
Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

Leonor Rams Ramos

Doctora en Derecho

Profesora Contratado-Doctor de Derecho Administrativo

Universidad Rey Juan Carlos

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NATURALEZA JURÍDICA Y APLICABILIDAD DEL DERECHO DE ACCESO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 105 B) DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 1. Introducción al análisis de la naturaleza jurídica del derecho de acceso. 2. Las posturas doctrinales en torno a naturaleza jurídica del derecho de acceso y sus consecuencias respecto de la eficacia del mismo. 3. El derecho de acceso como principio de actuación de las Administraciones Públicas. 4. Toma de posición en torno a la naturaleza jurídica y la eficacia del derecho de acceso. III. APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA DE ACCESO AL SUPUESTO DE PUBLICACIÓN DE DOCUMENTOS A TRAVÉS DE INTERNET 1. Su aplicabilidad como supuesto concreto del artículo 105 b) de la Constitución. 2. Su aplicabilidad como supuesto de cesión de datos previsto por la Ley Orgánica de Protección de Datos. Dictamen jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en Internet IV. LA REGULACIÓN DEL ACCESO POR EL ARTÍCULO 37 LRJAP Y SU APLICACIÓN AL SUPUESTO ESPECÍFICO DE LA PUBLICACIÓN DE PROYECTOS DE CARRETERAS Y FERROCARRILES A TEXTO COMPLETO EN INTERNET 1. Los sujetos del derecho de acceso. A. Sujetos activos. B. Sujetos pasivos. 2. El objeto del derecho de acceso. A. El acceso a los documentos. a) La definición de documento. b) Los documentos que requieren una legitimación subjetiva especial para poder ser accesibles. a') La definición de documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas. b') La definición de documentos de carácter nominativo. B. La necesidad de que los documentos se encuentren incorporados a un expediente. C. La necesaria terminación del procedimiento. D. La incorporación a los archivos administrativos. 3. La concurrencia de los requisitos impuestos por el artículo 37 LRJAP para el acceso a los documentos administrativos en el caso de los proyectos de carreteras y ferrocarriles, a efectos de su publicación en Internet. V. LOS LÍMITES AL ACCESO 1. El desarrollo legislativo por la LRJAP de los límites y exclusiones al derecho de acceso, previstos por el artículo 105 b) de la Constitución. 2. Los límites al derecho establecidos en el artículo 37.4 LRJAP A. Las limitaciones previstas por normas con rango de Ley. B. Las limitaciones previstas por protección de intereses de terceros y por razones de interés público. 3. Las exclusiones de acceso previstas por el apartado 5 del artículo 37 LRJAP A. Expedientes que contengan información sobre la Defensa Nacional o la seguridad del Estado. B. Expedientes relativos a las materias protegidas por el secreto comercial e industrial. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente Estudio tiene como objeto el análisis jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en Internet, con el objetivo de analizar si determinadas entidades –en concreto, el estudio se refiere a Gestión de Infraestructuras de Andalucía S.A. (GIASA), sociedad adscrita a la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía– pueden dar publicidad, a través de su publicación en Internet, a los expedientes relativos a los proyectos de infraestructuras ferroviarias y de transporte por carreteras que gestionan.

Para ello, en este Estudio se parte de una concepción general del derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, como realización efectiva del principio de transparencia. Por ello, se ha analizado la naturaleza jurídica de este derecho y la eficacia de su regulación constitucional, a través el artículo 105 b) de la Constitución Española (en adelante, CE) a fin de determinar la aplicabilidad de dicho precepto –y de su desarrollo legislativo efectuado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP)–, tanto por lo que se refiere al acceso a través de solicitud a la información contenida en proyectos de infraestructuras como los aquí analizados, como, en particular, a la publicación de los mismos de manera que resulte accesible al público a través de una conexión a Internet.

Una vez determinada la aplicabilidad de la citada normativa, se procederá a analizar, de manera pormenorizada, los requisitos de carácter subjetivo, objetivo y formal que deben reunir los documentos que componen los proyectos, para poder ser publicados, en su caso, a través de Internet.

En particular, serán objeto de análisis los requisitos establecidos en los tres primeros apartados del artículo 37 LRJAP, estudiando las limitaciones que estos establecen, tanto de carácter subjetivo como objetivo. En concreto, se tendrán en cuenta las derivadas de acreditar una concreta legitimación activa para acceder a determinados objetivos –apartados 2 y 3 del citado artículo–, así como los requisitos que el apartado primero establece para que la información pueda hacerse accesible al público, bien a través de su solicitud o, como en este caso, por su publicación en Internet –esto es, que se trate de documentos, relativos a procedimientos terminados, que consten en archivos administrativos–.

Posteriormente, serán objeto de análisis las limitaciones que las normas relativas a acceso establecen y que determinan, en su caso, la imposibilidad de publicación de determinados documentos, por razón de su contenido. El análisis de los requisitos y las limitaciones que establece la Ley se irá haciendo al hilo de la consideración de su aplicabilidad al caso concreto que nos ocupa y las posibles limitaciones a la publicación que de ello se derivan.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

Así, se considerarán las limitaciones derivadas de la protección de la intimidad, de la seguridad y defensa del Estado y de la investigación de los delitos, previstas por el artículo 105 b) CE, así como las determinadas por su legislación de desarrollo.

De esta manera, se analizará la posible aplicabilidad a la publicación de los proyectos aquí considerados, de las limitaciones previstas en los apartados 5 y 6 del artículo 37 LRJAP y la remisión que los mismos hacen a la legislación específica en materia de protección de datos, propiedad intelectual e industrial, secretos oficiales y seguridad pública, etc.

II. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NATURALEZA JURÍDICA Y APLICABILIDAD DEL DERECHO DE ACCESO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 105 B) DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1. Introducción al análisis de la naturaleza jurídica del derecho de acceso

Introduciendo una novedad sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, los constituyentes de 1978 decidieron incluir un artículo en la Constitución que consagrara el derecho de los ciudadanos a consultar la información que consta en documentos administrativos, conservados éstos, de forma ordinaria, en los archivos y registros administrativos.

La regulación de este precepto explicita, sin duda alguna, los principios de transparencia y publicidad como principios básicos de funcionamiento de las Administraciones Públicas, y así lo han entendido tanto la doctrina como los Tribunales de Justicia con el tiempo. Sin embargo su formulación –junto con otros principios básicos que deben inspirar la actuación de las Administraciones Públicas: la participación, la audiencia a los ciudadanos, la necesidad de procedimiento administrativo–, se hizo a través de un precepto que no explicita tales principios, sino que se enuncia de una forma un tanto ambigua al disponer, en el artículo 105 CE, que:

“La Ley regulará:

- a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.
- b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.
- c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.”

Esta redacción del precepto, como mandato al legislador para que regule los concretos derechos aquí enunciados –que son a su vez la traducción de una serie de principios de funcionamiento de las Administraciones Públicas, como tendremos ocasión de ver–, llevó a que surgieran dudas respecto a la posible aplicabilidad directa del precepto o a la conveniencia de considerarlo un derecho de configuración legal necesitado de desarrollo legislativo para poder desplegar su eficacia.

La cuestión, aunque podría considerarse una mera discusión académica –máxime desde que se produjo el tardío pero efectivo desarrollo del precepto a través de la LRJAP, en 1992– ha tenido sin embargo importantes consecuencias, pues según se considere la naturaleza jurídica del derecho enunciado, las consecuencias de su aplicabilidad o no han sido radicalmente distintas y pueden serlo al hilo no sólo del efectivo ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos a través de solicitud, sino también para el caso que nos ocupa, cuando el acceso se pretende hacer de manera generalizada, a través de la publicación de los documentos administrativos, mediante Internet.

2. Las posturas doctrinales en torno a naturaleza jurídica del derecho de acceso y sus consecuencias respecto de la eficacia del mismo

La doctrina que se ha ocupado del derecho de acceso ha sostenido, frente a la enunciación del derecho por el artículo 105 b) de la Constitución, variadas opiniones respecto de su naturaleza jurídica, a través de argumentaciones jurídicas, muy mediatizadas por la primera y trascendental Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ponente D. Fernando Roldán Martínez), en la que se dictaminaba, entre otras cuestiones, sobre este importante tema de la posible aplicabilidad directa del derecho de acceso o la necesidad de su previo desarrollo legislativo para otorgarle eficacia jurídica directa.

Fue, por tanto, muy tempranamente después de la aprobación de la Constitución y de la aparición en el ordenamiento jurídico español del derecho de acceso, cuando se planteó ante los Tribunales la aplicabilidad de este artículo 105 b) CE a falta de su concreción legislativa. Y si bien en un primer momento la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Vizcaya consideró que dicho artículo era aplicable al caso –y así lo declaró en Sentencia de 30 de enero de 1979–, el Tribunal Supremo no tardó en revocar dicha Sentencia, precisamente por considerar que el artículo 105 b) CE no podía ser aplicado sin ser previamente objeto de desarrollo legislativo.

Esta Sentencia dio lugar a importantes discusiones doctrinales y fue además, como se ha señalado, la causa fundamental del posicionamiento de la doctrina sobre la aplicabilidad mediata o inmediata del derecho de acceso regulado por el artículo

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

105 b) CE. Siguiendo a SAINZ MORENO¹, podemos sintetizar los argumentos expuestos por la Sentencia de la siguiente manera:

- a) El artículo 105 b) CE declara un principio básico: el principio de publicidad.
- b) La expresión «la ley regulará» indica la necesidad de preceptos complementarios que lo desarrollen y limiten, para que pueda ser aplicado.
- c) Hasta la producción de ese desarrollo legislativo, sigue vigente la anterior Ley de Procedimiento Administrativo, puesto que otra solución conduciría a un «peligroso subjetivismo interpretativo» contrario a la función judicial, puesto que el principio constitucional no deja a los Tribunales facultad de desarrollo que corresponde a la Ley.

SAINZ MORENO fue sumamente crítico con la sentencia comentada –y, después de él, muchos han sido los autores que se han sumado a estas críticas–, no sólo por no tener en cuenta, como hemos señalado, un dato objetivo que le hubiera librado de tener que interpretar dicho precepto –la preconstitucionalidad de los hechos planteados– sino por su manera de afrontar una cuestión que era fundamental en los primeros años de vida de la Constitución de 1978: su eficacia jurídica, esto es, el alcance normativo inmediato de sus preceptos².

Tras esta Sentencia, de devastadoras consecuencias para el derecho de acceso en nuestro ordenamiento jurídico, las posiciones doctrinales se polarizaron y han estado mediatizadas hasta la actualidad por la cuestión de la eficacia jurídica inmediata o mediata del derecho de acceso previsto por el artículo 105 b) CE.

Así, hay autores que consideran que estamos ante un derecho subjetivo de configuración legal, con la consecuencia de la demora de su eficacia hasta su efectivo desarrollo legal. Fue ÁLVAREZ RICO³ el primero en realizar un análisis del artículo 105 b) CE tras la aprobación de la Constitución y el primero en inaugurar la línea doctrinal de considerar el derecho de acceso como un derecho subjetivo de configura-

¹ SAINZ MORENO, “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979)”, en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 24, 1980, págs. 118 y siguientes.

² Además de considerar que el Tribunal interpretaba erróneamente la expresión “la ley regulará”, para SAINZ MORENO, como para gran parte de la doctrina, la Sentencia equivoca en esta interpretación la naturaleza jurídica del propio derecho de acceso. Para el autor –que sostiene que el derecho de acceso es una concreción del derecho a la libertad de expresión regulado por el artículo 20 CE y, por lo tanto, de aplicación inmediata–, los términos en los que viene establecido por el artículo 105 b) CE no formulan una mera declaración –como aduce el Tribunal– necesitada de un previo desarrollo legislativo, sino que configuran un contenido normativo perfectamente definido tanto positivamente como en sus límites de aplicación, por lo que no es condición necesaria para el ejercicio del derecho que el legislador lo regule, ya que éste sólo desarrolla y reglamenta el derecho, no “lo hace posible”. SAINZ MORENO, *op. cit.*, pág. 122.

Es, en definitiva, una crítica demoledora a una Sentencia que suscitó una viva polémica a lo largo de los años sucesivos, puesto que no hay que olvidar que el desarrollo legislativo de este precepto no tuvo lugar hasta 1992, salvo por lo que se refiere a determinados ámbitos sectoriales, como son el ámbito local (LBRL) o el de patrimonio histórico (LPHE).

³ ÁLVAREZ RICO, M., “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, en la *Revista de documentación administrativa*, núm. 183, 1979, págs. 101 y siguientes.

ción legal; aunque, en aquel momento, esta afirmación tenía una gravísima consecuencia jurídica: la ineficacia del derecho, puesto que no existía desarrollo legislativo alguno del mismo —y que no llegaría hasta 1992, con la LRJAP—, que le otorgara la eficacia deseada.

EMBID IRUJO⁴ también se sitúa en la línea doctrinal de considerar al derecho de acceso como un derecho subjetivo de configuración legal. La postura sostenida por EMBID, sin embargo, no resulta tan radical como la sostenida por ÁLVAREZ RICO, para quien —al igual que para el Tribunal Supremo— la consecuencia directa de la consideración del derecho de acceso como un derecho de configuración legal era el impedimento absoluto a su aplicación práctica. EMBID entiende que el derecho de acceso puede tener una conexión específica con determinados derechos fundamentales, esencialmente el de participación política previsto en el artículo 23 CE y el de libertad de expresión del artículo 20 CE, conexión que, en la práctica, supondría la posible articulación del derecho de acceso como manifestación concreta del ejercicio de estos derechos fundamentales pero sin que ello significara, como han argumentado otros autores —como SAINZ MORENO—, que participe de ese carácter fundamental que permite a aplicación material directa de estos derechos. El derecho de acceso en este sentido sería pues aducible ante la Administración y ante la jurisdicción como requisito necesario para la plena satisfacción en el ejercicio de estos derechos fundamentales, pero no se trata de un elemento esencial de los mismos o de un derecho que participe de esa naturaleza fundamental. “Su situación constitucional —dice EMBID— (el artículo 105 no se encuentra, obviamente, entre los artículos 14 a 29 más la referencia a la objeción de conciencia del artículo 30), no permite esa predicación fundamental y, por ello, no puede hablarse de necesaria regulación por ley orgánica (artículo 81) ni, tampoco, de la previsión de un proceso ordinario especial de protección de un recurso de amparo (artículo 53.2)”⁵.

También POMED SÁNCHEZ⁶ parece situarse dentro de esta línea doctrinal que, sin negar la evidente conexión existente entre el ejercicio del derecho de acceso y la realización material de algunos derechos fundamentales —notablemente, en lo que se refiere al derecho a la libertad de expresión e información contenido en el artículo 20. 1 a) y d) CE—, considera que el derecho de acceso es un derecho que entronca con el derecho especificado por el artículo 20 CE, pero sin que esto conlleve su participación de la naturaleza jurídica fundamental que caracteriza a este derecho en la Constitución.

POMED sostiene, también, que nos hallamos ante un derecho subjetivo regulado por la Constitución que, en virtud de las características técnicas con las que debe contar la Administración para garantizar su efectivo ejercicio, queda diferido hasta su con-

⁴ EMBID IRUJO, A. “El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de su consagración legislativa” en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Tomo I*, Civitas, 1993.

⁵ EMBID, “El derecho de acceso...”, *op. cit.* Págs. 732 y 733.

⁶ POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, INAP, 1989.

figuración por la ley que debe regularlo. Esto es, este autor sostiene que nos encontramos ante un derecho subjetivo de configuración legal y que la expresión “la ley regulará” con la que se inicia el artículo 105 CE supone una “reserva material de ley en relación con el surgimiento efectivo del derecho subjetivo al mundo jurídico, y ello vendrá justificado por la necesidad técnica de regular una serie de extremos que, indudablemente, no deben ser recogidos en la Constitución. [...] Se está imponiendo una reserva de procedimiento, que implica la necesidad de una previa habilitación legal para la actuación de la Administración, habilitación no inserta en el precepto constitucional”⁷.

Pero, frente a la interpretación del artículo 105 b) CE mantenida por el Tribunal Supremo en su polémica Sentencia de 16 de octubre de 1979, surgieron también rápidas contestaciones a la misma por parte de otro sector de la doctrina administrativista, que entendía que la falta de actuación por parte del legislativo, cumpliendo el mandato que la Constitución establecía, de regular a través de una Ley, entre otros, el derecho de acceso a archivos y registros, no podía tener como consecuencia la inexistencia material de dicho derecho en el ordenamiento jurídico. Muy al contrario, estos autores entendieron que esta previsión constitucional –concreta, además, en cuanto a lo que se refiere a sujetos activos y pasivos, así como al objeto del derecho y las excepciones que permiten limitarlo– era más que suficiente para otorgarle la relevancia jurídica que un derecho previsto constitucionalmente debe tener.

A fin de otorgarle la eficacia normativa deseada, esta doctrina sostuvo, frente a la tesis del carácter de derecho subjetivo de configuración legal del derecho de acceso, una interpretación del precepto que hubiera permitido una aplicación inmediata del mismo: su subsunción o relación directa con los derechos fundamentales que sí son objeto de aplicación inmediata sin necesidad de desarrollo legislativo. La consideración del derecho de acceso como elemento integrante y necesario de determinados derechos fundamentales y, por consiguiente, contagiado de alguna manera de dicha naturaleza fundamental, determinaba para ellos que el precepto contenido en el artículo 105 b) CE fuera de inmediata aplicación.

Ésta fue la postura adoptada por SAINZ MORENO al poco tiempo de la promulgación de la Constitución. Frente a la muy discutida Sentencia del Tribunal Supremo, SAINZ MORENO reivindicó dicha aplicabilidad inmediata, para lo cual presentó varios argumentos. Como argumento central, el autor aduce que “el artículo 105 b) de la Constitución no se limita a formular una «declaración de principios básicos» del tipo de la contenida en el Capítulo II del Título I (artículos 39 a 52), cuyo valor es el que le confiere el artículo 53.3, sino que tiene un contenido normativo bien definido tanto positivamente («acceso a de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos») como negativamente («salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas»),

⁷ POMED SÁNCHEZ, *op. cit.* Pág. 141.

contenido que consiste, en definitiva, en una concreción del derecho a la libertad de expresión regulado por el artículo 20 y, por tanto, amparado en lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 53 de la Constitución”⁸.

De todo ello deduce el autor que el artículo 105 b) CE, al hacer una concreción del derecho de libertad de expresión contenido en el artículo 20 CE, es un precepto de inmediata aplicación sin previo desarrollo legislativo. Esto es, si bien SAINZ MORENO no afirma directamente que el derecho de acceso participa de la naturaleza de los derechos fundamentales por su relación con el derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 20 CE, sí puede deducirse de su argumentación que es ésta su opinión y que, precisamente, la aplicabilidad inmediata que reivindica de este precepto deriva de esa peculiar naturaleza jurídica.

La misma técnica jurídica para calificar el derecho de acceso fue la seguida por MUÑOZ MACHADO⁹, también como crítica a la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, aunque este autor vinculó esencialmente el derecho de acceso a otro derecho fundamental, el de participación política, previsto por el artículo 23 CE. De esta manera, aducía que el derecho a obtener información es una exigencia tanto del derecho de participación como del derecho de expresión, pues ambos precisan de una información previa, por lo que, conectados los preceptos de los artículos 20, 23, 53 y 105 b) CE, el derecho de acceso a los documentos administrativos “es directamente aplicable, vincula a los poderes públicos y su ejercicio está garantizado mediante procedimientos especiales de amparo ordinario y constitucional”.

FERNÁNDEZ RAMOS¹⁰ ha sido quien más radicalmente parece haber defendido esta postura y, de esta manera, sostiene como tesis que el derecho de acceso es una manifestación concreta del derecho a recibir información. Para ello, este autor parte de considerar que la libertad de información recogida por el artículo 20.1.d) CE no se limita a reconocer la posibilidad de los medios de comunicación de recabar información y la del público de recibir “noticias”, sino que comprende una multiplicidad de figuras, siendo claramente un derecho de libertad. Esto es, frente a las tesis que sostienen un derecho de estructura prestacional en el que el derecho enunciado presupone sólo una actividad pasiva del público a recibir las noticias, para FERNÁNDEZ RAMOS este derecho incluye una facultad de los ciudadanos a informarse (un dere-

⁸ SAINZ MORENO, *op. cit.*, pág. 122.

⁹ MUÑOZ MACHADO, S. “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos” en el *Seminario sobre “Relaciones Administración-Ciudadano: Información, Documentación y Libertades Públicas”*, organizado por el Instituto Nacional de Prospectiva, 1980, en cita de SAEZ LORENZO, M.C., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos*, Cuadernos de Documentación, Madrid, 1982, págs. 38 y 39.

¹⁰ FERNÁNDEZ RAMOS *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, 1997.

