trate».

Advierte, además, que hay urgencia en dilucidar esta cuestión en la medida en que el Reglamento 45/2001 exige que se demuestre la necesidad del solicitante de que se le transmitan datos, lo que va en contra de la no exigencia de motivación de las solicitudes de acceso. Considera el Supervisor, en línea con el TPI, que debe aclararse en los considerandos del Reglamento 1049/2001 que no es precisa la motivación; que el derecho de acceso se entiende sin perjuicio del derecho de acceso a los propios datos personales regulado en el Reglamento 45/2001, con la consiguiente reconducción de oficio de los procedimientos iniciados sobre una base legal errónea; y que el tratamiento ulterior está sometido a las normas sobre protección de datos. El Parlamento ha hecho suya esta propuesta.

IV. DIRECTRICES INSPIRADORAS DE LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE PUBLICIDAD Y PRIVACIDAD EN EL DERECHO COMPARADO: ENSEÑANZAS PARA EL DERECHO COMUNITARIO

En diversos escritos he venido defendiendo desde hace tiempo la necesidad

de perfilar las relaciones entre publicidad y reserva, aportando unas directrices que creo deberían regir dichas relaciones, tanto materiales como procedimentales, que debieran contemplarse en la regulación en aras de la seguridad jurídica y tomando los elementos más convincentes de los Derechos más evolucionados⁴². De forma sintética:

1º) Una regulación tal debe explicitar cuál es la *normativa aplicable*. El principio general, acogido muy mayoritariamente en el Derecho comparado, debe ser que la normativa sobre acceso constituye ley especial en las demandas de información pública, salvo cuando se trata del propio interesado que pide acceso a información que sólo a él le concierne.

2º) Desde un punto de vista *material*, debería partirse de la necesidad de conciliación de la transparencia y el acceso a la información y la intimidad y la protección de los datos personales, siendo ésta a mi juicio una adaptación a la nueva realidad informacional de aquélla. Probablemente, lo más coherente con la tendencia a la afirmación de la protección de datos como un derecho fundamental autónomo y a falta de una mayor concreción de los límites de este derecho, y la distinción entre lo «personal», aún en proceso de construcción dogmática acabada, consiste en entender que siempre es necesario ponderar, si bien dicha ponderación no debe hacerse a ciegas, sino que corresponde al legislador proveer al aplicador de las directrices generales, que permitan restringir el por lo demás casi siempre necesario ámbito de la ponderación *ad casum*. Como directriz legal podría al menos establecerse aquella según la cual los datos más próximos al núcleo duro de la intimidad (fundamentalmente, los datos sensibles o especialmente protegidos, en la terminología de la normativa sobre protección de datos) deben ser los más resistentes a la publicidad⁴³, mientras que los directamente relacionados con la organización y actividad pública (actividad pública de las autoridades y empleados públicos, representantes privados en reuniones con organismos públicos, subvenciones, contratos, autorizaciones y licencias, etc.) deben ser objeto de publicidad, abriendo en ambos casos un portillo para la excepción en casos singulares y justificados (conectando así con las nociones de «interés público superior» y «derecho de oposición», que están en buena medida ínsitas en el propio principio de ponderación)⁴⁴. Convendría precisar que el uso de los datos personales posterior a su comunicación está sometido a las reglas de la normativa sobre protección de datos.

⁴² Véase nota 1.

⁴³ No obstante lo cual, es pensable que en casos excepcionales pueda prevalecer incluso en estos casos el principio de publicidad, por ejemplo, en el caso de datos de salud de altos dirigentes que puedan contribuir al conocimiento y control de la actividad pública, léase, de su propia idoneidad para el ejercicio del cargo. Véase en este sentido la STEDH de 18 de mayo de 2004, *Pon* contra Francia, en el caso de la publicación de datos de salud del antiguo Presidente de la República F. Mitterrand.

⁴⁴ Como ocurre en la regulación canadiense o alemana. Véase Publicidad y privacidad de la información pública, *op. cit.*, nota 1.

3º) Desde el punto de vista *procedimental*, resulta clave, cuanto menos, la información y audiencia de los afectados en las demandas de acceso, para una correcta ponderación. Debe advertirse, en todo caso, respecto al tercero cuyos datos personales figuran en el documento, que derecho a ser escuchado no significa derecho de veto, y que sólo debe dársele entrada cuando legal o jurisprudencialmente no resulte claro que deba concederse o denegarse el acceso, pues de lo contrario, se corre el riesgo de generar una burocracia y una ralentización del procedimiento innecesarias (p. ej., consultando a cada funcionario si su identidad o dirección profesional puede ser comunicada). Habrá casos, en efecto, en que dicho traslado no sea necesario, en particular, en los casos en que el propio Reglamento, la normativa reguladora de los diversos sectores de actuación comunitaria –datos de empleo público, contactos con lobbies, contratos, subvenciones, etc.– o la jurisprudencia hayan previsto la prevalencia de la publicidad; o, en sentido inverso, aquellos otros en que se solicite acceder a documentos que contengan datos íntimos de personas que no tengan la condición de públicas –p. ej., al historial de bajas médicas de un funcionario cualquiera de la Comisión⁴⁵. En los supuestos en que la norma prevé la publicidad, la ponderación ya ha sido realizada y, en caso de existir un motivo excepcional para que no sea de aplicación a los datos de una persona concreta, ésta deberá hacer valer su oposición en el momento del tratamiento de datos⁴⁶. Respecto del solicitante de información, es necesario recalcar que la motivación es optativa y debe girar sobre el interés *abstracto y objetivo* de la información para la transparencia de la actividad pública⁴⁷. Ese y no otro –el interés particular y/o instrumental que pueda tener el solicitante– es el fundamento que justifica la normativa de acceso, y por eso el principio general en Derecho europeo y comparado de la no necesidad de motivación de las solicitudes. Otros elementos claves son la motivación de las decisiones, tanto las que conceden como las que deniegan el acceso, ya que en estos casos las primeras afectarán al tercero cuyos datos figuran en la documentación, la notificación a todos los interesados; el recurso a la anonimización o al acceso parcial

⁴⁵ Al respecto, la ley alemana en su sección 8 prevé esta intervención «cuando existan indicios de que el tercero puede tener un interés en garantizar la exclusión del acceso a la información». Vid., Publicidad y privacidad de la información administrativa, *op. cit.* en nota 1.

⁴⁶ Es más, piénsese que dicho parecer no se recaba, de hecho, en la publicación oficial y/o en web de la identidad de los empleados públicos o asistentes de parlamentarios, beneficiarios de subvenciones o contratos, etc.

⁴⁷ Es un principio general en el Derecho comparado, que tiene su más célebre expresión en la jurisprudencia de uno de los países pioneros, EE UU. El Tribunal Supremo ha sentado el principio según el cual la apreciación del interés público contrapuesto a la privacidad ha de hacerse en términos objetivos, esto es, en función de la naturaleza de la información y su idoneidad para contribuir a la transparencia y control de la actuación administrativa, y no en función del concreto sujeto solicitante de información y la finalidad que persiga, perspectiva ésta que tiene como gran ventaja la de facilitar un criterio que permite también su aplicación a categorías abstractas de documentos. El *leading case* lo constituye la sentencia de 1989 dictada en el asunto *United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press* [489 U.S. 749 (1989)].

cuando sea necesario, para minimizar la limitación a la transparencia, o la configuración del acceso electrónico en términos en que sea posible el respeto a estos principios.

4º) Finalmente, entre las garantías *institucionales*, cabe apuntar que buena parte de los Derechos occidentales cuentan con la previsión de una autoridad de control (sea bajo un modelo de única o de doble agencia, esto es, especializada sólo en transparencia y acceso a la información⁴⁸ o competente también en materia de protección de datos⁴⁹) que asegura una respuesta ágil y gratuita, características que resultan clave en esta materia (el conocimiento de la información o es actual o no sirve a los fines de control democrático para los que se reconoce el derecho; y, de tener que recurrirse a los costes de un proceso judicial, muchos ciudadanos se ven refrenados en el ejercicio del derecho)⁵⁰. Junto a ello, las decisiones están sometidas en todo caso a un control judicial pleno y a la vez respetuoso con dicho margen de discrecionalidad. En el Derecho comunitario, no se ha creado aún una autoridad semejante, y el sistema de control se apoya, como el de un país pionero como Suecia (¡cuya ley data de 1766!) en el binomio *Ombudsman/tribunales*, si bien, como se ha comprobado, el Supervisor Europeo de Protección de Datos ha analizado intensamente la cuestión a partir de una posición de ponderación⁵¹.