¹¹ “Este precepto –dice el autor sobre el artículo 105 b) CE– significa declarar, de un modo directo, la publicidad de la información contenida en los archivos y registros administrativos, de tal modo que la información plasmada en los documentos en ellos depositados debe ser considerada como información pública y puede ser objeto inmediato de la libertad de informarse, contenida en el derecho a recibir información del artículo 20.1 d) CE, salvo aquella información que afecte a los bienes constitucionalmente protegidos. Asimismo, el artículo 105 b) CE establece no tanto una reserva de ley como un mandato positivo al legislador –con unos límites predeterminados– para que regule el ejercicio de este derecho, pues el constituyente parte de la efectiva inexistencia de dicha regulación”.

cho de libertad) dentro del derecho a recibir información del artículo 20.1. d) CE¹¹. También MESTRE DELGADO¹² mantiene una postura que no se encuentra muy alejada de las anteriores, aunque con ciertas matizaciones, puesto que este autor, además de considerar al derecho de acceso como instrumental de algunos derechos fundamentales o en íntima conexión con éstos, entiende que estamos ante la enunciación del principio de transparencia de la actuación de la Administración y ante “una garantía que incorpora, no ya la atribución de un derecho reaccional, frente al comportamiento administrativo, sino el principio participativo [...], y que constituye, por otra parte, un reflejo importante del principio de transparencia administrativa”.

3. El derecho de acceso como principio de actuación de las Administraciones Públicas

Existe un mayor consenso entre la doctrina respecto de esta cuestión, esto es, en considerar que la Constitución, a través de su anunciado, establece una serie de principios de actuación de las Administraciones Públicas que son, como tales principios, vinculantes para las mismas. Ahora bien, las posiciones doctrinales también varían en lo que se refiere al principio que se enuncia: principio de transparencia, principio de publicidad de la actuación administrativa o principio participativo.

Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ declaraba muy tempranamente tras la aprobación del texto constitucional que “el artículo 105 b) introduce en nuestro ordenamiento un principio de publicidad y transparencia en la acción administrativa directamente lanzado contra las restricciones impuestas en el pasado por la Ley de Secretos Oficiales”¹³. Y, en el mismo sentido se pronuncia EMBID IRUJO, para quien el artículo 105 b) CE consagra un derecho de los ciudadanos que se constituye como “una de las prerrogativas que tienen [los ciudadanos] frente a la Administración pública [...]”. Un «derecho» de los ciudadanos que debe, lógicamente, llevar consigo una obligación para la Administración pública. [...] El acceso a los archivos y registros es, por tanto, un principio objetivo, básico para entender la imagen constitucional de la Administración como poder inmerso en el mandato general de transparencia, pero, al mismo tiempo, la referencia a los ciudadanos funda un derecho subjetivo”¹⁴.

Por otro lado, también la doctrina ha visto en este artículo una enunciación esencial del principio de participación. Para ÁLVAREZ RICO, en este sentido, está claro que la regulación del derecho de acceso es de singular valor para comprobar el alcance de la participación ciudadana, siendo “motor de la modernización de la Administra-

¹² MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (análisis del artículo 105 b) de la Constitución*, Cívitas, 1988.

¹³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “La organización territorial del Estado y la Administración Pública en la nueva Constitución” en *Lecturas sobre la Constitución Española (I)*. UNED, 1978, pág. 369.

¹⁴ EMBID IRUJO, A. “El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de su consagración legislativa” en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Tomo I*, Cívitas, 1993.

ción Pública y acicate para su eficacia y transparencia, como sistema para acercar la Administración al ciudadano, dando paso a una nueva cultura administrativa” y también destaca su importancia como “medio o soporte de otros derechos como el de participación, el de comunicar o recibir información libremente o el de igualdad ante la Ley”¹⁵.

En todo caso, si bien la doctrina destaca, casi unánimemente, la importancia de los principios de transparencia y de participación presentes en el artículo 105 b) CE, no debemos olvidar la necesidad, señalada por SAINZ MORENO, de buscar y alcanzar un equilibrio entre las exigencias de transparencia que este artículo determina y las reticencias a la misma por parte de la Administración —así como, no hay que olvidarlo, aquellos casos en los que el secreto o la reserva son necesarios y obligatorios, además de garantía de determinados derechos fundamentales—. Así, el autor señala que “el secreto administrativo, o lo que es igual, el secreto del poder, es incompatible con la libertad y hace imposible una real participación ciudadana en los asuntos públicos (artículos 9.2 y 23.1 CE). Y, sin embargo, al mismo tiempo que se pide transparencia, se exige a la Administración que se guarde riguroso secreto de todo aquello que conoce y cuya difusión externa, o comunicación interna, pueda causar algún perjuicio personal, profesional o económico a los ciudadanos. [...] Así pues, de un lado, la Administración debe ser transparente y facilitar la información que se le pide [artículos 105.b), 109 y 23 CE], pero, de otro, la Administración está obligada a mantener el secreto de ciertas materias e, incluso, necesita de un cierto secreto para poder actuar eficazmente”¹⁶.

4. Toma de posición en torno a la naturaleza jurídica y la eficacia del derecho de acceso

Del breve análisis llevado a cabo sobre las posturas doctrinales en torno a la naturaleza jurídica del derecho de acceso, podemos deducir que el artículo 105 CE es, principalmente, un precepto enunciativo del principio de transparencia y del principio participativo —se entienda este último de forma separada e independiente o como parte esencial del de transparencia—, que se positivizan a través una serie de mecanismos —entre ellos el acceso a los archivos y registros administrativos— que la Constitución establece en forma de obligaciones para la Administración y, en contrapartida, como garantía de los ciudadanos que la ejercitan a través del derecho subjetivo que la ley de desarrollo debe configurar.

De esta configuración jurídica del artículo 105, y de su apartado b) en particular, se derivan, por tanto, varias consecuencias ya señaladas:

¹⁵ ÁLVAREZ RICO, M. y ÁLVAREZ RICO, I., “El derecho de acceso a los archivos...”, *op. cit.* pág.474.

¹⁶ SAINZ MORENO, F. “Secreto e información en el Derecho Público” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, tomo III*, Cívitas, 1991.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

- a) La primera es que el derecho de acceso a los archivos y registros se configura como una realización del principio de transparencia y del principio de participación, como elementos legitimadores de la Administración, a través de la puesta a disposición de los ciudadanos de mecanismos que les permitan conocer y controlar cómo la Administración sirve a los intereses generales.
- b) La segunda es que estamos ante un artículo de la Constitución que establece un mandato a la Administración, que le obliga a un comportamiento determinado para con los ciudadanos, estableciendo una obligación jurídica que supone una garantía jurídica para los mismos.
- c) La tercera es que nos encontramos ante un derecho subjetivo –que surge como consecuencia o contrapartida de esa obligación que se establece para la Administración– que puede calificarse de derecho de configuración legal, puesto que, como tal, debe ser articulado y desarrollado por el legislador, a través de la Ley, conforme a las determinaciones, muy precisas, que el constituyente ha establecido.

De estas consecuencias podemos deducir que, si bien el artículo 105 b) CE establece un derecho subjetivo que podría calificarse de derecho de configuración legal y, por tanto, con eficacia diferida hasta que tenga desarrollo legislativo propio, el precepto jurídico sí es de aplicación directa e inmediata porque establece unos principios de actuación de las Administraciones Públicas que, como tales, no necesitan de desarrollo para ser inmediatamente aplicables.

La postura sostenida por parte de la doctrina, de justificar la aplicabilidad inmediata del derecho de acceso por considerar que éste participa del carácter fundamental del derecho a la información consagrado por el artículo 20.1 d) CE, me parece que se debe interpretar más como fruto de la búsqueda de un recurso jurídico que permitiera la aplicación de una norma de enorme trascendencia en los primeros años de la democracia –ante la negativa del Tribunal Supremo a interpretar el vigente Derecho administrativo del momento a la luz del principio de transparencia–, que como una búsqueda del fundamento jurídico real del derecho de acceso.

El principio de transparencia y el derecho de acceso tienen indudables elementos de contacto y, en ocasiones, este último será no sólo la realización del principio de transparencia¹⁷, sino que podrá ser una facultad necesaria del derecho a la información previsto por el artículo 20. 1 d) CE, o del derecho a la participación política del artículo 23 CE e, incluso, su consideración como derecho instrumental de los anteriores podrá conducir a que su desconocimiento lleve aparejada la violación de los derechos fundamentales que se intentan ejercer, pero ello no significa que participe del carácter esencial de estos derechos¹⁸.

¹⁷ Al igual que el principio de transparencia no se agota, por supuesto, en la realización del derecho de acceso.

¹⁸ Prueba de lo cual es el tratamiento que de ambos derechos ha hecho el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de

Probablemente, si el caso que dio lugar a la citada Sentencia se hubiera producido unos años más tarde, o simplemente, se hubiera decidido no aplicar el Texto constitucional a hechos preconstitucionales –hay que recordar que la Sentencia se dicta tan sólo diez meses después de la aprobación de la Constitución–, los Tribunales no hubieran tenido dudas respecto de su aplicación directa o inmediata, pero se ha de comprender que la enunciación del derecho de acceso, como instrumento de realización del principio de transparencia, suponía un enorme cambio en cuanto a la concepción de la Administración.

De hecho, no habría que esperar mucho tiempo para que el propio Tribunal Constitucional afirmara la aplicabilidad directa de los principios contenidos en el artículo 105 CE. En su Sentencia 18/1981, de 8 de junio, el Tribunal Constitucional afirmaba en un caso de amparo solicitado, respecto del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo previsto por el apartado c) del artículo 105, que “debe señalarse que la reserva de Ley que efectúa en este punto el artículo 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación directa”.

Esta doctrina ha sido reiterada posteriormente tanto por el propio Tribunal Constitucional, como por el Tribunal Supremo. Este último afirma dicha aplicabilidad directa tanto respecto del apartado a) del artículo 105 (SSTS de 8 de mayo de 1987, 23 de marzo de 1988 o 12 de enero de 1990), como del apartado b) que nos ocupa (STS de 14 de noviembre de 2000).

Respecto de la aplicabilidad directa del apartado b) del artículo 105 CE, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de noviembre de 2000, afirmó que “aun cuando este precepto [el artículo 105 b) CE] pudiera pensarse que condiciona la aplicación de este derecho a su desarrollo legislativo, el Tribunal Constitucional, considerando su valor sustantivo, ha estimado, en aplicación del principio de la fuerza normativa directa de la Constitución, que dicho precepto es aplicable directamente sin necesidad de esperar a su desarrollo legislativo, que se ha llevado a cabo, básicamente en el artículo 37 de la Ley 20/1992 [...]. En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio, declara que «la reserva de Ley que efectúa en este punto [el caso contemplado se refiere al apartado c) del artículo] el artículo 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una

Estrasburgo (Sentencias *Leander c. Suecia*, de 26 de marzo de 1987 y *Gaskin c. Reino Unido* de 7 de julio de 1989, entre otras), que ha considerado que el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar *informaciones o ideas*, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa”, no es la vía adecuada para la protección del derecho de acceso, lo que ha dado lugar a que el Consejo de Europa haya elaborado un instrumento jurídico vinculante para los países miembros en el que se regula el derecho de acceso a los documentos administrativos, que se encuentra en la actualidad pendiente de ratificación.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata». Resulta, pues, evidente, que, en aplicación directa de la norma constitucional, este derecho exige, con el fin de respetar su núcleo esencial integrado por el haz de facultades que lo hacen reconocible y la efectividad de los intereses del administrado a que responde, que se haga en un grado razonable asequible a los particulares, superando las limitaciones derivadas de su posición de inferioridad material frente a los poderes públicos, el adquirir conocimiento de los datos y documentos que puedan legítimamente interesarles, sin otras limitaciones que las que el propio precepto constitucional contempla [...] y las derivadas de las normas generales de procedimiento y de los principios de proporcionalidad, racionalidad y buena fe a que debe sujetarse el ejercicio de todo derecho”.

No hay, por tanto, dudas en la actualidad respecto de la aplicabilidad directa del precepto constitucional, pese a necesitar de la colaboración de la Ley para concretar los distintos extremos del ejercicio del derecho de acceso por parte de los titulares del mismo.

III. APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA DE ACCESO AL SUPUESTO DE PUBLICACIÓN DE DOCUMENTOS A TRAVÉS DE INTERNET

1. Su aplicabilidad como supuesto concreto del artículo 105 b) de la Constitución

La realización del principio de transparencia, presente –como ya hemos tenido ocasión de señalar– en el artículo 105 de la Constitución Española, es explicitado por la LRJAP, en su artículo 4, apartado 5, que determina que “en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación” y en este ámbito se entronca, entre otras cuestiones, el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. La afirmación –ya explicitada, por tanto, por la LRJAP– del principio de transparencia determina además su independencia respecto de los mecanismos concretos de acceso previstos por las normas y que pueden ejercer los ciudadanos a través de esta solicitud.

De esta manera, el principio de transparencia, en general, además de suponer la existencia de un derecho subjetivo de los ciudadanos a acceder a la documentación administrativa e informarse de la actividad de las Administraciones Públicas, engloba sin duda la posibilidad por parte de las mismas de actuar de oficio, unilateralmente, poniendo a disposición de los ciudadanos información y documentación de carácter administrativo, a través de su publicación por los más variados medios, incluido evidentemente a través de Internet.

No obstante, la publicación de la información y documentación administrativa, como realización del principio de transparencia que obliga a las Administraciones

Públicas, no está regulada como tal y si, en principio, es una manifestación clara del citado principio, no puede llevarse a cabo de manera ilimitada, sino que podrá realizarse siempre que se respeten las restricciones establecidas en relación con el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, tanto por el artículo 105 b) CE como por el artículo 37 LRJAP.

En este sentido, hay que entender que la regulación de la LRJAP es una ley de mínimos, por cuanto es posible garantizar el acceso a los ciudadanos a la documentación administrativa a través de la publicación y, por tanto, más allá de lo establecido por la Ley como régimen de ejercicio del derecho de acceso, siempre que se respeten, como ya sea ha reiterado, las limitaciones y prohibiciones que establecen la LRJAP y las normas a las que ésta se remite y que incluyan previsiones limitadoras de la publicidad o de la comunicación de datos a terceros.

Debe recordarse, en primer lugar, que el artículo 105 b) CE establece como límites del derecho de acceso “la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas” y que el artículo 37 LRJAP, en su regulación establece las condiciones subjetivas, objetivas y formales de ejercicio del derecho, así como las limitaciones existentes a su ejercicio, establecidas por la misma norma (apartado 5), o a través de la remisión a otras normas jurídicas que a su vez introducen restricciones (apartado 6).

Será necesario, en segundo lugar, tener en cuenta, para la publicación de información y documentación administrativa, el respeto al interés general cuando éste desaconseje la puesta a disposición del público de la información, la protección de los intereses de terceros más dignos de protección y los límites establecidas por otras normas jurídicas, conforme determina el apartado 4 del artículo 37 LRJAP, en virtud del cual, las normas con rango de ley pueden limitar el ejercicio del derecho de acceso y, en definitiva, la posibilidad de los ciudadanos de conocer la información a la que dichas normas se refieren, debiendo impedirse, *a fortiori*, su comunicación al público en general a través de Internet, en estos casos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el derecho subjetivo de los ciudadanos a acceder a los documentos administrativos y, por tanto, la posibilidad de conocer la información administrativa, regulado por la LRJAP, viene referido, primordialmente, a los registros administrativos y a los documentos que formen parte de expedientes relativos a procedimientos terminados a fecha de la solicitud del acceso, lo que debe interpretarse en el sentido de que, en principio, para que dichos documentos pertenecientes a expedientes administrativos, como los relativos a proyectos de carreteras y ferrocarriles, puedan ser publicados en Internet y, por tanto, susceptibles de ser consultados por los ciudadanos, debe tratarse de procedimientos concluidos.

Respetando por tanto las citadas limitaciones, no hay duda de que el derecho de acceso, como efectiva realización del principio de transparencia presente en la Constitución y en la LRJAP, engloba la posibilidad de que las Administraciones

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

Públicas publiquen de manera proactiva la información administrativa a través de Internet, como en el caso que nos ocupa, poniendo a disposición del público la documentación administrativa referente los proyectos de infraestructuras de ferrocarril y carreteras, en todo lo que no se vean afectadas por las ya referidas limitaciones derivadas de la legislación señalada.

2. Su aplicabilidad como supuesto de cesión de datos previsto por la Ley Orgánica de Protección de Datos

La publicación de información a través de Internet, cuando contenga documentos con datos de carácter personal, ha sido considerada por la Agencia de Protección de Datos como una “cesión de datos”, en virtud de lo dispuesto por el artículo 3.j) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal que la define como “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”.

La finalidad de la protección establecida por esta Ley es sustancialmente distinta de las limitaciones que establece el artículo 105 b) CE y el artículo 37 LRJAP en desarrollo del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, puesto que no responde a la intimidad de las personas, la seguridad nacional o la investigación de los delitos —junto a la protección de otra serie de bienes jurídicos amparados por el artículo 37 LRJAP, como tendremos ocasión de ver—, sino que se refiere específicamente a la protección de los datos de carácter personal que, como concreta el artículo 3.a) LOPD son “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de la Ley, que se concreta en su artículo 2.1: “La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”.

En este sentido, no hay duda de que los proyectos de ferrocarriles y de carreteras contienen numerosos datos de carácter personal y su publicación, a través de Internet, es un supuesto concreto de cesión de datos, según ha sido interpretada la Ley por la Agencia de Protección de Datos¹⁹.

Pero hay que tener en cuenta que, aunque la LOPD protege los datos de carácter personal exigiendo la existencia de consentimiento por el afectado para su tratamiento, hay supuestos establecidos por la Ley Orgánica en los que la cesión de los mismos es legítima, incluso sin mediar consentimiento. Así, la propia Agencia de Protección de Datos ha declarado que la publicación de datos puede ser una cesión legítima conforme a lo dispuesto al artículo 11.1 que determina que “los datos de

¹⁹ *Id.* al respecto, el Informe de la Agencia de Protección de Datos de 20 de diciembre de 2004, así como el más reciente Informe 0660 de 2008.

carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”, puesto que no será necesario el consentimiento de los afectados cuando la comunicación se encuentre amparada por una norma con rango de Ley [artículo 11.2.a)] o cuando se refiera a datos incorporados en fuentes accesibles al público [artículo 11.2.b)].

A tal efecto, debe considerarse que son fuentes accesibles al público, según el artículo 3.j) LOPD “aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencias que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público, los Diarios y Boletines oficiales y los medios de comunicación”.

En cualquier caso, la Agencia de Protección de datos limita la posibilidad de tratamiento de dichos datos para las finalidades para las que se recogió la información, estando prohibido por el artículo 4.2 LOPD su tratamiento para finalidades incompatibles, incluso cuando se trate de datos públicos o accesibles.

En el caso que nos ocupa, de publicación de proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en Internet, en los que nos aparecen numerosos documentos en los que figuran datos de carácter personal, no hay duda de que nos encontramos ante un supuesto de cesión de datos de los previstos por la Ley, al poner dicha información, en la constan datos de carácter personal, a disposición del público. Por ello, serán plenamente aplicables las disposiciones de la LOPD, aunque debe tenerse en cuenta que su aplicación debe ser compatible, en todo caso, con la finalidad de transparencia que se encuentra en la base de esta medida.

Por ello, en primer lugar, debe considerarse que se trata de una cesión de datos compatible con aquella que justificó su recogida, conforme a lo establecido por el artículo 4.2 LOPD, pues la publicación de los proyectos en Internet tiene como finalidad esencial el dotar de transparencia a la actuación administrativa, principio constitucional y de las Administraciones Públicas (artículo 105 b) CE y 4 LRJAP) que no es incompatible con la actividad de realización de infraestructuras públicas –que es la finalidad de los proyectos–, sino que, al contrario, le dota de la publicidad que es propia de un sistema democrático.

Ahora bien, la publicación deberá hacerse teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, deberá mediar el consentimiento de las personas físicas afectadas, no siendo éste necesario bien cuando se trate de datos de fuentes accesibles al público o cuando así lo autorice una Ley.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

A todos estos supuestos iremos haciendo referencia al hilo del estudio de los requisitos necesarios para que la documentación de los proyectos pueda ser accesible y, sobre todo, al referirnos a las limitaciones al acceso que establece el artículo 37.4 LRJAP y las Leyes a las que éste se remite, que serán las que determinen, de un lado, que documentos no pueden ser accesibles, pero, de otro, determinará cuándo las leyes establecen el carácter público de los documentos, de manera que los mismos puedan ser publicados sin necesidad de mediar consentimiento por parte de los posibles afectados.

IV. LA REGULACIÓN DEL ACCESO POR EL ARTÍCULO 37 LRJAP Y SU APLICACIÓN AL SUPUESTO ESPECÍFICO DE LA PUBLICACIÓN DE PROYECTOS DE CARRETERAS Y FERROCARRILES A TEXTO COMPLETO EN INTERNET

Como ya se ha señalado, el tardío desarrollo legislativo del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos previsto por el artículo 105 b) CE se produjo finalmente en 1992, con la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (LRJAP), que en su artículo 35 reconoce el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como uno de los derechos “de los ciudadanos” y cuyo artículo 37. ha llevado a cabo el específico desarrollo legal del derecho.

Efectivamente, el apartado primero del artículo 37 LRJAP establece que “los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”.

Se pasa así de la previsión hecha por el artículo 105 b) CE de acceso de los ciudadanos a los archivos administrativos, a un acceso a los documentos obrantes en dichos archivos²⁰, pero sometidos a una serie de requisitos que constriñen espectacularmente el ejercicio de dicho derecho²¹. A esto se deben unir las especificaciones de legitimación que respecto de determinados documentos realizan los apartados dos y tres del mismo artículo 37, cuestiones ambas que han sido objeto de duras críticas.

A continuación analizaremos, de forma pormenorizada, cada uno de los elementos que configuran el desarrollo del acceso a los archivos y registros administrativos,

²⁰ Como señala MESTRE: “el derecho de acceso a archivos y registros administrativos (que se identifica con su contenido, los documentos en ellos incorporados) se convierte en el derecho de acceso a registros y documentos, siempre que obren en un archivo. La modificación no es, en mi opinión, baladí”. MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 140.

²¹ Lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que una interpretación literal de precepto podría llevar al vaciamiento del derecho. FERNÁNDEZ RAMOS afirma al respecto que “lo cierto es que una interpretación literal del precepto significaría dejar en manos de la «buena voluntad» de la propia Administración el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del derecho de acceso”. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 428.

teniendo en cuenta que el acceso a los registros, aunque no se haya tan constreñido por requisitos de carácter objetivo, sí que participa de las limitaciones respecto de legitimación subjetiva que se establecen en los apartados 2 y 3 del artículo para el acceso tanto a los registros como a los archivos administrativos. Todos estos requisitos se nos presentan, no sólo cuando el acceso se intenta por los ciudadanos, sino también para la puesta a disposición del público de esta información a través de Internet, de manera que cuando la norma limita el acceso, al someterlo a una especial legitimación subjetiva, se está restringiendo el posible acceso libre a la información y, por tanto, su legítima y lícita puesta a disposición del público a través de Internet, como en el caso que se nos ocupa.

1. Los sujetos del derecho de acceso

A. Sujetos activos

Aunque específicamente los artículos 105 b) CE y 35 y 37 LRJAP señalan como titular del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, la primera duda que se nos plantea al considerar quienes pueden ejercer dicho derecho es saber, en concreto, cual es el concepto de ciudadano que se maneja en la LRJAP, pues al regular el derecho de acceso en su artículo 35, junto con otros derechos, parece que está utilizando una acepción equivalente a la del “administrado”²² y no una estricta interpretación constitucionalista.

Esta claro que, como mínimo, el concepto de ciudadano que debemos manejar es aquél determinado por el Tribunal Constitucional que engloba tanto a personas físicas como a personas jurídicas. Así lo avala, además de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia relativa al derecho de acceso, en la que en ningún caso se ha discutido la legitimación de las personas jurídicas como requirentes o solicitantes del derecho de acceso²³.

Asimismo y a raíz de la ratificación del Tratado de Maastricht, creo que debemos entender que los ciudadanos europeos también deben tener reconocido el derecho de acceso, al menos en cuánto residentes, en virtud de lo establecido por el artículo 17 TCE.

²² Se trata éste de un concepto que ha sido rechazado en general por la doctrina, por entender que el mismo es preconstitucional y peyorativo, por referirse a las personas que tratan con la Administración de manera meramente pasiva, aunque parte de la doctrina lo sigue utilizando (entre otros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R: FERNÁNDEZ, *vid. Curso de Derecho Administrativo*, Aranzadi), conforme, por otro lado, con el texto constitucional ex artículo 149.1.18.ª CE.

²³ Aunque luego se les haya podido denegar el acceso por falta de legitimación, pero debida a otras cuestiones. *Vid.*, entre otras, las Sentencias del TSJ de Murcia 642/2001, de 2 de noviembre y 196/2004, de 30 de marzo, del TSJ de Valencia 839/1995, de 7 de noviembre y 1067/2004, de 23 de diciembre, del TSJ de Andalucía de 5 de septiembre de 2002, del TSJ del País Vasco 233/2003, de 28 de marzo, del TSJ de Cataluña 196/2005, de 4 de marzo o del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000. Cabe destacar, a este respecto, el reconocimiento de legitimidad como sujeto solicitante del derecho de acceso, de una Comunidad de propietarios (STSJ de Castilla y León 280/2003, de 10 de octubre).

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

Lo que, a mi parecer, no queda tan claro es que puedan ser sujeto activo del derecho de acceso los extranjeros no residentes²⁴. Ello, porque es difícilmente compatible que se establezca como sujeto del derecho de acceso a “los ciudadanos” y se dé después acceso universal, puesto que, en ese supuesto, el legislador, tanto constitucionalmente, como en la LJRAP, lo hubiera regulado de otra manera, haciendo alusión a “todos”²⁵ o a “toda persona física o jurídica”²⁶. Y es que, frente a otros ordenamientos jurídicos, en los que se reconoce el derecho de acceso a todas las personas independientemente de su nacionalidad, capacidad de obrar o vinculación con los poderes públicos, el derecho de acceso en España se concibe de los ciudadanos/administrados, respecto de la documentación contenida en registros o en expedientes conservados en archivos de la Administración²⁷.

Sorprende, por tanto, que los titulares del derecho de acceso regulado por el artículo 37 LRJAP sean los ciudadanos, sin ninguna otra concreción. Creo que la mención que dicho artículo hace a los mismos, debe entenderse únicamente como una opción política cuya finalidad era la huir de la utilización del término “administrado”, por el carácter peyorativo que el mismo pudiera tener. Sin embargo, dicho término, además de ser mucho más preciso en relación con la finalidad con la que se reconocen los derechos de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas, ha quedado constitucionalizado por el artículo 149.1.18 CE²⁸.

No obstante, estamos ante la regulación de un derecho que supone la realización material del ya positivizado principio de transparencia (artículo 4 LRJAP) y que, como tal, sólo se puede restringir para la protección de otros derechos constitucionales o de terceros. Por ello, creo que esta regulación debe interpretarse como una regulación de mínimos en cuanto a que nada impide una actuación proactiva de las

²⁴ Máxime cuando, como hemos tenido ocasión de señalar, de la regulación completa del artículo 37 LRJAP se trasluce el carácter sumamente restrictivo de esta regulación. La doctrina lo ha resaltado en varias ocasiones –SANTAMARÍA PASTOR y PARADA, entre otros muchos– y en el propio debate parlamentario se señaló de manera muy gráfica por parte del Diputado del Grupo Izquierda Unida, el Sr. Baltasar Albesa: “se ha hecho un artículo tremendamente limitativo. Tras cada enunciado de derecho existe un conjunto o una retahíla de condicionantes para su ejercicio. [...] entendemos que no puede limitarse el artículo 105 b) de la Constitución que, en todo caso, evidentemente marca una serie de aspectos fundamentales. Creemos incluso que en este caso se podría rozar la inconstitucionalidad por limitación de este artículo”. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisiones, núm. 483, 16 de junio de 1992, pág. 14246.

²⁵ Como se hace en otros artículos de la Constitución o, relacionado con el derecho de acceso, en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

²⁶ Como se establece en el Reglamento 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

²⁷ No se trata de un derecho a la información o de un derecho a saber (*right to know*) frente a la información del gobierno o de los poderes públicos en general, sino el derecho de los ciudadanos a conocer la actuación de la Administración. Como reflejo de los principios democrático, de participación y de transparencia –como han repetido numerosas veces la jurisprudencia y la doctrina– se trasluce en el ejercicio de un derecho a conocer la actuación de la Administración, de servicio público, de sus relaciones con los ciudadanos, de su gestión del presupuesto del Estado. Derecho que, por supuesto, trasciende el carácter subjetivo de defensa de los derechos e intereses legítimos y que supone también una esfera de control y participación, pero no en los términos que se entiende al hablar de la “libertad de información” o de “derecho de la información”.

²⁸ Es más, sólo si se interpreta la referencia a los ciudadanos por el artículo 37 LRJAP en el sentido anteriormente indicado –no olvidemos, además, que en el ámbito local, como veremos, los sujetos del derecho de acceso son los vecinos, que no tienen por qué ser ciudadanos–, son comprensibles los estrictos requisitos de legitimación activa exigidos por los apartados 2 y 3 del artículo 37 LRJAP.

²⁹ Pero sí están reguladas, como sabemos –aunque insuficientemente, según la generalidad de la doctrina–, en la Disposición

Administraciones Públicas poniendo a disposición del público en general documentación administrativa, siempre que se refiera, en general, a información a la que la Ley no vincula una legitimación subjetiva concreta –como ocurre en los casos de los apartados 2 y 3 del artículo 37 de la LRJAP que, en todo caso, habrá que poner en conexión con la regulación de la LOPD, cuya aplicación garantiza el propio apartado 4 del mismo artículo– y, por tanto, siempre que la documentación que se pretende publicar no se vea afectada por las limitaciones al acceso de la propia LRJAP o de otras normas que, como veremos, pueden establecer excepciones o limitaciones de suma relevancia.

B. Los sujetos pasivos

La mayoría de la doctrina es coincidente al afirmar que el sujeto pasivo del derecho de acceso viene determinado por el artículo 35 h) LRJAP, cuando establece el derecho de los ciudadanos “al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas”, por lo que la cuestión fundamental, a la hora de concretar el sujeto pasivo del derecho de acceso, es qué se debe entender en este caso por “Administraciones Públicas”.

La doctrina considera que se trata de una referencia de carácter general, en la que se han de comprender todas las Administraciones públicas en sentido amplio, esto es, acudiendo como criterio general para su determinación al artículo 2 LRJAP, que establece que “1. Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas: a) la Administración General del Estado; b) las Administraciones de las Comunidades Autónomas; c) las Entidades que integran la Administración Local. 2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”.

La cuestión está clara cuando se trata de Administraciones territoriales o de Administraciones institucionales o instrumentales en el ejercicio de potestades administrativas, pero plantea el problema de si se deben considerar incluidas, como sujetos pasivos del derecho de acceso, la Administración institucional en el resto de los casos, las Corporaciones de Derecho público, así como las Fundaciones y, sobre todo, para el caso que nos ocupa, las empresas públicas.

EMBID IRUJO considera que las Corporaciones de Derecho Público sí deben ser consideradas como sujeto pasivo del derecho de acceso: aunque éstas no se mencionen directamente por el artículo 2 LRJAP²⁹, han de ser sujeto pasivo del derecho de acce-

²⁹ Pero sí están reguladas, como sabemos –aunque insuficientemente, según la generalidad de la doctrina–, en la Disposición Transitoria Primera de la Ley que establece que “las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económico y profesionales ajustarán su actuación a su legislación específica. En tanto no se complete esta legislación les serán de aplicación las prescripciones de esta Ley en lo que proceda”.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

so “al menos, en el ámbito jurídico-público que a ellas compete y que, igualmente, tutelan”³⁰, mientras que se muestra más reticente por lo que respecta a las empresas públicas, considerando que no tiene sentido el ejercicio del derecho frente a éstas. Respecto de las mismas, POMED, por su parte, antes de que se produjera el desarrollo legislativo de la LRJAP, ya se había planteado la cuestión de la inclusión de las empresas públicas como sujeto pasivo del derecho de acceso, llegando a la conclusión de que los documentos de las mismas deben ser accesibles en ciertos casos –en alusión a los intereses culturales e históricos de la LPHE– efectuando una aplicación del derecho que tenga en cuenta los distintos intereses en juego, “lo cual impone la existencia de ciertas esferas de reserva y de secreto, que son, por otra parte, comunes al tráfico mercantil, a las actividades empresariales del sector privado”³¹.

Por mi parte considero que, si bien es evidente que el artículo 35 h) LRJAP está estableciendo el sujeto pasivo del derecho de acceso, es necesario acudir a la regulación de dicho derecho –ex. artículo 105 b) CE y 37 LRJAP– para determinar realmente quiénes están obligados a facilitar el ejercicio del derecho de acceso por los ciudadanos. Estos sujetos pasivos vienen determinados, en ambos artículos, en razón del objeto del derecho de acceso. Es por ello necesario –como, como ya hemos tenido oportunidad de ver, para otras muchas cuestiones relacionadas con el derecho que nos ocupa–, acudir a la determinación del objeto del derecho de acceso, los “archivos y registros administrativos”, para concluir quien está obligado a proporcionar el acceso a los documentos que obran en dichos archivos y registros.

Los sujetos pasivos de dicho derecho serán, por tanto, los titulares o gestores de dichos archivos y registros administrativos –esto es, de la documentación administrativa–, se encuentren o no éstos en manos de Administraciones públicas territoriales, institucionales o corporativas. Obviamente, el adjetivo “administrativo” determina que, en principio, serán Administraciones públicas los sujetos pasivos, pero hay que tener en cuenta, al analizar y determinar qué se ha de entender por “archivo administrativo” y por “registro administrativo”, que las normas no siempre se limitan a utilizar criterios puramente subjetivos, sino que también utilizan criterios funcionales para determinar lo que ha de entenderse, a efectos de la documentación, por Administración³², criterio que es el que parecen recoger la mayoría de normas autonómicas sobre archivos –incluida la de Andalucía–, en línea muy extensiva, al igual que la LPHE.

Los Tribunales han tenido ocasión de referirse a estas cuestiones en varias ocasiones, y parecen reconocer el carácter de sujeto pasivo del derecho –y, por tanto, obligado

³⁰ EMBID IRUJO, *El ciudadano y la Administración*, *op. cit.* pág. 102.

³¹ POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 198.

³² Lógicamente, si sostenemos que el derecho de acceso es, además de un derecho subjetivo de los ciudadanos, un principio objetivo de actuación administrativa y que una de las finalidades esenciales del mismo, además de servir a la defensa y garantía de los derechos de los ciudadanos ante la Administración, es permitir el control de la actividad administrativa, no tendría sentido que quedara fuera de dicho acceso y, por tanto, de control por los ciudadanos, actividades administrativas entendidas de manera funcional, cuanto más desde la verificación de la huida del Derecho administrativo y de las personificaciones jurídico-públicas del mismo.

a facilitar la información-, a una Administración Corporativa: la Sentencia TS de 25 de octubre de 2002 considera que el Colegio de Abogados de La Rioja está sometido a la aplicación del artículo 37 LRJAP.

También los Tribunales han reconocido el carácter de sujeto pasivo del derecho a quienes llevan a cabo funciones públicas. La STSJ Cataluña 196/2005, de 4 de marzo, somete a una Junta de Compensación al artículo 37 LRJAP, por entender que ésta es de naturaleza administrativa y que lleva a cabo actividades de carácter administrativo, que “guarda, por tanto, relación con el principio de transparencia que rige toda la actuación administrativa, y a la misma le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 37.8 de la LRJAP”³³.

De esta forma, esto nos llevaría a incluir como sujetos pasivos del derecho de acceso no sólo a las personas jurídico-públicas, sino también a las privadas que gestionan o manejan documentación administrativa, como en el caso de “los gestores de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios” (artículo 49.1 LPHE), cuyos documentos forman parte del Patrimonio Documental español y se integran en los archivos, al estar “al servicio de la gestión administrativa” (artículo 59.1 LPHE).

En cuanto a las empresas públicas, es lógico que, desde el momento en que actúan en el tráfico jurídico-privado y junto a otras empresas, sea respetada la confidencialidad de sus actuaciones, puesto que, de otra manera, se situarían en franca inferioridad respecto de otras empresas de carácter privado que podrían beneficiarse de la información accesible, pero esto no creo que quiera decir que se deba excluir el derecho de acceso a la documentación de las mismas, máxime en aquellos casos en que su capital sea enteramente público o tengan como función esencial la realización de funciones puramente administrativas.

En primer lugar, porque la propia Ley se preocupa de limitar los casos en los que la puesta a disposición del público de la información pudiera ser perjudicial, excluyendo el derecho de acceso respecto de los expedientes “relativos a las materias protegidas por el secreto comercial e industrial” [artículo 37.5 e) LRJAP], así como determinando que el ejercicio del derecho de acceso “podrá se denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley” (artículo 37.4 LRJAP), de manera que, cuando sea necesario salvaguardar el interés público, representado por la empresa pública a

³³ STSJ Cataluña 196/2005, de 4 de marzo. Dice el FJ. 3.º de dicha Sentencia que “las Juntas de Compensación [que] son Entidades Urbanísticas colaboradoras constituidas por los propietarios afectados por el polígono o unidad de actuación con la finalidad de ejecutar los Planes de ordenación urbana. Esa finalidad determina que el artículo 178 del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación vigente en materia de urbanismo, les atribuya naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1994, ello no quiere decir que toda su actuación esté sometida al Derecho Administrativo, como tampoco lo está toda la actividad de las Administraciones Públicas, y, en consecuencia, es factible que parte de aquella actuación pueda resultar ajena a ese ordenamiento, pero también lo es que cuando dichas Entidades realizan funciones públicas no resulta posible desconocer su naturaleza administrativa”.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

cuya información se quiere acceder o los intereses de la misma empresa –como tercero con intereses más dignos de protección– se podrá denegar el acceso.

Por otro lado, en segundo lugar, porque dichos documentos sólo podrán ser accesibles en la medida en que tengan carácter administrativo y se encuentren incorporados a un registro o archivo administrativo, lo cual tendrá lugar, normalmente, cuando dichos documentos han perdido su vigencia jurídico-administrativa o su virtualidad inmediata.

Los Tribunales se han mostrado menos inclinados a aceptar el sometimiento al artículo 37 LRJAP cuando se trata de empresas participadas de capital público, lo cuál es lógico si la participación pública en las mismas es minoritaria y la empresa, sometida por tanto al Derecho mercantil, no lleva a cabo funciones de carácter administrativo o de servicio público. Así lo entiende la STSJ de Andalucía de 22 de enero de 2003 en la que se afirma que “si el Ayuntamiento no es más que un accionista no mayoritario de la sociedad Estadio Olímpico de Sevilla, si ésta es una sociedad mercantil regida por sus Estatutos y por las normas mercantiles, si está inscrita en un Registro público, cual es el Registro Mercantil, no es desde luego el Ayuntamiento quien deba informar acerca, por ejemplo, de los actuales Estatutos, integrantes del Consejo de Administración [...], deportes que se practicaron y entidades que tienen derecho a usar el estadio”³⁴.

No obstante, estas limitaciones no aparecen, como se ha señalado, cuando se trata de empresas cuyo capital es enteramente público, o cuando su función esencial es ser un instrumento, como se especifica en la LPHE, para gestión de servicios o funciones de carácter público.

2. El objeto del derecho de acceso

A. El acceso a los documentos

a) La definición de documento

Aunque la LRJAP no define qué se entiende por documento, el mismo artículo 37 da unas ciertas pistas de la amplitud del concepto que se pretende utilizar, al referirse a los mismos “cualquiera que sea la forma de expresión gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren”, en un claro intento de superación

³⁴ En el mismo sentido, aunque de manera muy poco clara y mezclando –a mi juicio– conceptos, la STSJ de Andalucía de 5 de septiembre de 2002: “al ser la Sociedad Apuesta andaluza, S.A., una sociedad privada con participación en capital público y tratarse de una sociedad mercantil en la que junto con la aportación de capital del ente municipal existen otras de carácter privado, y en la que responde la Administración solamente de su participación. La asociación se encuentra inscrita en el Registro Mercantil, por lo que de conformidad con el artículo 37.6 e) el Registro Mercantil se rige por sus disposiciones específicas, sin que pueda conceptuarse como registro de la Administración Pública a efectos del artículo 35 h) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que procede la desestimación del recurso”.

del tradicional concepto de documento como “escrito” –incluyendo, de esta manera, dentro de la definición de documento, no sólo los mensajes plasmados en papel, sino en cualquier otro soporte electrónico, así como la admisión de fotografías, planos o grabaciones audiovisuales–. La definición de documento parece proceder directamente de la que encontramos en el artículo 49.1 LPHE que, aunque los define a efectos de esa Ley, es, entendemos, plenamente aplicable por las indudables interconexiones que, a efectos del acceso, existen entre ambas normas³⁵.

La amplitud con que se definen los documentos no plantea ningún problema, puesto que habrá que entender que no sólo se refiere a cualquier expresión –mensaje– que se encuentre recogida en un formato ya conocido o existente, sino que también se aplicará a cualesquiera formatos que sean usados en el futuro por las Administraciones públicas, cuestión que es fácil que se produzca dada la revolución tecnológica que estamos viviendo desde hace varias décadas.

En este sentido se debe tener presente, en primer lugar, que el artículo 45.5 LRJAP, bajo el rótulo de “incorporación de medios técnicos” establece que “los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes”, de manera que se reconoce, por la misma LRJAP –en este artículo 45 como en el 37.1–, la posibilidad de que los documentos a los que se pretende acceder puedan tener un formato electrónico o informático³⁶ y que se hallen, por tanto, incorporados a un expediente también electrónico cuya conservación se deberá hacer, lógicamente, en un archivo administrativo también informatizado que permita la conservación y consulta de esos documentos.

Por ello, es también necesario tener presente, en segundo lugar, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que regula en este sentido el documento electrónico con referencia precisa al artículo 46 LRJAP, estableciendo la posibilidad de que la Administración emita documentos administrativos por medios electrónicos, siempre que incorporen una o varias firmas digitales y una referencia temporal (artículo 29), así como el reconocimiento a los ciudadanos del “derecho a relacionarse con las administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos del artículo 35 de la Ley 30/1992 –de entre los cuáles está, evidentemente, el derecho de acceso a archivos y

³⁵ Recordemos que dicho artículo establece, en términos muy similares a los del 37.1 LRJAP que “se entiende documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos. Se excluyen los ejemplares no originales de ediciones”.