V. VALORACIÓN DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA NORMATIVA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS EXPUESTOS

A la luz de estas conclusiones, considero, con el Supervisor y el Parlamento, que la propuesta de la Comisión es a todas luces insuficiente. Trata de regular un caso concreto (el que dio origen a *Bavarian*), y se contenta en lo demás con remitir a la normativa sobre protección de datos, que, si algo está claro, es que no resuelve la cuestión planteada.

Por el contrario, la propuesta del Supervisor, acogida por el Parlamento, se sitúa a nuestro juicio en la dirección adecuada.

La propuesta del Supervisor, seguida por el Parlamento, resulta de gran interés, si bien cabe destacar que adolece de ciertas carencias, máxime si

⁴⁸ Como en el caso francés, portugués o italiano. *Vid.* Publicidad y privacidad de la información administrativa, *op. cit.*, nota 1.

⁴⁹ Como ocurre, entre otros, en Reino Unido, Alemania, a nivel federal, o Suiza, a nivel confederal. *Vid.* *Publicidad y privacidad de la información administrativa, op. cit.*, nota 1.

⁵⁰ Véanse los trabajos citados en nota 1. Las excepciones son precisamente los países pioneros en la transparencia, como Suecia o EE UU, y que desarrollaron sus legislaciones antes de la generalización de la figura de las Autoridades independientes de control. Y, de hecho, en EE UU se acaba de crear el germen de un Comisario de la información a nivel federal y ya existen en ámbitos territoriales inferiores.

⁵¹ Por el contrario, el papel de la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales no ha sido hasta el momento relevante en este ámbito.

la comparamos con la propia posición «acabada» del Supervisor sobre las relaciones entre publicidad y privacidad, desarrollada en su Informe de 2005 al que antes hicimos alusión. Así:

1º) Debería aclararse en el articulado que la norma especial ante solicitudes de acceso a la documentación es el Reglamento 1049/2001, y no el Reglamento 45/2001, que lo será tan sólo cuando sea el propio interesado el que quiera acceder a documentación donde figuren sólo sus datos personales. No parece bastar con introducir una mención en la Exposición de Motivos del Reglamento 1049/2001, máxime visto que el TJCE ha obviado la clara afirmación contenida en el decimoquinto considerando de la Exposición del Reglamento 45/2001.

2º) Debería decantarse si el objeto de protección es la intimidad o también, más en general, los datos personales (la fórmula propuesta es ambigua –«No se divulgarán datos personales cuando su divulgación pueda suponer un perjuicio para la intimidad o la integridad de la persona»–). Ciertamente es que doctrinal y jurisprudencialmente existe una notable indefinición entre uno y otro derecho, pero si se estima, como hace la propia Carta Europea de Derechos Fundamentales, que se trata de derechos autónomos, hay que decidir si ambos, o sólo el derecho a la intimidad, constituyen límites al derecho de acceso.

3º) En el caso de los datos «íntimos», y en línea en buena medida con soluciones apuntadas por el propio Supervisor en su Informe de 2005, parecería razonable otorgarles la máxima reserva, que pudiera decaer sólo con consentimiento del afectado o ante un interés público superior en la transparencia en casos en que es del máximo interés para el conjunto de los ciudadanos el conocer información que contenga este tipo de datos –y, si se quiere, o previa del propio Supervisor y/o del TJCE–. Algún caso pensable podría referirse a datos de salud de máximos responsables políticos comunitarios que pudieran incapacitarlos para el ejercicio de sus funciones. Resultaría esclarecedor aclarar, además, que los datos sensibles de conformidad con el Reglamento 45/2001 tienen en todo caso este carácter –si bien no agotan la categoría–.