³⁶ La Ley habla también de “telemático”, pero es evidente que para que pueda tratarse de un documento telemático, esto es, telecomunicado, será necesario que previamente se encuentre en un formato digital (informático o electrónico) que permita este traspase de información.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

registros administrativos, electrónicos o no-, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos” (artículo 6.1), todo lo cual se hará, evidentemente, a través de documentos electrónicos, pues de otra manera difícilmente se podrán transmitir a la Administración por “medios electrónicos”³⁷.

Respecto al formato electrónico concreto que deban tener los documentos electrónicos, para su puesta a disposición de los ciudadanos que ejerciten el derecho de acceso, nada se dice en esta Ley, aunque su artículo 4 enuncia que: “La utilización de las tecnologías de la información tendrá las limitaciones establecidas por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, respetando el pleno ejercicio por los ciudadanos de los derechos que tienen reconocidos, y ajustándose a los siguientes principios: [...] k) Principio de transparencia y publicidad del procedimiento, por el cual el uso de medios electrónicos debe facilitar la máxima difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas”. Asimismo, el apartado i) el principio de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de las técnicas y sistemas de comunicaciones electrónicas, por el que se garantiza “la independencia en la elección de las alternativas tecnológicas por los ciudadanos y por las Administraciones Públicas, así como la libertad de desarrollar e implantar los avances tecnológicos en un ámbito de libre mercado. A estos efectos las Administraciones Públicas utilizarán estándares abiertos así como, en su caso y de forma complementaria, estándares que sean de uso generalizado por los ciudadanos”.

De esta manera, en principio, los documentos deben ser accesibles a través de su consulta o lectura en formatos que sean de acceso normal para los ciudadanos o que sean legibles o interpretables a través de distintos sistemas operativos, aunque nada se concreta al respecto en la Ley, de manera que se garantice igualmente el “principio de accesibilidad a la información y a los servicios por medios electrónicos en los términos establecidos por la normativa vigente en esta materia, a través de sistemas que permitan obtenerlos de manera segura y comprensible, garantizando especialmente la accesibilidad universal y el diseño para todos de los soportes, canales y entornos con objeto de que todas las personas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, incorporando las características necesarias para garantizar la accesibilidad de aquellos colectivos que lo requieran” [artículo 4 c) de la Ley 11/2007].

Además de la diversidad de formatos, físicos y digitales, que pueden tener los documentos en cuanto que objeto del derecho de acceso, la amplitud con que se definen los documentos en el artículo 37.1 LRJAP determina que resulte, en principio, irre-

³⁷ No obstante, hay que recordar que la Disposición Adicional Tercera de esta Ley establece que las Administraciones Públicas disponen hasta el 31 de diciembre de 2009, como plazo máximo para la adaptación gradual de todos sus procedimientos y actuaciones de manera para que puedan ser efectivamente ejercidos en ese plazo los derechos previstos por el artículo 6 de la Ley. Recientemente ha sido aprobado el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, por el que se concretan algunos elementos de la Ley.

levante quién sea el autor de los documentos —ya se trate de un órgano administrativo, de los interesados en los procedimientos o de terceros—, siempre que se cumpla con el resto de requisitos que la Ley establece —esto es, que consten en un expediente que obre en los archivos administrativos y que se refiera a un procedimiento terminado a fecha de la solicitud—. De la misma manera, los Tribunales han considerado también que carece de importancia la forma externa que adopten dichos documentos, en cuanto que puede tratarse de documentos que reflejen actos administrativos o no, admitiéndose como documentos administrativos que pueden ser consultados los meros formularios o documentos normalizados (STSJ de Castilla-León, 1088/1999, de 10 de diciembre).

Obviamente, de la dicción literal del artículo 37.1 LRJAP se deduce que no sólo pueden ser objeto del derecho de acceso los documentos que reflejen concretas actuaciones administrativas, o que contengan actos administrativos, sino cualquier documento que forme parte de un expediente o se encuentre en un registro administrativo, siendo irrelevante su formato, como ya se ha dicho, o su contenido —fotografías, mapas, grabaciones, listados, etc.— siempre, claro, que no estén sujetos a limitación por la aplicación de la LRJAP o de cualquier otra Ley que limite el acceso a la información allí contenida.

Si el tipo de documento no debe plantear problemas para poder considerarlo como objeto del derecho de acceso, lo que sí causa alguno son los requisitos que los Tribunales han considerado que deben reunir dichos documentos para ser accesibles. En primer lugar, la referencia legal a los “documentos” determina que la información a la que se pretende acceder debe de encontrarse ya plasmada en uno, previamente a la solicitud de acceso³⁸. Así lo han entendido los Tribunales que no deducen de la obligación de la Administración de facilitar el acceso —contrapartida del derecho de los ciudadanos a acceder a los documentos— una obligación adicional de elaborar un documento concreto ni —parece— una especial diligencia a este respecto (STS de 2 de junio de 2000 ó STSJ de la Comunidad Valenciana 1067/2004, de 23 de diciembre).

Por otro lado, algunas Sentencias parecen excluir, además, la posibilidad de que se permita un acceso parcial a la información solicitada, a través de la confección de nuevos documentos o de la tacha de los elementos que caen dentro del ámbito de aplicación de uno de los límites o de las excepciones, como ocurre en el Derecho comunitario³⁹ o, en nuestro propio ordenamiento, en el ámbito del derecho de acceso a la información medioambiental⁴⁰. No obstante, existe una notable excepción a

³⁸ Recordemos que se trata de uno de los factores determinantes de que no nos encontremos ante un “derecho a la información”, sino ante un derecho de acceso de configuración legal y alcance mucho más limitado.

³⁹ Artículo 4.6 del Reglamento CE 1049/2001, de 30 de mayo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

⁴⁰ El artículo 14 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente establece que “la información ambiental solicitada que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otro sujeto en su nombre se pondrá parcialmente a disposición del solicitante cuando sea posible separar del texto de la información solicitada la información a que se refiere el artículo 13, apartados 1.d), 1.e) y 2”.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

esta regla que descarta por lo general el acceso parcial a los documentos, pues este tipo de acceso está explícitamente previsto por el artículo 35.2 de la Ley 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos de Cataluña.

Nada dice al respecto el artículo 37 LRJAP, de lo que la jurisprudencia deduce que no hay obligación, por parte de la Administración, de proporcionar un acceso parcial a los documentos, cuando éstos pudieran ser accesibles si se elimina de su contenido —o simplemente se tacha, haciendo imposible su visionado— las partes que puedan verse limitadas por alguna de las excepciones o límites que excluyen el acceso. No obstante, de nuevo esta regulación ha de entenderse como una norma de mínimos en cuanto que, si bien no hay obligación por la Administración de procurar el acceso parcial a los documentos, tampoco hay ninguna norma que impida que se dé traslado de los mismos siempre que se haga con carácter parcial, eliminado aquello que pudiera afectar a algún bien jurídico protegido o esté limitado por alguna norma.

De la misma manera, entiendo que cuando el acceso se produce por la publicación de los documentos administrativos, igualmente puede llevarse a cabo la publicación parcial de algunos de los mismos, cuando estén afectados por alguna limitación, siempre que se garantice fehacientemente que la parte de los mismos que no puede ser accedida queda completamente eliminada o tachada del mismo, de manera que no haya posibilidad alguna de que dicha información restringida pueda ser visible por el público, ni siquiera a través de la utilización de técnicas informáticas.

b) Los documentos que requieren una legitimación subjetiva especial para poder ser accesibles

Los apartados segundo y tercero del artículo 37 LRJAP exigen una legitimación especial para los sujetos activos —los ciudadanos— que pretenden acceder a “documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas”, así como a los denominados por la Ley “documentos de carácter nominativo”. Sin entrar a analizar en profundidad la legitimación exigida —pues en nuestro caso, el acceso se prevé general por los ciudadanos a través de la publicación de los documentos en Internet—, es necesario que ahora procedamos a determinar cuáles son esos documentos a los que se refieren los apartados segundo y tercero del artículo 37 LRJAP, respectivamente, puesto que de la definición que se dé de dichos tipos de documentos va a depender que el derecho de acceso —y la publicación de documentos en Internet— pueda ser ejercido con una relativa normalidad por los ciudadanos o, por el contrario, como han afirmado algunos autores, que por la vía de la definición de estos documentos se acabe vaciando de contenido del derecho.

En consecuencia, es fundamental la determinación concreta de estos documentos para el caso que nos ocupa, puesto que, en principio, al exigirse una legitimación activa específica para acceder a los mismos, éstos no podrán ponerse directamente a

disposición del público a través de su publicación en Internet sin más, sino que, en todo caso, habrá que proceder a su “anonimización”, de manera que no se vea afectada la intimidad de las personas reflejada en dichos documentos, ni, por otro lado, se produzca una vulneración del derecho a la protección de datos conforme a lo dispuesto por el artículo 37.3 LRJAP, por lo que se refiere a los documentos con “datos nominativos” y conforme, sobre todo, a la regulación de dicho derecho que se lleva a cabo por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

a’) La definición de “documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas”

El artículo 37.2 LJRAP se refiere, como ya sabemos, a “los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas” cuyo acceso “estará reservado a éstas”. Es decir, nos encontramos ante una verdadera limitación del derecho de acceso –de conformidad, obviamente, con el artículo 105 b) CE– que impide el referido a cualesquiera solicitantes, salvo que se trate de los propios afectados, esto es, aquellas personas a las que se refieran los datos que afectan a su intimidad. No obstante, aunque esto no plantee mayores dudas y la cuestión de qué se deba entender por intimidad y los límites de la misma haya sido ampliamente tratada por la doctrina, así como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las dificultades surgen de nuevo por la formulación que el legislador ha hecho del apartado. No es, *a priori*, fácil separar unos documentos de otros, esto es, resolver cuándo los datos presentes en los documentos se refieren a la intimidad de las personas y cuándo no⁴¹. Máxime cuando la regulación que se está haciendo del acceso en este caso, limitado al titular de los datos, demuestra una indudable y muy necesaria conexión con las normas de protección de datos, que sin embargo, no se ha producido nunca en el ámbito legislativo.

La doctrina ha sido implacable en este punto, al criticar con muchísima razón la inexplicable desconexión existente entre este precepto y la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD) en 1992, siendo esta última y la LRJAP objeto de tramitación parlamentaria de manera coetánea; más incomprensible aún es que, después de las críticas llevadas a cabo al efecto, la tramitación parlamentaria de la actual LOPD tampoco tuviera en cuenta sus posibles interconexiones con el artículo 37 LJRAP, teniendo en cuenta que ésta fue objeto de una importante reforma –por Ley 4/1999, de 13 de enero– el mismo año en el que la LOPD sustituyó a la

⁴¹ Si bien en algunos casos esto es fácilmente determinable –por ejemplo, por lo que se refiere a los datos médicos–, en otros casos se han planteado ciertas dudas respecto de si se debe considerar que afectan o no a la intimidad: como son los datos fiscales o las declaraciones relativas a la objeción de conciencia antes de la desaparición del servicio militar obligatorio. *Vid.* al respecto, POMED SÁNCHEZ “La intimidad de las personas como límite al acceso a la documentación” en *La protección jurídica del ciudadano, Estudios homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo I, Cívitas, 1993, págs. 753 y ss. o SANTAMARÍA PASTOR, “Sobre el derecho a la intimidad, secreto y otras cuestiones innombrables” en la *REDC*, núm. 15, 1985, págs. 159 y ss.

LORTAD. No hay que olvidar que se trata de una sustitución de gran envergadura, puesto que la LORTAD se refería, únicamente, a la protección de los datos objeto de tratamiento informático en desarrollo del artículo 18.4 CE –esto es, la llamada “libertad informática” o “habeas data” (STC 292/2000, de 30 de noviembre)–, mientras que la LOPD ha ampliado su ámbito de aplicación que se refiere ahora no sólo a la protección de los que afecten a la intimidad, sino de cualesquiera datos de carácter personal, obrantes en ficheros, independientemente de que éstos sean objeto de tratamiento informatizado o no. Dice el artículo 2.1 de la LOPD que “la presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”.

En todo caso, la relación entre el artículo 37.2 LRJAP y la LOPD cobra cada día más importancia desde la generalización de los registros telemáticos y de los medios electrónicos, cuestión que además se vuelve a obviar en las normas más recientes, como la citada Ley 11/2007 de acceso electrónico que, si bien establece como el primero de los principios generales a los que se debe de ajustar la utilización de las tecnologías de la información “el respecto al derecho a la protección de datos de carácter personal en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, en las demás leyes específicas que regulan el tratamiento de la información y en sus normas de desarrollo, así como los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar” [artículo 4. a)], después se olvida de hacer una conexión efectiva del mismo con el ejercicio de los derechos de los ciudadanos –de entre los que destaca, por supuesto, el derecho de acceso– y con las relaciones con éstos por medios electrónicos.

Hay que recordar al respecto que el Tribunal Constitucional ha establecido conceptos distintos por lo que se refiere a la protección de datos y al derecho a la intimidad, teniendo en cuenta que no cualquier intromisión en la intimidad significa una violación del derecho a la intimidad, sino que debe tratarse de una “intromisión ilegítima” y, por otro lado, que el derecho a la protección de datos tiene un carácter más amplio. Así en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, afirma que “el derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley [...]. La función del derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. En fin, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del

conocimiento ajeno, por esta razón y así lo ha dicho este Tribunal, es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información” (F.J. 5.º).

En este sentido se puede entender, conforme a la jurisprudencia y a la doctrina, que los datos relativos a las personas afectan a la intimidad cuando de ellos puede deducirse un perfil o imagen de la persona que no tiene por qué ser relevante a efectos de terceros. Ésta parece ser la postura adoptada por el Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 13 de septiembre de 2002, aduce precisamente esta jurisprudencia constitucional para desestimar un recurso contencioso-administrativo, formulado contra Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial por el que se le denegaba a una Asociación Judicial su solicitud de información relativa a una lista actualizada de miembros de las restantes Asociaciones Judiciales, entendiéndose que la difusión de los datos interesados podría vulnerar el derecho constitucional a la intimidad, aunque desde el entendimiento de que los datos solicitados están protegidos por el derecho fundamental a la protección de datos personales, consagrado por el artículo 18.4.º de la Constitución y que “impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información, habiéndose de tener en cuenta que, como dice esta misma sentencia constitucional [la ya citada STC 292/2000] «el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles a cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo»” (F.J. 2.º).

En definitiva, cuando se habla de datos referentes a la intimidad de las personas, se está ante un concepto de perfiles muy difusos que, en función de la interpretación que al mismo se quiera dar, pudiera ser muy extensiva, vaciando prácticamente de contenido el derecho de acceso en cuanto cualquier documento administrativo contenga algún dato personal de terceros —esto es, de personas distintas a las solicitantes—.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

tes de acceso—, como temía parte de la doctrina o, de interpretarse de forma estricta, pudiera llevar a una posible vulneración de un “derecho fundamental a la protección de datos personales” que, como hemos visto, tiene una interpretación cada vez más expansiva, sobre todo si la se aplica la LOPD en sus términos más literales⁴². De nuevo aquí tenemos un reflejo de la gran laguna que provoca el desconocimiento mutuo de las regulaciones previstas sobre protección de datos y derecho de acceso⁴³.

En todo caso y, a efectos de la garantía del principio de transparencia y su conciliación con el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar previsto por el artículo 18.1 CE, deberá hacerse una interpretación estricta del precepto, en cuanto a que será de aplicación —restringiendo por tanto el acceso a dichos documentos a la persona afectada—, solamente cuando su intimidad pueda verse efectivamente afectada, ya que el apartado 4 del artículo 37 LRJAP, como veremos, permitirá amparar, aunque de modo distinto, la protección de los datos de carácter personal, según lo previsto en la LOPD.

b) La definición de los “documentos de carácter nominativo”

Dar una definición concreta a lo que sean los “documentos de carácter nominativo” es harto complicada, pues éstos no se definen en ningún lugar y, en principio, no se puede entender que lo sean todos los documentos que hacen referencia a algún nombre o sujeto concreto, porque se estaría excluyendo la práctica totalidad de la documentación administrativa. La cuestión resulta aún más complicada por las especificaciones que acompañan en el apartado 3 del artículo 37, que establece que

⁴² Ni siquiera la Agencia de Protección de Datos parece tener una postura clara al respecto, como recuerda GUICHOT: “en su Memoria de 1995, la APD constata, en referencia a la cesión a particulares de datos del padrón, que la excepción [relativa a] la exigencia de consentimiento por previsión legal, a que hacía referencia el artículo 11.2 a) LORTAD, en conexión con el artículo 37.3 LRJAP «determina que el acceso a datos personales, podrá llevarse a cabo además de por el titular, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo, salvo las excepciones del apartado 37.4 de la misma ley», en esa misma Memoria, señala que las Administraciones públicas consultan frecuentemente a la APD sobre las relaciones entre derecho a la protección de datos y derecho de acceso, señalando que «la respuesta debe valorarse caso por caso, poniendo en conexión la finalidad de los datos con el carácter de interesado del solicitante, junto con la pertinencia y el carácter adecuado de los datos para el ejercicio de los derechos del interesado». En la Memoria de 1996 afirma que el acceso por particulares a datos del padrón se rige por la LRJAP. En la Memoria de 2001, puede leerse: «Se informa también que, la posibilidad del derecho de acceso a los archivos y registros de las Administraciones Públicas, consagrado por el artículo 105 b) CE y regulado por los artículos 35 y 37 LRJAP, tal y como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo, no puede entenderse prevalente sobre la garantía del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, quedando el acceso limitado en los supuestos en que los archivos y registros contuvieran datos de carácter personal a las previsiones reguladoras de la protección de datos. Así se desprende también de la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre». GUICHOT, *op. cit.* págs. 343 y 344.

⁴³ Desconocimiento que no sólo se da a nivel nacional, como ya hemos indicado, entre la LRJAP y la LOPD, sino que también ocurre en el ámbito comunitario entre el Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión y las normas de protección de datos: la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, que regula los tratamientos de datos efectuados en los Estados miembros; y por el Reglamento (CE) núm. 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, que regula los tratamientos efectuados por dichos sujetos en los ámbitos regidos por el TCE.

Vid. al respecto GUICHOT, E., “Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales”, en *RAP*, núm. 173, mayo-agosto 2007, págs. 407 y ss.; así como su tratamiento más particularizado en el ámbito de la legislación española en *Datos personales y Administración Pública*, Cívitas, 2005.

“el acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo”.

La doctrina ha sido muy crítica respecto de este apartado que no se acaba de entender, sin embargo, otros autores sí que parecen reconocer la utilidad del precepto, como una mayor apertura frente a la limitación por razón del derecho a la intimidad impuesta por el artículo 37.2 LRJAP. Es el caso de MESTRE DELGADO, para quien “la previsión establecida parece correcta en lo que se refiere a la necesidad de proteger la intimidad de los ciudadanos. La conformación del precepto, aludiendo a aquellos documentos «que contengan datos referentes a la intimidad de las personas» frente a aquellos «de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas», parece un criterio de utilidad a la hora de conformar el derecho. Para los primeros, la Ley reserva la titularidad del derecho a los sujetos afectados; en cambio, en el segundo supuesto trata de ampliarse la legitimación para solicitar el acceso, además de a los afectados, a aquellos «terceros que acrediten un interés legítimo y directo», salvo en los que tengan carácter sancionador o disciplinario”. También FERNÁNDEZ RAMOS lo entiende así, como un intento de “suavizar” la estricta regla del apartado segundo del artículo 37 LRJAP, aunque es mucho más crítico respecto de la misma: “en todo caso –dice el autor–, y en un esfuerzo de comprensión positiva y haciendo abstracción de los problemas interpretativos, puede convenirse que el objeto de este precepto parece consistir en flexibilizar la regla de la reserva absoluta a las personas afectadas del acceso de los documentos que contienen datos relativos a su intimidad”.

La falta de definición de lo que sean los documentos de carácter nominativo dificulta extremadamente su análisis y aplicación al caso que nos ocupa. La doctrina, no obstante, ha intentado en ocasiones aportar una definición o, al menos, una descripción de lo que debemos considerar como documentos de carácter nominativo. Frente a quienes consideran que dentro de los mismos hay que entender que se encuentran todos aquéllos que tienen referencias a sujetos determinados –de ahí que, la consecuencia sea que entiendan que el derecho de acceso queda minimizado hasta extremos que deberían llevar a la declaración de su inconstitucionalidad–, la mayoría de la doctrina entiende que esta expresión debe ser objeto de una interpretación ciertamente matizada, que no puede englobar cada documento nominativo como tal.

GUICHOT, después de recordar la doctrina francesa sobre los documentos nominativos como aquéllos que conllevan una apreciación o un juicio sobre la persona, intenta matizar la diferencia entre documentos nominativos y documentos que contienen datos de carácter personal y considera que se ha de hacer una interpretación estricta de los documentos nominativos, entendiendo que no puede consi-

derarse que cualquier información que contiene el nombre de una persona sea un dato personal⁴⁴.

La mayoría de la doctrina, sin embargo, parece haber optado por obviar esta definición, se intenta *per relationem*, por oposición a lo que se consideran datos que afectan a la intimidad de las personas, deduciéndose en definitiva que, si existen datos personales, pero éstos no se pueden considerar como relativos a la intimidad de dichas personas, entonces nos encontraremos ante el supuesto de hecho de aplicación del apartado 3 del artículo 37 LRJAP⁴⁵.

Ésta parece ser, también, la posición de la jurisprudencia que se ha ocupado de la aplicación de este precepto, que ha sido muy parca al respecto y, si bien hay unas pocas sentencias en las que se ha aplicado el apartado 3 de este artículo 37 LRJAP, en la mayoría de los casos los Tribunales se limitan a constatar la existencia o inexistencia de interés legítimo y directo, dando por sentado el carácter nominativo de los documentos.

Es, por ello, destacable, en este sentido, una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Málaga (Andalucía) 19/2001, de 24 de enero, que es quizás la que mayor concreción haya dado respecto de lo que se debe entender por documentos de carácter nominativo. En dicha Sentencia, el Juzgado de lo Contencioso afirma que “debe tenerse en cuenta que el canon hermenéutico fundamental en esta materia es el favorecimiento del principio de transparencia y la interpretación restrictiva de las exclusiones, además del principio de publicidad, esenciales todos en un Estado democrático que rechaza la concepción oscurantista y patrimonialista de los archivos administrativos. Siguiendo estos criterios y ante la confusa redacción del artículo 37.3, no podemos entender que los documentos solicitados puedan calificarse de nominativos por el simple hecho de que contengan referencias precisas a determinadas personas [...], pues raro será el documento administrativo que no resulte nominativo siguiendo esa restrictiva interpretación contraria a los principios expuestos. Es claro que los documentos en cuestión no tienen un destinatario específico y determinado, lo que debe resultar suficiente para excluir de ese carácter que supone una limitación del derecho del artículo 37.1” (FJ.3.º).

Excepción hecha de esta —a mi juicio, laudable—, Sentencia, la mayoría de la jurisprudencia al respecto se limita a determinar la existencia de documentos nominativos y, por tanto, la aplicación del apartado 3 del artículo 37 LRJAP *a contrario*, concluyendo su carácter de nominativos tras la comprobación de que los documentos solicitados no contienen datos que puedan afectar la intimidad de las personas (STSJ de Cataluña 346/1996, de 14 de mayo o STSJ de Madrid 443/2001, de 17 de abril).

⁴⁴ GUICHOT, “Acceso a la información...”, *op. cit.* págs. 439 y 440.

⁴⁵ Es el caso, entre otros, de MESTRE DELGADO o de POMED SÁNCHEZ.

La forma en que los datos se recogen en los documentos, aun siendo éstos de público conocimiento, es esencial a la hora de determinar si se trata o no de documentos nominativos y, por tanto, no susceptibles de ser consultados directamente. El TSJ de Madrid, en su Sentencia de 6 de mayo de 2000, declara que las cantidades percibidas por el concepto de complemento de productividad de funcionarios son documentos de carácter nominativo, para cuya solicitud es por tanto necesaria la acreditación de un interés legítimo y directo, afirmación que se hace pese a haber declarado, anteriormente, en la misma Sentencia el carácter público de estas retribuciones: “se establece, por tanto, en este precepto, la obligación de publicar periódicamente en todos los Centros Directivos del Departamento al que se refiera las cantidades que se perciban como complemento de productividad por cada funcionario, como medio a través del cual cualquier funcionario o cualquier interesado conozca y tenga acceso a tal información. Y la manera en la que el precepto mencionado articula el acceso a tal información es a través de la exposición pública de las cantidades percibidas por tal concepto por los funcionarios del Departamento u Organismo. Ahora bien, lo que el actor solicita es obtener tal información, no solo a través del medio mencionado, que no niega haber obtenido, sino a través de la entrega personal de la certificación del percibo por cada funcionario del grupo que a él le interese, de las cantidades relativas al complemento de productividad y durante el período solicitado. [...] La consagración que de este derecho [de acceso] hace la Constitución, no puede entenderse se traduzca en un derecho a obtener cualquier tipo de información o de acceder a ella o a las fuentes de información, y tampoco es un derecho a obtener la información solicitada, siempre que no esté afectada por la salvedad constitucionalmente establecida, por escrito, y, por ende, que imponga a la Administración el deber de facilitarla de tal modo, sobre todo cuando ello exija una ingente labor solo abordable paralizando otras labores administrativas” (F.J.2.º).

Llaman la atención los argumentos utilizados por el Tribunal para calificar como nominativos los documentos que contienen datos que la Administración tiene la obligación de hacer públicos entre determinados funcionarios; a pesar de ello, la consecuencia que parece extraerse de esta Sentencia es que la limitación del acceso por razón del carácter nominativo de los documentos no tiene tanto que ver con que se trate de informaciones de carácter reservado o íntimo, cuanto con la identificación de dichos datos —en principio, públicos— con determinadas personas concretas, de manera que parece reflejarse la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, cuando define los datos personales como aquellos no tanto que afectan a la intimidad, como que permiten la identificabilidad de una persona a través de la obtención de un perfil de la misma⁴⁶.

También han tenido trato de documentos nominativos, a efectos de la exigencia de legitimación, un expediente de apremio, por el que se llevaba a cabo el embargo y adjudicación a un Ayuntamiento de una finca (Sentencia del TSJ de Madrid 491/2004, de 4 de junio); así como los documentos referentes a las obligaciones

⁴⁶ Vid. la referencia, en el apartado anterior, al F.J.2.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

urbanísticas que afectan a una entidad y que son exigibles a los promotores de la misma, como son los antecedentes urbanísticos y de proyecto y las obras exigidas a los promotores (Sentencia del TSJ de Murcia 92/2003, de 26 de febrero), o los relativos a los contratos de arrendamiento de unas fincas municipales, junto con las fotocopias de los avales y garantías personales o hipotecarias de los arrendatarios (Sentencia del TSJ de Extremadura 115/2007, de 30 de abril).

Llama la atención, también, la aplicación de este apartado 3 del artículo 37 LJRAP por la Sentencia del TSJ de Murcia 909/2002, de 31 de octubre, a los documentos pertenecientes a expedientes relativos a licencias de apertura y otros extremos de determinados locales de ocio, identificados, sitos en Los Alcázares. La justificación de la exigencia de un interés legítimo y directo en este caso, según el TSJ de Murcia, se encuentra en el hecho de que se trata de “documentación minuciosa”, de “información extensa”. Esta Sentencia lleva al replanteamiento de si, realmente, estamos ante un apartado en el que se aplica el criterio de la intimidad, de manera suavizada, puesto en el caso concreto, en ninguna parte parecen figurar datos nominativos relativos a personas: son más bien datos objetivos que difícilmente entran en el ámbito de la identificación de las personas y mucho menos en su intimidad.

Como hemos podido ver, el apartado 37.3 LJRAP, no sólo se limita a exigir la acreditación de un interés legítimo y directo como legitimación para el acceso a los documentos de carácter nominativo, sino que especifica el supuesto de hecho concreto en el que dichos documentos se tienen que encontrar para permitir el acceso a los mismos⁴⁷.

Además de enunciar una limitación del derecho de acceso a los procedimientos sancionadores o disciplinarios, este apartado establece que los documentos nominativos accesibles son los que figuran en los procedimientos de aplicación del derecho y que pueden hacerse valer para el ejercicio de los derechos.

La jurisprudencia ha obviado, hasta el momento, estos dos requisitos relativos a los documentos nominativos aunque, creo yo, por razones distintas. En cuanto a que los documentos solicitados puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos, en general, no ha sido considerado individualmente por la sencilla razón de que es un elemento tenido en cuenta a la hora de acreditar la existencia de un interés legítimo y directo. Así la jurisprudencia ha establecido que debe existir un interés concreto para cada procedimiento (STJSJ Canarias 106/2003, de 3 de febrero); que además no basta con la existencia del mismo, sino que debe ser acreditado específicamente en la solicitud de acceso (STSJ Castilla y León 8/2003, 17 de enero) y que se excluyen como intereses aducibles en estos casos la defensa de la legalidad (STSJ

⁴⁷ Recordemos que dicho apartado establece que “el acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo”.

⁴⁸ ALVAREZ RICO, M. e I. “Derecho de acceso...”, *op. cit.* pág. 486.

Extremadura 115/2007, de 30 de abril), o el puro conocimiento de los datos (STSJ Murcia 909/2002, de 31 de octubre). Por ello, es lógico que con la acreditación de un interés legítimo y directo aplicado a un procedimiento concreto se considere cumplido el requisito de que los documentos puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos, porque normalmente ese será, precisamente, el interés que se acredite: su utilidad para la defensa de derechos o intereses concretos –legítimos y directos–.

Por último, el requisito establecido por el precepto exigiendo que los documentos “figuren en los procedimientos de aplicación del derecho”, ha sido unánimemente ignorado por la jurisprudencia. La doctrina ha hecho escasas referencias al mismo y, en todo caso, para criticarlo como una obviedad innecesaria del precepto. En esta línea, Manuel e Isabel ÁLVAREZ RICO se preguntan qué procedimientos administrativos no aplican el derecho⁴⁸ y, asimismo, SANTAMARÍA PASTOR muestra su perplejidad ante el inciso “puesto que en todos los procedimientos administrativos se lleva a cabo, en mayor o menor grado, la aplicación de normas jurídicas”⁴⁹. Efectivamente, este inciso no tiene mucho sentido, se interprete como se interprete, pues, como dicen los citados autores, es difícil pensar en un procedimiento administrativo no sometido a Derecho sin olvidarse del principio de legalidad y, si lo que el precepto pretende es enunciar de nuevo que los documentos, para ser accesibles, deben formar parte de un procedimiento administrativo, sería una reiteración inútil de lo establecido por el apartado primero del mismo artículo 37 LJRAP⁵⁰. Parece más, por tanto, un elemento retórico de un precepto ya de por sí intrincado e incomprensible, que un verdadero requisito para permitir el acceso.

B. La necesidad de que los documentos se encuentren incorporados a un expediente

El segundo de los requisitos que la Ley establece para el acceso a los documentos, según el artículo 37.1 LJRAP es que éstos obren en un expediente. Se trata ésta de una exigencia que plantea también algunos problemas, puesto que la única definición de expediente de la que disponemos es la proporcionada por el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que lo define como “el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fun-

⁴⁸ ÁLVAREZ RICO, M. e I. “Derecho de acceso...”, *op. cit.* pág. 486.

⁴⁹ SANTAMARÍA PASTOR, *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.* pág. 144.

⁵⁰ Cabría aún pensar en otra interpretación, más rebuscada si cabe, que consistiría en considerar que el legislador no ha querido referirse al Derecho, en general, pues lo hubiera puesto con mayúsculas, como es habitual, y que a lo que se quiere aludir es a procedimientos de aplicación de derechos subjetivos –aunque se debería haber referido a los mismos en plural y no en singular como lo hace– de manera que sólo se exigiría la acreditación de ese interés legítimo y directo, cuando los datos de carácter nominativo constaran en procedimientos de aplicación de derechos subjetivos y no en otra clase de procedimientos, como los de elaboración de disposiciones de carácter general o cualesquiera actuaciones generales de la Administración en el ámbito de sus competencias, para los cuáles no sería necesario acreditar dicho interés, pero no parece que la intención del legislador fuera ampliar la esfera de documentos accesibles, sino más bien limitarla cuando tienen ese “carácter nominativo”.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

damento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla. Los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación”.

El expediente aparece así relacionado intrínsecamente con la tramitación de los procedimientos, siendo además, como ya hemos tenido ocasión de ver, la unidad de organización fundamental de los archivos administrativos, aunque no la única. La doctrina⁵¹ ha señalado los problemas que se derivan de la indefinición en la normativa administrativa del concepto de expediente administrativo y de la ambigüedad con la que la LRJAP y la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), especialmente, utilizan el término, en ocasiones, de manera indistinta a la de procedimiento⁵². Como señala RIVERO ORTEGA “continúa siendo hoy válida la definición formulada por Aurelio GUAITA durante la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo: «... el expediente no es otra cosa que la materialización de aquél, el procedimiento hecho papel»⁵³. Efectivamente, la propia LJRAP utiliza ambos términos de manera indistinta, dando a entender la práctica identificación que entre ambos existe, siendo el expediente la plasmación del procedimiento⁵⁴.

En todo caso, pese a la indefinición del expediente por parte de la LJRAP y su indeterminación respecto del procedimiento, puede considerarse como válida la definición que del mismo se da en el ROF, en cuanto que conjunto ordenado de documentos administrativos que se refieren a un asunto o procedimiento determinado.

Pues bien, si en un principio entendemos que integran un expediente todos los documentos relativos a cada concreto procedimiento administrativo, eso determina que no todos los documentos administrativos se incorporan a un expediente: quedarán fuera de los mismos aquellos documentos que, estando en posesión de la Administración –bien porque ella misma es la autora, o porque los ha recibido– no

⁵¹ *Vid.*, en especial, RIVERO ORTEGA, *El expediente administrativo*, Aranzadi, 2007.

⁵² SANTAMARÍA PASTOR considera esta exigencia de que el documento forme parte de un expediente como ambigua “si se tiene en cuenta que ni la Ley ni ninguna otra norma definen qué sea un expediente ni, desde luego, determinen qué tipos de documentos deben dar lugar a tal expediente; cabe pensar, no obstante, que el término «expediente» haya sido utilizado por el legislador, por razones estilísticas como equivalente al de «procedimiento»”. En *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Ed. Carperi, 1993, pág. 143.

RIVERO ORTEGA, por su parte, recuerda que “el empleo del término expediente en el Derecho vigente se presenta, pues, todavía hoy confuso, al no haberse superado la doble significación originaria, que arranca en el siglo XVI, de procedimiento y resultado documental. Algunas normas enfatizan el carácter documental, y otras lo equiparan al procedimiento, lo que no es del todo incorrecto, pues el expediente es un reflejo de la tramitación administrativa. Pero quizás a estas alturas debería concretarse y circunscribirse mejor su significado, a efectos de precisar también el régimen jurídico de su esencia documental”. En *El expediente...* *op. cit.* págs. 91 y 92.

⁵³ *Ibidem* pág. 89.

⁵⁴ Valgan, entre otros ejemplos, el artículo 35 LRJAP que en su apartado a) establece el derecho “a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tenga la condición de interesados y obtener copias de documentos contenidos en ellos” y en su apartado c), de nuevo, establece el derecho “a obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento”.

se incorporan a ningún expediente porque no forman parte de ningún procedimiento administrativo concreto y, sin embargo, esta documentación administrativa, en ocasiones esencial, debe quedar integrada en los archivos administrativos⁵⁵.

La documentación de apoyo administrativo, los informes internos y externos, encuestas, etc., no siempre forman parte de procedimientos, ni se integran obligatoriamente en un expediente concreto, por lo que podrían quedar fuera del ámbito de aplicación de la norma y, por tanto, excluidos de acceso, cuando se trata, sin embargo, de documentos que pueden revestir un indudable interés para los ciudadanos. La restricción de la norma es, pues, innegable, cuando estos documentos, que deben archivar-se junto con los expedientes relativos a procedimientos administrativos, no quedan incorporados a expedientes concretos. En este sentido, la norma no está tan sólo restringiendo la forma de acceso a los documentos, sino que podría ser incluso inconstitucional, por encontrarse en franca contradicción con el artículo 105 b) CE que, no olvidemos, establece el derecho de acceso a los archivos administrativos y no a los expedientes, de manera que se estará denegando el acceso a documentos que se encuentran en los archivos y, por tanto, en el ámbito de aplicación del derecho constitucional, sin apoyo en ninguna de las limitaciones o exclusiones establecidas en la norma.

Además, incluso por lo que se refiere a los documentos que sí forman parte de un procedimiento concreto, el efectivo ejercicio del derecho va a depender entonces de la diligencia de la Administración a la hora de cumplir su deber de incorporar los documentos a los expedientes que correspondan para su preceptivo archivo.

La STJS Navarra, 166/2003, de 14 de febrero, así lo refleja, pues entiende que, si bien es indudable la obligación que pesa sobre la Administración de tutela de los documentos administrativos, que deben incorporarse a los preceptivos archivos administrativos, el hecho de que *de facto* no lo estén lleva a que la denegación del acceso se considere conforme a derecho.

C. La necesaria terminación del procedimiento

El siguiente requisito –también muy criticado por la doctrina– que establece el artículo 37.1 LRJAP al regular el régimen jurídico de acceso, se refiere a la necesaria terminación de los procedimientos para que los documentos que figuren en ellos sean accesibles.

Este requisito de que los documentos sobre los que se pretende ejercer el derecho de acceso formen parte de un procedimiento terminado en la fecha de la solicitud de

⁵⁵ FERNÁNDEZ RAMOS señala como el propio ordenamiento contempla esta posibilidad: “la misma LRJAP –artículo 71.1–, al igual que su predecesora, establece que si los defectos de la solicitud no son subsanados en plazo, se tendrá por desistido al solicitante de su petición, «archivándose sin más trámite». Más claramente, la Ley General Tributaria establece que «podrán archivarse sin más trámite aquellas denuncias que fuesen manifiestamente infundadas» –artículo 103.2–, precepto éste perfectamente generalizable”. En *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 430.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

acceso parece contraponerse al derecho establecido por el artículo 35 a) LRJAP de consulta de los documentos que forman parte de un procedimiento, que únicamente pueden ejercer las personas que tengan la condición de interesados del mismo, derecho que aparecía ya regulado por la antigua Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

Frente a este derecho reconocido únicamente para los interesados, el derecho de acceso se nos aparece regulado, con su vocación generalista⁵⁶, como un derecho que, en principio, pueden ejercer todos los ciudadanos –con las limitaciones de legitimación ya señaladas– aunque sólo una vez concluida la tramitación de dicho procedimiento, de manera similar a cómo la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español (LPHE) –anterior a la LRJAP– había regulado la consulta del Patrimonio Documental, estableciendo en su artículo 57.1 a) que la misma podrá hacerse, respecto de dichos documentos, con carácter general, “concluida su tramitación y depositados y registrados en los Archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público”.

La formulación de este precepto respecto del acceso a los documentos de procedimientos terminados y archivados ha sido muy criticada por la doctrina, por considerar que cercena el contenido del derecho, esto es, la información recogida en los archivos que comúnmente se denominan “vivos” por contener documentos que forman parte de procedimientos en trámite o que siguen teniendo una utilidad directa para la Administración.⁵⁷

Para otros autores, sin embargo, se trata de un requisito perfectamente lógico y compatible con la Constitución. La restricción de la consulta de documentos que formen parte de procedimientos en trámite puede estar justificada, como dicen algunos autores, por la aplicación de distintos principios y, en particular, el de eficacia administrativa previsto por el artículo 103.1 CE, aunque es difícil apreciar en qué medi-

⁵⁶ Que, como hemos visto, no lo es tanto, dadas las limitaciones y requisitos establecidos por el artículo 37 LRJAP.

⁵⁷ Afirma PARADA que “es muy poca cosa que el legislador haya reconocido únicamente –y sobre todo es grave que pretenda ver en ello un avance de la posición jurídica del administrado [...]– ese raquítico y limitado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos que la Ley construye a los expedientes archivados o terminados, impidiendo el acceso a los documentos de los procedimientos que de alguna forma están todavía en tramitación, siendo así que en la Constitución la expresión archivos y registros no tiene ese estricto sentido. [...] Se trata ciertamente de una amputación de un derecho constitucionalmente protegido”. PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Régimen jurídico de las Administraciones y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30/92)*, Ed. Marcial Pons, 1999, pág. 163 y 164.

Por su parte, SANTAMARÍA afirma en su comentario a este artículo 37.1 LRJAP que “es bastante evidente que el legislador se ha acogido a una interpretación estricta del término archivo como almacén de expedientes finalizados; sin embargo, en el lenguaje coloquial de la Administración española son también archivos los espacios o muebles donde se depositan los documentos en trámite. [...] No existiendo tampoco título principio ni valor constitucional que justifique la exclusión del derecho de acceso a los documentos contenidos en expedientes en trámite”. Va SANTAMARÍA más allá en su crítica, afirmando la incompatibilidad con la Constitución de esta limitación del derecho de acceso en función de la terminación de los expedientes. SANTAMARÍA PASTOR, Juan, *Comentario sistemático...*, *op. cit.*, págs. 143 y 144.

Y, en el mismo sentido, Manuel e Isabel ÁLVAREZ RICO consideran que, en este punto, “la regulación española, además de complicada desde el punto de vista formal, a partir de una norma constitucional clara consigue llegar a una situación confusa, restrictiva de un derecho constitucional que proclama la transparencia y la publicidad, situándose de paso en una línea regresiva con relación a la legislación que le sirve de precedente”. ÁLVAREZ RICO, M. e I., “Derecho de acceso...” *op. cit.* págs. 487 y 488.

da puede verse afectada la eficacia administrativa por la consulta de unos documentos de los que fácilmente puede obtenerse una copia o certificado y devolverse al expediente al que pertenezcan —máxime si nos encontramos ante procedimientos administrativos que utilizan medios y documentos electrónicos para su tramitación—; en todo caso, no tiene por qué verse perjudicada la eficacia de la Administración más allá que cuando se trata de documentos pertenecientes a procedimientos terminados, y, en cualquier caso, esta situación ya se prevé en el artículo 37.7 LRJAP, cuya excepción podría aplicarse, ya se trate de documentos pertenecientes a un procedimiento en trámite o finalizado.