4º) El listado no exhaustivo de casos en que «no existe perjuicio» para el derecho a la intimidad –y que más bien parece en sustancia un listado de qué datos no son íntimos– está demasiado marcado por los casos que hasta ahora han sido objeto de polémica pero obvia otros de gran importancia para la transparencia pública y que, de hecho, ya son objeto de publicación general en función de sus respectivas normativas reguladoras, como el de empleos públicos, beneficiarios de contratos, subvenciones, etc. Además, en todos estos casos, los propuestos y los omitidos, más bien habría de decirse que no se afecta a la intimidad o que prevalece el interés público superior en la transparencia, y no tanto que no existe el perjuicio, puesto que la existencia o no del mismo es de apreciación subjetiva y caso por caso.

5º) La previsión según la cual, incluso en los casos no expresamente previs-

tos, se divulgarán los datos personales cuando así lo justifique un interés público superior, «en cuyo caso la institución o el organismo deberá especificar ese interés público y dar a conocer las razones por las que, en ese caso concreto, el interés público supera los intereses de la persona afectada», sería más clara si se vinculase expresamente dicho interés público a la relevancia de la transparencia y el conocimiento en el caso concreto. Y ello, en la medida en que, como ha establecido de manera clara la jurisprudencia del TJCE, en línea con el Derecho comparado, saliendo al paso de posiciones iniciales en contrario del TPI, el «interés público superior» al que se refiere la normativa comunitaria no es un interés diverso al propio principio de transparencia y control democrático que está en la base del derecho de acceso⁵². Por tanto, la llamada tan sólo en este caso –no se predica del resto de las excepciones al derecho de acceso contempladas en el artículo 4 del Reglamento 1049/2001– a la «especificación del interés público» o bien debe, a mi juicio, eliminarse por ser susceptible de interpretaciones erróneas, o bien vincularse de forma expresa al principio de transparencia.

6º) La propuesta adolece de imprevisión de un mecanismo de traslado al afectado de la solicitud de acceso formulada por un tercero, siempre que pueda ser relevante para la decisión a adoptar, esto es, para que la Institución en cuestión pueda valorar en el caso concreto el posible perjuicio para la intimidad (y, en su caso, para la protección de datos) y ponderarlo con la relevancia de la documentación solicitada para la transparencia de la actividad pública y el control democrático. Como hemos comprobado, la inexistencia de dicho mecanismo y sus consecuencias ha sido uno de los objetos de polémica ante el Tribunal, y el propio Supervisor aconsejaba su articulación en su Informe de 2005.

8º) Finalmente, cabría plantearse la conveniencia de la existencia de una Autoridad especializada, si bien el número aún reducido de recursos, el activismo del Defensor del pueblo europeo en esta materia, y un Supervisor europeo de Protección de Datos, que paradójica y modélicamente ha luchado en pos de un equilibrio entre transparencia y privacidad relativizan las desventajas de su inexistencia. No obstante, podría pensarse en otorgar de forma expresa a éste la competencia en materia de acceso a la información, con posibilidad de conocer de reclamaciones particulares –como es lo común en el Derecho comparado– o no, en función del modelo de Autoridad buscado –al respecto, hay que tomar en consideración el alcance limitado de sus propias competencias en materia de protección de datos–.

El origen de esta diversidad de interpretaciones y de estos «males» hay que buscarlo en una deficiente regulación. Estando actualmente en tramitación una reforma del Reglamento núm. 1049/2001, es ahora el momento de

⁵² Lo que, por lo demás, nos parece la única interpretación que respeta la literalidad («interés público superior») y el propio sentido de la regulación (se trata de un derecho que conecta con el principio de transparencia democrática, lo que explica que no se exija motivar la solicitud ni, por ende, acreditar interés alguno). Véase por todos, STJCE, asunto *Association de la presse internationale ASBL (API)* (C-514/07), de 21-9-2010.

colmatar esta importante laguna, puesto que se encuentra en plena tramitación la reforma del Reglamento 1049/2001. Esperemos que la tensión entre Instituciones no impida un debate de fondo de altura ni dé al traste con la reforma sino que, por el contrario, contribuya a alcanzar una solución lo más equilibrada y, por ende, perfecta posible.