Por ello, es necesario que la interpretación de este requisito y la determinación por tanto de cuándo se considera concluido un procedimiento a efectos de su acceso, se haga de manera cuidadosa y lo menos restrictiva posible del derecho de acceso y de los principios que lo inspiran, esto es, la transparencia y la participación. Y ello porque la formulación —ciertamente genérica— de este requisito ha llevado a que se planteen numerosos problemas; entre ellos, que la convivencia en el mismo archivo —de oficina— de expedientes relativos a procedimientos en trámite y procedimientos ya terminados puede llevar a que, para proteger a los primeros, se cercene el derecho de acceso a los segundos de manera injustificada; asimismo, puede que se impida el acceso a determinados documentos, como hemos visto, porque no forman parte de un procedimiento; o determinar si tiene que haber ganado firmeza el acto con el que se finaliza el procedimiento, pues puede entenderse que la terminación del mismo se produce en cuanto haya una resolución inicial, o se puede sostener que debe incluir los recursos que se derivan de la misma y, por último, cuestión también fundamental, qué ocurre con aquellos procedimientos que, tras la resolución, despliegan unos efectos que se prolongan en el tiempo, suscitando dudas respecto de la accesibilidad a los mismos⁵⁸.

Todo ello, además, teniendo en cuenta que el ejercicio del derecho no puede depender del buen hacer de la Administración, sobre quien pesa la obligación de resolver en todo caso, pero cuya práctica habitual está muy lejos de ser esa.

D. La incorporación a los archivos administrativos

Por último, el requisito establecido por el artículo 37.1 LRJAP, de que los documentos que se deseen consultar obren en los archivos administrativos, sí que responde a las previsiones establecidas por el artículo 105 b) CE, que habla específicamente de acceso a los archivos administrativos, aunque su desarrollo legislativo se haya hecho incorporando numerosas exigencias adicionales. Este requisito, tal cual se establece en la LRJAP, no parece plantear, por tanto, *a priori*, demasiados problemas; sin embargo, éstos han ido surgiendo a raíz de la interconexión existente entre esta

⁵⁸ Sobre todas estas cuestiones, *vid.* RAMS RAMOS, Leonor, *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos*, Reus, 2008, págs. 418 y ss.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

norma y las reguladoras de los archivos de las Comunidades Autónomas, de una parte y con la legislación sobre patrimonio histórico y la regulación del régimen de acceso a los archivos históricos que ésta hace, de otra⁵⁹.

3. La concurrencia de los requisitos impuestos por el artículo 37 LRJAP para el acceso a los documentos administrativos en el caso de los proyectos de carreteras y ferrocarriles, a efectos de su publicación en Internet

Ya hemos tenido ocasión de señalar cómo el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos se prevé respecto de los ciudadanos, entendidos éstos de manera amplia, en cuanto a que se trata de una categoría que debe de englobar sin duda no sólo a personas físicas, sino también a personas jurídicas y que el reconocimiento no se limita a un concepto constitucional y limitativo de ciudadanía, sino que debe ser interpretado —y así lo ha sido por los Tribunales de Justicia— como un concepto amplio que engloba tanto a ciudadanos como administrados.

Teniendo en cuenta que, en este sentido, la regulación de la LRJAP es una regulación de mínimos, no cabría inconveniente en que “todos” pudieran ser titulares de este derecho⁶⁰, en cuanto a que puede hacerse disponible la información a través de Internet para que cualquier persona tenga acceso a la misma, siempre que se respeten las limitaciones al acceso establecidas por el artículo 105 b) CE y el artículo 37 LRJAP, referidas no sólo a las excepciones al acceso que se estudiarán a continuación (*infra* apartado V), sino sobre todo excluyendo de acceso público aquellos documentos cuyo acceso se limita a los interesados, por razones de intimidad, así como aquellos para cuya consulta sea necesario acreditar, según la LRJAP, un interés legítimo y directo.

Por otro lado, no hay duda de la aplicabilidad de la legislación de acceso prevista por el artículo 37 LRJAP al supuesto que nos ocupa pues, a parte de lo ya argumentado *supra* (apartado III), no hay duda de que en este caso, la sociedad gestora analizada, GIASA, es sujeto pasivo del derecho de acceso en los términos ya estudiados, por cuanto no hay duda de que estamos ante una persona jurídica que se engloba dentro de aquellos que hemos considerado como sujetos pasivos del derecho de acceso —obligados por tanto a facilitar el acceso de los ciudadanos a sus archivos y registros administrativos—. Y no sólo por tratarse de una empresa pública, sino porque sus funciones esenciales son las de ser un instrumento para la gestión de servicios y funciones de carácter público.

⁵⁹ *Vid.*, para esta cuestión y, en particular para los problemas de solapamiento de regímenes jurídicos RAMS RAMOS, LEONOR, *op. cit.* págs. 429 y ss.

⁶⁰ Como ocurre por ejemplo en el caso del acceso a la información medioambiental prevista por la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

⁶¹ Sobre esta cuestión se volverá, como ya se ha señalado, más adelante, en el apartado V.2. A, al estudiar las limitaciones al derecho

Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que la Ley 3/1984, de Archivos de Andalucía, prevé específicamente en su artículo 2 f) que forman parte del patrimonio documental andaluz los documentos de “las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de los servicios públicos en Andalucía, en cuanto a los documentos generados en la gestión de dichos servicios” y que el Anteproyecto, recientemente aprobado por la Junta de Andalucía, sobre la Ley de Archivos de Andalucía, establece más claramente su carácter de “documentos públicos” [artículo 8.2. l) y m) del Anteproyecto].

a) Los tipos de documentos en los proyectos de infraestructuras: su accesibilidad

Como se acaba de señalar, no hay duda de que las entidades gestoras de proyectos de infraestructuras, como la que nos ocupa, como sujeto pasivo del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, puede llevar a cabo la publicación proactiva de los proyectos de infraestructuras de ferrocarriles y de carreteras que ella gestiona siempre en el marco de las limitaciones y requisitos exigidos por la legislación de acceso que se centra en el artículo 37 LRJAP.

La totalidad de la documentación que constituye los proyectos de obras de carreteras y ferrocarriles puede considerarse como posible objeto del derecho de acceso, en cuanto a que los distintos pliegos, documentos, mapas, etc. caben dentro del amplio concepto de documento que nos ofrece el artículo 37.1 LRJAP.

Tampoco plantea problemas al respecto el que se trate de documentos electrónicos en cuanto a que se harán accesibles a través de Internet, según lo dispuesto en el artículo 45 LRJAP y en la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Sí que pueden plantear problemas, sin embargo, determinados documentos que, formando parte de los proyectos, e independientemente de sus características técnicas, pudieran ser considerados como “documentos de carácter nominativo” o que afectan a la intimidad de las personas. De recogerse la estricta interpretación llevada a cabo por algunos de los Tribunales de Justicia (en particular, el TSJ de Madrid) respecto a la determinación de qué documentos puede considerarse que recaen bajo la aplicación de los apartados 2 y 3 y, por tanto, no pueden ser publicados sin más porque su acceso exige la existencia una estricta legitimación, cabría la duda de si son publicables determinados aspectos de los proyectos de obras de carreteras y de ferrocarriles, como son los Anexos relativos a las expropiaciones forzosas, por contener éstos documentos con referencia a las personas de los expropiados que, si bien contienen datos que son de carácter público pues así lo establece la legislación sobre expropiación forzosa, pudieran en todos caso, de seguirse la doctrina expuesta por el TSJ de Madrid a rajatabla, ser considerados como documentos “de carácter nominativo” y, en consecuencia, no ser accesibles al público en general a través de su publicación en Internet.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

No creo, sin embargo, que sea sostenible en el caso que nos ocupa una interpretación tan estricta de un concepto jurídico tan poco definido como es el expuesto por el artículo 37.3 LRJAP, que llevaría incluso a restricciones mayores que las establecidas por la LOPD. En todo caso, sobre la aplicación de las limitaciones por razón de la intimidad y por previsiones de otras legislaciones como son las relativas a la protección de datos volveremos *infra* en el apartado V.

Cabe concluir, ahora, de manera parcial, que no podrán hacerse públicos, en ningún caso, documentos que afecten a la intimidad de las personas, pues se trata ésta de una limitación general, establecida por el artículo 105 b) CE, que se concreta además por el apartado 2 del artículo 37 LRJAP. Por lo que se refiere a la limitación relativa a los documentos de carácter nominativo, habrá que aplicarla con cautela, escogiendo una interpretación estricta de este concepto, como hemos sostenido anteriormente y poniendo en contacto esta limitación con la legislación de protección de datos, en cuanto a que será ésta la que nos determine cuándo determinados datos relativos a las personas podrán ser objeto de publicación y cuándo la puesta a disposición de los mismos a través de Internet podría ser considerada como una cesión ilegítima de datos de carácter personal⁶¹.

b) La incorporación de los documentos relativos a proyectos en expedientes administrativos que constan en archivos administrativos

En el caso que nos ocupa, este requisito de la Ley no es problemático puesto que los proyectos de obras cuya publicación se pretende constituyen sin duda expedientes administrativos, conforme a lo establecido en la legislación de carreteras y de ferrocarriles. Por ello, cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 37.1 LRJAP, la documentación de estos expedientes es, en su conjunto, susceptible de acceso y, por lo tanto, de publicación –salvo, claro está, por las limitaciones subjetivas y objetivas que se apliquen–.

Dichos proyectos de obras de ferrocarriles y de carreteras deberán constar, lógicamente, en los pertinentes archivos administrativos, aunque su acceso se haga no a través de la consulta de los mismos, sino directamente a través de Internet.

c) La necesaria terminación de los procedimientos para su publicación

Es necesario por último hacer referencia a este requisito regulado por el artículo 37.1 LRJAP por el que se establece que el derecho de acceso puede ser ejercido en el caso de los documentos relativos a procedimientos terminados a fecha de la solicitud de dicho acceso.

⁶¹ Sobre esta cuestión se volverá, como ya se ha señalado, más adelante, en el apartado V.2. A, al estudiar las limitaciones al derecho de acceso previstas por normas con rango de Ley.

Como hemos visto, se trata de un requisito que puede resultar problemático si no se interpreta de manera estricta y que puede dar lugar a que queden fuera de la posibilidad de acceso determinados documentos relativos a expedientes que, aún refiriéndose a procedimientos terminados, conviven en los archivos de oficina con otros expedientes relativos a procedimientos aún en tramitación –como ocurre, por ejemplo, en el caso de la Ley de Archivos de la Comunidad de Madrid–, o cuyo acceso se impide por las Administraciones Públicas por entender que el procedimiento no ha concluido si éste ha sido objeto de recurso, o cuando se trata de expedientes cuya resolución despliega sus efectos a lo largo del tiempo. No creo, sin embargo, que estas interpretaciones sean sostenibles para el caso que nos ocupa.

En primer lugar, porque nada dice al respecto la Ley de Archivos de Andalucía –ni tampoco el Anteproyecto de la nueva Ley que vendrá a sustituir la vigente de 1984–, que únicamente se limita a reconocer el acceso a los documentos que forman parte del patrimonio documental andaluz –del que ya hemos visto forman parte los documentos de los proyectos aquí considerados–.

Y, en segundo lugar, porque, si no hay ninguna especificación legal al respecto, en virtud de la realización del principio de transparencia, la interpretación de la norma debe ser aquella que resulte menos restrictiva del derecho y por ello, deberá entenderse que la limitación respecto a la terminación del procedimiento se refiere al procedimiento concreto y principal, esto es, al propio proyecto de obras, sin tener en cuenta si éste despliega sus efectos a lo largo del tiempo o no. La única limitación que podría ser aplicable en este caso, es que hubiera algún recurso administrativo pendiente. En caso contrario –incluyendo la existencia de recursos contenciosos–, no habría limitación a su publicación siempre, claro está, y como se viene reiterando, que no existan otras limitaciones que impidan su publicación.

V. LOS LÍMITES AL ACCESO

1. El desarrollo legislativo por la LRJAP de los límites y exclusiones al derecho de acceso, previstos por el artículo 105 b) de la Constitución

Una vez estudiadas las características esenciales del derecho de acceso y su aplicabilidad al supuesto que nos ocupa, vamos a pasar a analizar las limitaciones objetivas que plantea la regulación sobre acceso y que son plenamente aplicables tanto para el acceso a los documentos a través de solicitud, como para el acceso directo vía Internet, pues su objetivo es –o debería responder, en todo caso–, a la protección de otros bienes jurídicos preeminentes.

Ya hemos tenido ocasión de resaltar como el principio de transparencia, que se encuentra en el fundamento del derecho de acceso, no es un principio absoluto, sino que está delimitado por la necesaria aplicación de otros principios, derechos y bienes jurídicos que se deben proteger. La tensión entre el necesario secreto para su pro-

tección y la transparencia, reiteradamente señalada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, se explicita en todas las regulaciones jurídicas del derecho de acceso en forma de límites al ejercicio del mismo.

En principio, por imperativo de esos principios de transparencia, democracia y participación, el acceso debe ser la norma general y el secreto la excepción, pues así se deduce además de la enunciación del derecho de acceso por nuestra Constitución, que establece en su artículo 105 que “la ley regulará: el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos *salvo* en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. No obstante, el desarrollo legislativo de este derecho –plagado, como hemos visto, de requisitos que reducen considerablemente el ámbito de su ejercicio–, así como la aplicación reiteradamente restrictiva por parte de las Administraciones Públicas y de la jurisprudencia de esta normativa, nos llevan hacia la conclusión contraria, cual es que, en nuestro ordenamiento jurídico, la regla general sigue siendo el secreto, dejando un reducido margen a la publicidad y a la transparencia, realizadas a través del ejercicio del derecho de acceso.

Los límites generales al derecho de acceso se determinan por tanto en la regulación constitucional del mismo, el artículo 105 b) CE, que los concreta en la defensa y seguridad del Estado, la intimidad de las personas y la averiguación de los delitos. Pero a las limitaciones generales establecidas por la Constitución debemos añadir otra serie de limitaciones y exclusiones que el legislador ha introducido al hilo de desarrollar legalmente el derecho de acceso, a través del artículo 37 LRJAP, de manera que se reduce, aún más, el ámbito de ejercicio de este derecho, que en ocasiones acaba siendo exiguo.

La doctrina ha criticado con dureza, por lo general, no sólo la amplitud de las limitaciones que el artículo 37 LRJAP regula, sino también la falta de sistemática de las mismas, repartidas a lo largo del precepto en forma de limitaciones, en algunos casos, en forma de exclusiones, en otros y a través de remisiones a disposiciones específicas, en tercer lugar, que, en algunos supuestos, no regulan el derecho de acceso o, en otros, directamente lo excluyen.

La naturaleza jurídica de las limitaciones y excepciones que se contemplan por la Ley es muy heterogénea, y en algunos casos se refiere a categorías y conceptos jurídicos indeterminados, cuya concreción se debe hacer en cada caso por la Administración competente.

Estos límites –que, como cualquier límite a un derecho constitucional deben ser objeto de interpretación restrictiva–, se desarrollan, como decimos, al igual que el resto de elementos del derecho de acceso, en el artículo 37 LRJAP. No obstante, su regulación es desigual, pues la intimidad aparece, más que como límite general del derecho de acceso, como elemento característico de todo el derecho, por cuanto que se traduce en uno de los requisitos esenciales en la acreditación del interés del soli-

citante del acceso. Esto es, además de ser un límite al derecho que impregna todos sus aspectos, se integra como elemento legitimador para el ejercicio del mismo⁶².

Los otros dos límites –la defensa y seguridad del Estado y la averiguación de los delitos– aparecen regulados específicamente por los apartados 5.a) y 5.c) del artículo 37 LRJAP, en términos prácticamente similares a los establecidos por la Constitución, como se analizará a continuación.

Al hilo de la concreción de estos límites, la LRJAP regula, en los apartados cuarto, quinto y sexto de su artículo 37, dos cuestiones distintas: por un lado se establecen las exclusiones al derecho, esto es, los casos en que no existe derecho, por referirse a materias que específicamente se excluyen de la publicidad; y, por otro, en el apartado sexto se hace referencia a los regímenes especiales de acceso, es decir, a algunos ámbitos sectoriales en los que el ejercicio del derecho se regula por sus propias disposiciones y no por el régimen general establecido por la LRJAP⁶³.

Las exclusiones reguladas por el apartado quinto del artículo 37 LRJAP son de carácter objetivo, en cuanto que dependen, en principio, no del ciudadano que pretende acceder, sino de la materia de la que se trata, bien por razones de interés general, o por referirse a bienes jurídicos –constitucionales, en su mayoría– que deben ser protegidos frente a una publicidad que pudiera lesionarlos. No plantea ninguna duda sobre su admisibilidad, en este sentido, la referencia y el desarrollo legislativo relativo a los límites al derecho de acceso que prevé la Constitución y que se desarrollan por estos apartados: la defensa y seguridad del Estado, la investigación de los delitos o la intimidad de las personas –esta última, como hemos visto, protegida fundamentalmente por los requisitos de acceso, más que por las limitaciones objetivas al derecho–, aunque sí se plantea la doctrina la admisibilidad del resto de exclusiones, dado que éstas no están previstas constitucionalmente.

Por eso, todas las limitaciones deben interpretarse de manera restrictiva y, cuando se trate de limitaciones de carácter relativo, deberá llevarse a cabo una ponderación de intereses que considere los diversos bienes jurídicos en juego: de un lado, los principios de transparencia, publicidad, participación y democracia, junto con los derechos e intereses legítimos de carácter particular que ostenten los solicitantes de acceso y, de otro, los bienes jurídicos e intereses que se pretenden proteger a través de las limitaciones y exclusiones al derecho, de manera que, sólo cuando éstos sean pre-

⁶² Así se desprende, además, de la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del derecho de acceso. Valga por todas la Sentencia 144/1999, de 22 de junio, en la que se afirma que “el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. Es cierto que inicialmente pueden quedar excluidos de ese poder de disposición aquellos datos o informaciones producidos y destinados al tráfico jurídico con terceros o sometidos a fórmulas específicas de publicidad (SSTC 110/1984 y 143/1994), pero no lo es menos que esta circunstancia no obsta para que el individuo esgrima un interés legítimo en sustraerlos del conocimiento de los demás, como del mismo modo lo puede haber para que esos aspectos de la vida individual sean públicos y conocidos, o puedan serlo (EJ. 8.º).”

⁶³ Aunque, como crítica la doctrina, en la mayoría de los casos el régimen jurídico particular de esas materias, como son las materias clasificadas, los expedientes sanitarios o los estadísticos, excluye en su regulación el acceso, como norma general, por lo que de nuevo estaríamos ante exclusiones al derecho de acceso.

ponderantes o más dignos de protección pueda excluirse el acceso a los archivos y registros administrativos que se haya solicitado.

En el presente análisis nos centraremos en las limitaciones de carácter objetivo que puedan afectar a la publicación íntegra en Internet de los proyectos de obras de ferrocarril y de carreteras, a fin de determinar si la aplicación de los mismos puede llevar a que determinados documentos que forman parte de los proyectos deban ser excluidos de acceso y por tanto no accesibles de manera directa por Internet, en aplicación del citado precepto⁶⁴.

2. Los límites al derecho establecidos en el artículo 37.4 LRJAP

El apartado 4 del artículo 37 LRJAP es el primero de los que regulan las limitaciones que pueden llevar a la denegación del derecho de acceso⁶⁵. Establece este apartado que “el ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada”.

Se contemplan, pues, en este apartado, tres tipos de limitaciones de distinto carácter: que concurren razones de interés público que prevalezcan sobre el derecho de acceso; que su ejercicio entre en conflicto con intereses de terceros que se considere más dignos de protección que el interés del solicitante de acceso; o que una Ley así lo disponga. Este apartado ha sido objeto de durísimas críticas por parte de la doctrina, por el carácter tan genérico de las limitaciones que se enuncian, que podrían llevar a vaciar de contenido un derecho de acceso ya muy limitado por los exigentes requisitos de carácter subjetivo, objetivo y formal que la Ley requiere para su ejercicio.

A. Las limitaciones previstas por normas con rango de Ley

De los tres supuestos previstos, el que menos objeciones plantea —y así lo ha destacado la doctrina— es el tercero, esto es, que la denegación de acceso se prevea por una Ley, puesto que la naturaleza de derecho de configuración legal que caracteriza al derecho de acceso permite que éste pueda ser objeto de desarrollo en distintas leyes, dado que el artículo 105 b) CE establece que “la Ley regulará”, sin especificar que deba ser una sola la que lleve a cabo este desarrollo y, por supuesto, por su naturaleza de derecho de configuración legal, dejando amplio margen al legislador para su regulación. De hecho, la propia LRJAP reconoce este supuesto cuando remite, a

⁶⁴ Por tanto, no serán objeto de análisis todos los apartados del artículo 37 LRJAP que establecen limitaciones al acceso, sino solamente aquéllos que puedan afectar al caso que nos ocupa.

⁶⁵ Sin olvidar, claro está, todas aquellas que, por razón de la protección del derecho a la intimidad se introducen como requisitos de legitimación del derecho de acceso en los apartados 2 y 3 del artículo 37 LRJAP.

su régimen legal específico, la regulación del ejercicio del derecho de acceso en los supuestos previstos por el apartado 6 de su artículo 37.

No obstante, la regulación por otras Leyes del derecho de acceso no puede llevar a vaciar de contenido del derecho constitucional regulado por el artículo 105 b) CE, por lo que, para que las denegaciones previstas por dichas normas legales sean admisibles, deberán justificarse bien en alguna de las excepciones previstas por el propio artículo 105 b) CE —esto es, la defensa y seguridad del Estado, la averiguación de los delitos y la protección de la intimidad—, bien en la protección de otros bienes jurídicos, siempre y cuando éstos hayan sido previstos por la Constitución.

En este sentido, son de especial relevancia las limitaciones introducidas por la LOPD para la protección de los datos de carácter personal, al tratarse de un derecho de carácter fundamental.

La existencia de una tensión entre la protección de los datos de carácter personal y la transparencia ya ha quedado señalada al hacer referencia a las limitaciones al acceso que prevén los apartados 2 y 3 del artículo 37 LRJAP al exigir unas legitimaciones especiales para acceder a los documentos que contengan datos que afecten a la intimidad de las personas o cuando se trate de documentos nominativos, esto es, que contienen datos de carácter personal, sin necesidad de que el conocimiento de los mismos afecte a la intimidad.

En este sentido, por imperativo del artículo 37.4 LRJAP que nos ocupa, son de plena aplicación las limitaciones que genera la LOPD. Aunque la regulación de ambas normas se hace ignorándose completamente éstas entre sí, es indudable que la protección de datos se alza como uno de los límites más importantes al acceso a los documentos, no sólo por las limitaciones en cuanto a la legitimación activa requerida en el caso de los documentos señalados, sino también por la aplicación preferente que tiene una norma que regula un derecho fundamental, como es el caso y, sobre todo, por el auspicio a la misma que se deriva de la regulación del citado apartado 4 del artículo 37 LRJAP.

Sin embargo, la aplicación preeminente de esta norma no puede llevarnos al vaciamiento de contenido del derecho de acceso y del principio de transparencia, aunque ésta ha sido la tendencia en los últimos años, por la aplicación estricta del articulado de la LOPD, en cuanto a que prácticamente cualquier publicación de datos de carácter personal en Internet está prácticamente vetada por la Ley en aplicación rigurosa de su artículo 11.

La tendencia a una estricta aplicación de la legislación protectora de datos de carácter personal se debe a un doble fenómeno: de un lado, la protección férrea llevada a cabo por las Agencias de Protección de Datos a través de su actividad inspectora y sancionadora; de otro, la tendencia a la opacidad de las Administraciones Públicas, que encuentran en la aplicación rigurosa de la LOPD una vía magnífica para escu-

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

dar sus negativas a comunicar documentos e información administrativa a los solicitantes de acceso.

Para la publicación de proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en Internet, se han de tener en cuenta, por tanto, además de las limitaciones que la propia LRJAP establece, las que se derivan de la LOPD, por cuanto el artículo 37.4 de aquella se remite a esta última y teniendo en cuenta la rigurosa interpretación que de la misma lleva a cabo, en particular, la Agencia de Protección de Datos.

En este sentido, teniendo en cuenta los distintos datos y muy variados datos de carácter personal que pueden figurar en los extensos proyectos de carreteras y ferrocarriles, se han analizado aquéllos que pudieran tener más relevancia a la hora de su publicación, por la posible infracción de la LOPD que se pudiera derivar de la misma.

En primer lugar, la inclusión de documentos que tengan referencias a correos electrónicos puede generar conflicto a la luz de la legislación de protección de datos si no media consentimiento por parte de los afectados.

En los proyectos de obras estudiados se encuentran adjuntos al expediente determinadas comunicaciones realizadas vía correo electrónico consistentes en la presentación de alegaciones por parte de personas afectadas por el procedimiento, así como por representantes de empresas cuyos servicios se ven afectados por los trazados de las carreteras y ferrocarriles proyectados. En ambos casos, la publicación de las copias íntegras de dichos correos electrónicos sin el consentimiento explícito de las personas afectadas puede ser una violación directa de la LOPD.

La Agencia de Protección de Datos ha concluido en varias de sus Resoluciones que la cesión de un fichero (o expediente) que contenga direcciones de correo electrónico, ha de ser considerada como cesión de datos a los efectos de la LOPD, ya que la dirección de correo electrónico, incluso de carácter profesional, que voluntaria o involuntariamente contenga información acerca de su titular, tiene la consideración de “dato de carácter personal”. La información puede referirse tanto al nombre y apellidos como a la empresa en que trabaja o su país de residencia, aparezcan o no estos datos en la denominación del dominio utilizado.

Para la Agencia de Protección de Datos, además, la publicación a través de una página *web* de datos —a través de actas o expedientes— constituye una cesión o comunicación de datos de carácter personal, definida por el artículo 3 i) LOPD como “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado” y en relación con las cesiones de datos, establece el artículo 11.1 LOPD que “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”, si bien no es necesario el consentimiento de los afectados cuando la comunicación se encuentre

amparada por una norma con rango de Ley o cuando se refiere a datos incorporados en fuentes accesibles al público.

En este sentido, el tratamiento de datos para finalidades distintas a la recogida está prohibido además por el artículo 4.2 LOPD aunque se trate de datos públicos o accesibles y su tratamiento supone un límite al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Sentado lo anterior, el carácter de dato personal del correo electrónico, la prohibición de su publicación para otros fines que el que justificó su tratamiento y el carácter de cesión necesitada del consentimiento explícito de los afectados de la publicación, debe tenerse en cuenta que de realizarse sin el consentimiento de los afectados puede tener como consecuencia no sólo una violación de la legislación de protección de datos, sino también una violación de los límites del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en cuanto que la inclusión de estos datos en los citados proyectos de obras, que constituyen un expediente administrativo, determina que el acceso a los mismos pueda ser denegado por aplicación del artículo 37.4 LRJAP.

En segundo lugar, también la inclusión de documentos en los que se contengan alegaciones al proyecto en sí, al procedimiento de expropiación o al de evaluación de impacto ambiental, realizadas por particulares, así como la correspondencia que se pueda sostener con terceras personas –incluso cuando sean representantes de empresas– cuando éstos puedan quedar identificados, ya sea por la inclusión de su correo electrónico, ya sea por la de otros datos personales, debe considerarse también susceptible de infringir la normativa de protección de datos, por las mismas razones que las anteriormente expuestas y, sobre todo, por el ya señalado carácter de cesión de datos que tiene la publicación de estos documentos en Internet. Por ello, sería recomendable bien recabar el consentimiento de los afectados para proceder a la publicación o, en caso contrario, llevar a cabo una anonimización de los documentos que resulten accesibles *on-line*.

Si bien en relación con los correos electrónicos, direcciones postales y datos de alegaciones por los que se pueda identificar a las personas, puede concluirse que de su publicación sin consentimiento previo en Internet pudiera derivarse una vulneración de su derecho a la protección de datos en virtud de la interpretación que del mismo hacen la Agencia de Protección de Datos y los Tribunales de Justicia –debe tenerse en cuenta, al respecto, sobre todo, la interpretación del derecho y de la legislación que lo regula hecha por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, a la que ya hemos tenido la oportunidad de referirnos al tratar de la legitimación activa exigida para el acceso a algunos documentos–, mayores problemas plantea la publicación de datos que, en principio, son considerados por otras Leyes como datos de carácter público.

En estos casos, el problema se deriva no de su publicación en sí, sino del tratamiento informático que se deriva, bien de la publicación a través de Internet o de su posi-

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

ble utilización por terceros, con fines distintos a la misma publicación, derivados de su conocimiento a través de la web y, sobre todo, a través de buscadores que permiten identificar a determinadas personas⁶⁶.

En esta línea, deben considerarse los datos relativos a los expedientes de expropiación. En principio, a pesar de poder ser datos personales, su publicación está expresamente prevista por la Ley, así que la mera publicación de los mismos por Internet no exigiría que medie consentimiento, tratándose de una cesión de datos –conforme al art .3. i) LOPD–, autorizada por Ley conforme a lo dispuesto por el artículo 11.2 de la misma LOPD.

A este respecto debe tenerse en cuenta que la Ley de 16 de diciembre de 1954 establece que “el beneficiario de la expropiación estará obligado a formular una relación concreta e individualizada en la que se describan, en todos los aspectos, material y jurídico, los bienes o derechos que considere de necesaria expropiación. Cuando el proyecto de obras o servicios comprenda la descripción materia detallada a que se refiere el párrafo anterior, la necesidad de ocupación se entenderá implícita en la aprobación del proyecto, pero el beneficiario estará igualmente obligado a formular la mencionada relación a los solos efectos de la determinación de los interesados”, debiendo someterse a información pública dicha relación y siendo de obligatoria publicación en el BOE y en el boletín de la provincia respectiva cuando la expropiación la realice el Estado (artículo 18 LEF).

Sin embargo, la tendencia de la Agencia de Protección de Datos en los últimos años ha sido considerar que el hecho de que se trate de datos que sean puedan ser conocidos por el público no es legitimación suficiente para que pueda producirse una cesión de los mismos y, como hemos visto, la publicación en Internet se considera como una cesión de datos, en el sentido de lo previsto por el artículo 3.i) LOPD. Así, el artículo 4.2 LOPD establece que el tratamiento de datos para finalidades distintas a la recogida esta prohibida y la Agencia de Protección de Datos entiende que esto ocurre con la publicación de los mismos, independientemente de que se trate de datos públicos o accesibles⁶⁷. Lo que tiene que estar especialmente previsto por la Ley, por tanto, no es la publicidad de dichos datos, sino la posibilidad de cesión de los mismos –ya sea a terceros, ya sea a través de su publicación–, cuestión sobre la que la legislación sobre expropiación forzosa no se pronuncia, por lo que la mera publicación de los datos en Internet puede llevar a que se produzca un tratamiento ilegítimo de los mismos, salvo que medie consentimiento expreso de los afectados.

⁶⁶ En este sentido, y por analogía, pueden considerarse las tendencias que se están generando últimamente en relación con la publicación por Internet del contenido de los Boletines Oficiales. En principio, la publicación de datos de carácter personal en los mismos es plenamente legítima cuando la información que en ellos consta debe hacerse pública, pero empieza a considerarse el problema que se puede derivar del tratamiento de los datos allí publicados mediante su acceso por buscadores, esto es, no a través de la consulta de la publicación concreta, sino buscando determinadas personas o hechos. En este sentido, ya hay algunas legislaciones (la canadiense, en particular) que introducen como mecanismo necesario en la publicación por los Boletines Oficiales de informaciones que contengan datos de carácter personal, la inclusión de inhibidores que impidan la consulta específica de datos a través de buscadores, de manera que la información sólo sea accesible a través de la consulta directa de la publicación.

⁶⁷ *Vizl.*, entre otras, la Resolución R/00514/2005, de 20 de julio de 2005, de la Agencia de Protección de Datos.

Además, si se sigue la interpretación estricta llevada a cabo por algunos Tribunales de Justicia, que hemos tenido oportunidad de analizar supra, en algunos casos los documentos en los que figuran los datos de la expropiación haciendo referencia a los titulares de los inmuebles expropiados, podrían ser considerados como documentos nominativos y necesitados, por tanto, de la acreditación de un interés legítimo y directo para tener acceso a los mismos.

Por ello, sería interesante considerar la posibilidad de anonimizar o eliminar también, en los anexos relativos a los procedimientos de expropiación forzosa, los nombres propios que identifican a los titulares de los bienes objeto de las expropiaciones forzosas, de manera que no fuera posible el tratamiento de los mismos a través de Internet.

Es necesario, en el caso que nos ocupa, tener también en cuenta que las legislaciones específicas en relación con las infraestructuras de carreteras y ferrocarriles no determinan en ningún momento reservas ni excepciones a la publicidad de los proyectos de carreteras o de ferrocarriles. Al contrario, se determina por la legislación sectorial la necesidad de someter dichos proyectos al escrutinio público a través del establecimiento de un trámite de información pública, por el que dicho expediente está a disposición del público durante un período de tiempo no inferior a veinte días, conforme a lo dispuesto por el artículo 86 LRJAP.

En este sentido, la Ley 9/2006, de 26 de diciembre, de Servicios Ferroviarios de Andalucía, establece en su artículo 9 la necesidad de que el estudio informativo relativo a un proyecto ferroviario sea objeto de un trámite de información pública durante un período de 30 días hábiles, determinando la posibilidad de alegaciones y observaciones por parte de los ciudadanos en relación con la concepción global del trazado e igualmente, la Ley 8/2001, de 29 de julio, de carreteras de Andalucía establece en su artículo 27 que el estudio informativo relativo a un proyecto de carreteras “es el estudio que podrá ser objeto de un trámite de información pública cuando éste sea preceptivo a los efectos de la presente Ley”, concretando a continuación, en el artículo 33 que “se someterán a información pública y de las Administraciones Públicas territoriales afectadas, por un período de un mes, únicamente las siguientes actuaciones en la red de carreteras de Andalucía: a) Nuevas carreteras. B) Variantes de población incluidas en el planeamiento urbanístico. c) Duplicación de calzada en una longitud continuada de más de 10 Kilómetros”.

A pesar de que la puesta a disposición del público de los estudios informativos de los proyectos de infraestructuras de carreteras y ferrocarriles sea preceptiva por el establecimiento de la normativa correspondiente de un trámite de información pública, debe recordarse que los Tribunales han sido muy cautos en cuanto a concluir que de esa publicidad pueda derivarse la posibilidad indiscriminada de acceso a dicha documentación –una vez concluido el proyecto–. Efectivamente, si bien el trámite de información pública supone la puesta a disposición del público del expediente en curso, sin perjuicio de que se encuentren dentro del mismo documentos que puedan

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

afectar a la intimidad de las personas, documentos nominativos u otros que puedan estar afectados por alguna exclusión prevista por el artículo 37 LRJAP, la jurisprudencia ha entendido que la posibilidad de acceso se limita a ese momento y que las consultas que quieran hacerse de esa documentación, posteriormente, fuera del trámite de información pública, tendrán que cumplir todos los requisitos subjetivos, objetivos y formales que la Ley exige para poder ejercer legítimamente el derecho de acceso y, por tanto, iguales requisitos son necesarios para que dicha información se pueda poner a disposición del público en Internet⁶⁸.

Igualmente, la Agencia de Protección de Datos limita el uso que puede darse a la información que ha sido objeto de consulta a través de la consulta de un expediente, ya sea en el trámite de información pública, ya sea posteriormente a través de su consulta por el procedimiento de acceso previsto por el artículo 37 LRJAP, en cuanto a que será ilegítima la cesión de los datos —a través de su publicación o tratamiento no autorizado— así obtenidos⁶⁹.

Por ello, deberá tenerse en cuenta que en este caso es de plena aplicación la LOPD, en cuando a que la publicación de los datos de carácter personal que figuran en los proyectos de obras de carreteras y ferrocarriles será una cesión de datos de las previstas por el artículo 3 LOPD. Por ello, para que su publicación sea conforme a derecho, tendrá que tratarse bien de datos que la Ley considera que son públicos o cuya cesión se autoriza —como ocurre en el caso de los datos de personas afectadas por un expediente de expropiación forzosa—, bien de datos que figuran en fuentes accesibles al público —como los Boletines Oficiales—. En caso de no encontrarse en ninguno de los supuestos anteriores, deberá contar con el explícito consentimiento de los afectados, para que la comunicación de datos sea legítima conforme al artículo 11 LOPD⁷⁰.

Por último, resulta también esencial hacer referencia a la legislación de protección de la propiedad intelectual por cuanto que el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, considera que “son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: [...] f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería”.

⁶⁸ *Vid.* entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 6 de mayo de 2000.

⁶⁹ Así, en su Resolución R/00514/2005, de 20 de julio de 2005, la Agencia de Protección de Datos sancionó a una empresa, en aplicación del artículo 44.3.d) LOPD por el tratamiento de datos de carácter personal obtenidos a través de la consulta de mismos, cuando estos se hicieron públicos a través del trámite de información pública de los procesos de planeamiento urbanístico, por considerar que dicho tratamiento requería del consentimiento de los interesados, según establece el artículo 6 LOPD, independientemente de que la consulta fuera legítima por tratarse de datos puestos a disposición del público.

⁷⁰ En cualquier caso, como ya se señaló supra, en el apartado III, se considera que la publicación de estos datos cumple con el requisito ineludible del artículo 4 LOPD de que el tratamiento de los datos se haga para finalidades compatibles con aquella para la que fueron recogidos, por cuanto la finalidad principal de la publicación es la realización del principio de transparencia.

En este sentido, debe entenderse que parte de los proyectos de infraestructuras de ferrocarriles y carreteras podrán estar protegidos por la propiedad intelectual que pertenecerá a los autores de los planos y diseños. No obstante, el reconocimiento de la autoría y de los derechos de propiedad intelectual nada obsta para que puedan ser susceptibles de publicación a través de Internet, supuesto específicamente previsto por el artículo 20 LPI que dispone que “1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. [...] 2. Especialmente, son actos de comunicación pública: [...] i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija. j) El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las disposiciones del Libro I de la presente Ley”, si bien dicha comunicación pública podría estar sujeta a derechos de explotación.

B. Las limitaciones previstas por protección de intereses de terceros y por razones de interés público

También pueden surgir problemas a la hora de la aplicación de los otros dos supuestos de limitación del derecho de acceso que contempla este artículo 37.4 LRJAP: las razones de interés público y los intereses de terceros más dignos de protección, fundamentalmente por el carácter genérico e indeterminado de estos conceptos jurídicos y que pudieran darse sin duda alguna en los proyectos que estamos analizando, notablemente, en aquellos documentos y Anexos que hacen referencia a personas físicas o jurídicas.

Entiendo que para que la aplicación de estas excepciones pueda hacerse sin sufrir un reproche de inconstitucionalidad, dado que el artículo 37.4 LRJAP establece una limitación de carácter potestativo⁷¹ y no absoluto, como lo son las previstas por el apartado quinto, además de ser objeto de una estrictísima interpretación, deberán restringirse los casos en los que puedan ser de aplicación estas limitaciones.

En este sentido, la cláusula de la prevalencia del interés público deberá aplicarse por la Administración de manera concreta, individualizando el interés en cuestión que se quiere proteger –que deberá ser, en todo caso, de carácter constitucional–, y llevando a cabo un riguroso juicio de ponderación entre el derecho de acceso –tanto el interés que lo legitima, sea cual fuere, como los principios que lo inspiran y que se encuentran en su fundamentación– y el interés público concreto que se considere prevalente, denegándose el derecho, de manera motivada, como exige el artículo 37.4 LRJAP, sólo en el caso de que el interés público concretado e individualizado prevalezca al mismo.

⁷¹ Dice el artículo 37.4 LRJAP que “el ejercicio del derecho de acceso *podrá ser denegado...*”.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

De la misma manera, cuando se trate de “intereses de terceros más dignos de protección”, éstos deberán individualizarse también y, sólo podrá justificarse la denegación –motivada, en todo caso–, si se trata de intereses de carácter constitucional, de un lado, y que resulten prevalentes tras llevarse a cabo un juicio de ponderación individualizado y referido a cada concreto documento solicitado⁷², entre el derecho de acceso y los intereses de terceros más dignos de protección.

Obviamente, se trata ésta de una tarea harto complicada cuando se trata de poner a disposición del público expedientes enteros y tan complejos como los aquí considerados. En todo caso, sería necesaria la individualización de las personas físicas y jurídicas cuyos intereses pudieran verse afectados genéricamente, pues en lo que se refiere a su intimidad y la protección de sus datos personales, así como sus secretos comerciales o industriales, se encuentran específicamente regulados por otras excepciones que se analizan en el presente trabajo. Lo mismo ocurre cuando pensamos en otros intereses públicos, como la seguridad, que se consideran específicamente.

Por esta razón, al estar contemplados los principales intereses concretos que pueden llevar a que un documento no deba ser accesible ya por otras excepciones o normas concretas, serán éstas las que deberán aplicarse y no estas cláusulas genéricas del artículo 37.4 LRJAP que, en principio, no tienen por qué afectar de manera directa la publicación de proyectos en general⁷³.

3. Las exclusiones de acceso previstas por el apartado 5 del artículo 37 LRJAP

A. Expedientes que contengan información sobre la Defensa Nacional o la seguridad del Estado

Esta exclusión del derecho de acceso que lleva a cabo el apartado b) del artículo 37.5 LRJAP responde literalmente a una de las tres limitaciones establecidas por el artículo 105 b) CE, por lo que nada cabe discutir sobre su constitucionalidad o aplicabilidad. En todo caso, la excepción debe ponerse en relación con la remisión que el apartado sexto del mismo precepto hace a las disposiciones específicas que rijan el acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas, precisamente porque la clasificación de los documentos, declarándolos secretos o reservados y, por tanto, excluidos de acceso, es una de las técnicas esenciales de protección de la seguridad del Estado, por lo que ambos apartados [5.b) y 6.a)] van a ser objeto de análisis conjunto.

⁷² Podría ser ésta una de las pocas razones que justifiquen el requisito establecido por el artículo 37.7 LRJAP de que la solicitud de acceso deba hacerse de manera individualizada.

⁷³ No obstante, no debe negarse la posibilidad de que en algún caso concreto, bastante improbable, un determinado proyecto afecte en concreto algún interés jurídico preeminente de un tercero que no se haya considerado por otras normas aplicables o por las excepciones aquí consideradas, y que, por esa razón determinados documentos de dicho proyecto dejen de ser susceptibles de publicación a través de Internet.

La norma fundamental que regula estas cuestiones es la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales –modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre– que declara en su artículo 1 el principio de publicidad en la actuación de los poderes públicos, para inmediatamente después regular los casos de exclusión o limitación de acceso a la información a través de la técnica de la clasificación de los documentos. El artículo 2 de la Ley es el que establece las materias susceptibles de ser declaradas clasificadas, indicando expresamente “los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”⁷⁴.

La Ley de Secretos Oficiales regula la competencia para declarar la clasificación de un asunto como secreto o reservado, los efectos de dicha calificación y las personas que quedan autorizadas para acceder a materias clasificadas. De esta norma se deduce que la regla general es la exclusión del acceso a las materias clasificadas, salvo el personal facultado expresamente para ello y los miembros de las Cortes según regula la Ley.

En el mismo sentido –puesto que el artículo 1.2 de la Ley de Secretos Oficiales establece que “tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por Ley”–, quedan excluidos de acceso –también por razones de defensa y Seguridad del Estado– los llamados “fondos reservados” que se consignan en los presupuestos del Estado y cuya utilización y control se regula por la Ley 11/1995, de 11 de mayo.

El Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de señalar la clasificación de documentos –y, por tanto, la limitación de la publicidad–, a través de la Ley de Secretos Oficiales, como la vía adecuada para la protección de la Defensa y Seguridad del Estado. Así se declara expresamente en la Sentencia de 4 de abril de 1997, cuando se afirma que “es igualmente cierto que las propias exigencias de eficacia de la acción administrativa, aludidas en el artículo 103.1 de la Constitución o la necesidad de preservar la existencia misma del Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de Derecho, pueden justificar que se impongan límites a la publicidad de la acción estatal y más concretamente, y por lo que hace al caso a resolver, que se encomiende al Gobierno, a quien compete la dirección de la defensa del Estado –artículo 97 CE– una competencia primaria, en los términos que fije el legislador –artículo 105 b) CE–, para decidir sobre la imposición de restricción a la publicidad de la acción estatal frente a cualquier autoridad, [...] por lo que debe reconocerse validez, desde la perspectiva constitucional, a la Ley de Secretos Oficiales, de 1968, al menos en los aspectos en los que atribuye competencia al Consejo de Ministros, para clasificar o desclasificar como secretos determinados asuntos o actuaciones estatales, a través del procedimiento que en esa Ley se establece, pero sin que lo expuesto quie-

⁷⁴ Se ponen así en contacto el primer límite al derecho de acceso establecido por el artículo 105 b) CE y que el artículo 37.5 LRJAP reitera y la remisión por el apartado sexto de este mismo artículo a las normas específicas sobre materias clasificadas, en cuanto que son éstas las que determinan el alcance y requisitos de esta limitación.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

ra decir que esos actos del Consejo de Ministros sobre clasificación o desclasificación no puedan a su vez ser sometidos al enjuiciamiento de este Alto Tribunal” (F.J. 5.º).

El Tribunal Supremo conecta, además, la declaración de documentos como secretos con los actos políticos del Gobierno, en cuanto a que el acto expreso de clasificación queda dentro del ámbito de la dirección política del Gobierno y, por tanto, es insusceptible de control contencioso-administrativo⁷⁵, salvo en los elementos de dichos documentos que entren dentro de los llamados “conceptos jurídicamente asequibles”, en cuyo caso sí son revisables por los tribunales⁷⁶.

También los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas han tenido ocasión de pronunciarse en relación con la aplicación de esta exclusión del derecho de acceso respecto de los expedientes que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado, en conexión con la normativa sobre materias clasificadas, cuya aplicación se ha hecho, por lo general, de manera categórica, por cuanto que una vez comprobado el carácter reservado o secreto de la documentación solicitada, se deniega el acceso sin necesidad de otra motivación. Así, las Sentencias del TSJ de Madrid, 682/2005, de 27 de abril y 1180/2005, de 13 de diciembre, desestiman sendos recursos por los que se solicitaba el acceso a documentación de carácter reservado en aplicación de los artículos 37.5.b) y 37.6.a) LRJAP. Todas estas Sentencias han aplicado la exclusión de acceso a los expedientes que contengan información sobre Defensa Nacional o Seguridad del Estado en conexión con la clasificación de documentos, de manera que, en realidad, la denegación de acceso se llevaba a cabo en aplicación de la Ley de Secretos Oficiales, a cuyo régimen jurídico remite el artículo 37.6.a) LRJAP.

⁷⁵ Como recuerda ÁLVAREZ CONDE, “previamente, en Sentencia de 28 de junio de 1994, el Tribunal Supremo había fijado su postura en relación con la existencia de actuaciones imputables al Poder Ejecutivo no controladas por los órganos del Poder Judicial, tras analizar al artículo 97 CE y su relación con el artículo 106.1, argumentando la admisión de una actividad política del gobierno no sujeta a revisión judicial. El artículo 97 enumera las funciones que competen al Gobierno, entre ellas, dirigir la política interior y ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, con la diferencia de que mientras las últimas están sujetas al control de los Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 106.1 CE, de su gestión política, como señala el artículo 108, el Gobierno responde solidariamente ante el Congreso de los Diputados”. En “La necesidad de una reforma: los secretos de Estado tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997”. ÁLVAREZ CONDE, *Acceso judicial a la obtención de datos*, dir. REVANGA SÁNCHEZ, Consejo General del Poder Judicial, 1998, págs. 65 y ss.

⁷⁶ Afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de abril de 1997 que “una inicial postura nos podría llevar a la afirmación de su naturaleza de mero acto administrativo y por eso sujeto al régimen común de control judicial de legalidad y de su sometimiento a los fines que lo justifican, impuesto por el artículo 106 de la Constitución. [...] Este razonamiento [...] resulta insuficiente, desde el punto de vista material, para explicar en el régimen constitucional de 1978 la sustancial excepción al sistema común de publicidad y de acceso de los Jueces y Tribunales a la documentación administrativa que precisen para resolver los litigios y que como deber para ellos y derecho fundamental de los ciudadanos, fluye del texto del artículo 24 CE. En este sentido, aceptado por el artículo 105 b) CE el principio de que por vía legal se regule el secreto de determinados documentos «en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado», la importancia de la excepción, en cuanto parece contraria a los comunes principios de convivencia democrática, excluyendo «ab initio» del normal control por los otros poderes e instituciones del Estado a los documentos relativos a determinadas materias reservadas, cuyo pleno conocimiento se les sustrae por imperativo legal, nos lleva a considerar que la naturaleza de las resoluciones sobre su desclasificación es la propia de la potestad de dirección política que atribuye al Gobierno el artículo 97 CE. La justificación de la atribución de esta potestad al ámbito de la actuación política del Gobierno se encuentra en que una excepción de la trascendencia de la que hemos descrito solamente puede moverse en las zonas más altas y sensibles, atinentes a la permanencia del orden constitucional. [...] La documentación cuya desclasificación se solicita forma parte de la que merece ser calificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del Estado y, por eso, acreedora a su calidad de secreta”.

La cuestión que se nos plantea es si pueden excluirse de acceso los documentos pertenecientes a expedientes que podrían, en algunos casos, afectar a la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado, sin haber sido clasificados como secretos o reservados.

La respuesta ha de ser, en todo caso, positiva, puesto que no sólo podría ser de aplicación autónoma la exclusión recogida en el artículo 37.5.b) LRJAP, independientemente de la clasificación de los documentos, sino que además la Administración está facultada para denegar el acceso también en virtud del artículo 37.4 LRJAP, por cuanto que este apartado establece que el ejercicio del derecho de acceso puede ser denegado “cuando prevalezcan razones de interés público” y, sin duda, la Defensa Nacional y la Seguridad del Estado son elementos esenciales de interés público, cuya protección puede primar sobre el principio de transparencia y el ejercicio del derecho de acceso, al tratarse de bienes jurídicos constitucionalmente previstos.

El artículo 37.5.b) LRJAP es categórico en cuanto a la exclusión que establece, si bien es evidente que, como en el caso de todas las limitaciones que restringen el derecho de acceso y afectan al principio de publicidad y transparencia, tendrán que ser objeto de interpretación estricta⁷⁷, tanto en cuanto a la determinación de los documentos que quedarán vedados de acceso por aplicación de esta exclusión, como respecto de los órganos administrativos a quienes corresponde determinar la aplicación de dicha exclusión.

En cuanto a la determinación de los documentos que, sin estar clasificados, pueden quedar excluidos de acceso por aplicación del apartado 37.5.b) LRJAP, MESTRE considera que las limitaciones en materia de defensa tienen su delimitación en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio⁷⁸.

No obstante, si bien como señala POMED, “esta interpretación del concepto pone el acento en la existencia de un peligro grave e inminente para el ordenamiento constitucional –que acoge y da sentido al resto de los bienes y valores protegidos– y resul-

⁷⁷ A fin de evitar el vaciamiento del derecho de acceso por esta vía, pues como señala POMED, “el artículo 37 LRJAP parece pretender abarcar la totalidad de informaciones atinentes a la seguridad y defensa del Estado. [...] Si se parte de un concepto omnicompreensivo de la defensa nacional [...] prácticamente no existe ningún ámbito de la vida social que no se vea implicado en la Defensa Nacional”. POMED SÁNCHEZ, “*El acceso a los archivos...*”, *op. cit.* pág. 468.

⁷⁸ “En mi opinión –dice el autor–, las limitaciones generales derivadas de la defensa nacional tienen en esta norma su cabal delimitación, pues los bienes protegidos por las bases de la defensa nacional, que permiten aplicar técnicas de secreto, son los que se cuestionan en las situaciones de excepción y sitio, esto es, «cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo» (artículo 13.1) y cuando «se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios» (artículo 32.1). En estos casos y siempre que el supuesto de hecho lo requiera (por ello en las diferentes normas se consagra el requisito de la motivación para denegar el derecho) cobra sentido la excepción al derecho de acceso. No así en los supuestos de estado de alarma, en los que no existen cabalmente razones que exijan abatir el derecho en cuestión”. MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso...* *op. cit.* pág. 148.

ta por ello más adecuada a la teleología del artículo 105 b) CE”, conlleva un grave inconveniente que el mismo POMED indica: “presenta el defecto de referirse únicamente a situaciones coyunturales y marcadamente excepcionales, cuando pueden existir supuestos en los que la protección del ordenamiento constitucional aconseje la extensión temporal del secreto”⁷⁹.

Por ello, quizás el criterio delimitador más ajustado a la naturaleza jurídica del bien protegido sea la determinación de qué órganos administrativos son competentes para declarar la exclusión, pues si la Ley de Secretos Oficiales declara competentes para clasificar documentos a unos órganos determinados –esto es, Consejo de Ministros y la Junta de Jefes de Estado Mayor (artículo 4 de la Ley)–, resultará más razonable que sean estos mismos órganos los competentes a la hora de aplicar, individualizadamente, esta exclusión, referida a documentos que, sin haber sido declarados secretos o reservados, puedan afectar a la defensa o a la seguridad del Estado. En este sentido es interesante considerar, con FERNÁNDEZ RAMOS, que “cuestión distinta es la relativa a la competencia para alegar esta exclusión, porque si se estima que cualquier órgano de cualquier Administración puede oponer al derecho de acceso la exclusión señalada, ello supondría extender indefinidamente, hasta los últimos alcañales del aparato administrativo, la capacidad para valorar la protección del Estado [...]. Por el contrario, debe entenderse que la capacidad para valorar la afectación de la seguridad del Estado [...] debe reservarse al Gobierno de la nación. Por ello entendemos que hay que distinguir dos situaciones: si el documento solicitado está formalmente clasificado, la autoridad que deniega el acceso al mismo se limita a constatar esta circunstancia, de modo que no habrá inconveniente para que se trate de un órgano administrativo distinto a los titulares de la potestad clasificatoria el que declare exceptuado el ejercicio del derecho [...]; ahora bien, si se trata de un documento no clasificado y el órgano en cuestión entiende que su comunicación pueda afectar a la seguridad del Estado, deberá remitir la solicitud a los órganos titulares de dicha potestad para que resuelvan”⁸⁰.

Ahora bien, aunque consideremos, en aras de la aplicación efectiva del principio de transparencia, que sólo podrá denegar el acceso en virtud de la aplicación de esta excepción, la autoridad competente para declarar su carácter reservado y secreto, está claro que cuando se trata del caso de la publicación de los documentos en Internet, no debería llevarse a cabo la misma si existe riesgo de que afecte a la defensa o seguridad del Estado, pues eso sería contrario a los intereses generales.

Los problemas surgen entonces de la determinación de qué documentos son susceptibles de afectar a la defensa y seguridad del Estado y la autoridad administrativa competente para declarar su carácter reservado o, simplemente, determinar que los mismos no son publicables por el posible daño que de su comunicación podría derivarse para el interés general.

⁷⁹ POMED SÁNCHEZ, “El acceso a los archivos...”, *op. cit.* pág. 468.

⁸⁰ *Ibidem.*

En este sentido, parece en exceso complicado y contrario a la eficacia administrativa que deba consultarse, por parte de cualquier Administración Pública que lleva a cabo una publicación proactiva de información administrativa a través de Internet, a las autoridades competentes para garantizar la seguridad y defensa del Estado, si determinados documentos pueden ser o no publicados y de hecho no existe procedimiento alguno en este sentido.

En el caso que nos ocupa, en principio la encargada de determinar la accesibilidad de los documentos administrativos de la Administración Pública andaluza es, en principio, la Comisión Calificadora de Documentos de Andalucía, quien se declara competente para declarar la accesibilidad o no de los documentos que, como estos proyectos, forman parte del Patrimonio Documental Andaluz.

Cabe plantearse, por ello, si la Comisión está legitimada para declarar la inaccesibilidad —y, por tanto, impedir la publicación— de un documento que afecta a la seguridad o defensa del Estado, puesto que no se trata de una autoridad competente para declarar la clasificación de documentos. En principio, aunque no se trata de un órgano administrativo competente para la clasificación y, por tanto, según los criterios aquí señalados, no tenga la competencia necesaria para la exclusión de su acceso, si es competente para la aplicación de la normativa de acceso contenida por el artículo 37 LRJAP y por tanto siempre queda la vía explícita del artículo 37.4 y la protección del interés público, pues no hay duda de que la seguridad nacional, al margen de determinar la posible clasificación de documentos, es un interés público prevalente al interés general del público en conocer la actuación de la Administración a través de la publicación de documentos.

No obstante, esto plantea el problema ya señalado de que por la vía de la garantía del interés público, en general, y de la seguridad nacional en particular, el derecho de acceso pudiera quedar completamente vacío de contenido. Por ello es necesario siempre llevar a cabo una ponderación de manera que sólo se lleve a cabo la exclusión de documentos clasificados o cuando se justifique fehacientemente la existencia de un interés público superior que excluya su libre transmisión al público.

A lo anterior debe añadirse otra cuestión, puesto que en muchos casos y, sobre todo, en el que nos ocupa, relativo a la posible publicación de expedientes relativos a proyectos de carreteras y ferrocarriles, nos encontraremos ante documentos de carácter técnico cuya valoración respecto de su capacidad para afectar la seguridad nacional no es de carácter jurídico sino técnico, por lo que la ponderación en este caso entre los diversos intereses en juego, resultará harto compleja y de carácter técnico más que jurídico.

En este caso, creo que debe entenderse que la restricción de la publicidad de los documentos técnicos debe acordarse también de ponderando de un lado el interés general en la transparencia y el carácter preeminente de la publicidad y, de otro, el carácter restringido de la aplicabilidad de las limitaciones al acceso a los documen-

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

tos, de modo que no tiene por qué considerarse que las informaciones técnicas presentes en los proyectos puedan afectar a la defensa y seguridad nacional, a no ser que su secreto o confidencialidad esté expresamente establecido por una norma con rango de Ley, esté declarado su carácter clasificado conforme a la Ley de Secretos Oficiales o por un acto formal de alguna de las autoridades que tienen la capacidad de determinar el carácter secreto o clasificado de determinadas informaciones. En este sentido, será de suma importancia la declaración de las llamadas “infraestructuras críticas” que vendrá a resolver este problema en relación con la exclusión y clasificación de determinados documentos relativos a infraestructuras por carretera y por ferrocarril por razones de seguridad nacional.

Por ello, en relación con la seguridad de las infraestructuras cuyos proyectos se pretende poner a disposición del público a través de su publicación íntegra en Internet y los riesgos que, de su publicación, pudieran derivarse para dichas infraestructuras, debe tenerse en cuenta la recientemente aprobada Directiva 2008/114/CE del Consejo, de 8 de diciembre de 2008.

Aunque al tratarse de una Directiva deberá esperarse a la aprobación del instrumento normativo de transposición de la misma elegido por el Estado español para poder saber cuál será la efectiva aplicabilidad de la misma, debe tenerse en cuenta que esta Directiva incluye, dentro de las llamadas “ICE” (“infraestructuras críticas europeas”), las infraestructuras de transporte por ferrocarril y por carretera. Según el artículo 2 a) de la Directiva, se considera infraestructura crítica “el elemento, sistema o parte de este situado en los Estados miembros que es esencial para el mantenimiento de funciones sociales vitales, la salud, la integridad física, la seguridad, y el bienestar social y económico de la población y cuya perturbación o destrucción afectaría gravemente a un Estado miembro al no poder mantener esas funciones”.

Según lo previsto por el texto de la Directiva, se deberá estar a lo que las autoridades designadas por la norma de aplicación de la misma consideren como “ICEs”, dentro de las cuáles bien podrían encontrarse las infraestructuras cuyos proyectos se pretende hacer públicos a través de Internet y podría por tanto considerarse clasificada la llamada “información sensible sobre protección de infraestructuras críticas” esto es, conforme al artículo 2 d) de la Directiva “los datos específicos sobre una infraestructura crítica que, de revelarse, podrían utilizarse para planear y actuar con el objetivo de provocar una perturbación o la destrucción de instalaciones sobre infraestructuras críticas”.

De identificarse dichas infraestructuras como ICEs, la información sensible sobre su protección quedaría probablemente incluida, a través de su identificación, como información clasificada y, por tanto, su difusión a través Internet vulneraría tanto la Ley de Secretos Oficiales, como la regulación sobre acceso a los documentos administrativos que, como ya sabemos, establece en los apartados 5 a) y 6 b) del artículo 37 LRJAP una limitación, de carácter absoluto al acceso cuando se trate de elementos clasificados o que pudieran afectar a la seguridad nacional que es, a su vez, una

de las limitaciones que al derecho de acceso establece, de manera genérica, el artículo 105 b) de la Constitución.

Asimismo, la propia Directiva establece en su artículo 9.1 la necesaria confidencialidad que han de garantizar las personas que tengan acceso a dicha información sensible, al disponer que “toda persona que maneje información clasificada en el marco de la aplicación de la presente Directiva en nombre de un Estado miembro de la Comisión será sometida al oportuno procedimiento de habilitación”. De esta manera, sólo podrán acceder a la información que se considere sensible quienes estén previamente habilitados para ello, por lo que el acceso por terceros no habilitados y, en general, por el público supondría una violación de dicha clasificación.

Deberán ser, por tanto, las autoridades nacionales quienes determinen, en el marco del instrumento de transposición de la citada Directiva, cuáles son los elementos sensibles y, por tanto, que en ningún caso podrán hacerse accesibles al público por Internet, de los proyectos de carreteras y de ferrocarriles, en el caso de que éstos fueran identificados como ICEs.

B. Expedientes relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial

Esta exclusión, prevista por el artículo 37.5.d) LRJAP, es otra de las que prevé la Ley en desarrollo legislativo del derecho de acceso, sin que traiga causa directa del artículo 105 b) CE. No obstante, la doctrina ha considerado, desde perspectivas muy distintas, que se trata de la traducción en este ámbito concreto de la defensa de algunos de los bienes jurídicos protegidos directamente por la Constitución, en cuanto que manifestación de la defensa nacional o del interés público –para algunos–, o de la intimidad –para otros–, así como de la defensa de la competencia.

En realidad, todos estos fundamentos se pueden encontrar en esta exclusión relativa a los secretos comerciales e industriales, pues la justificación de la confidencialidad en estos campos –comercial e industrial–, normalmente prevista por Ley, tiene por objeto precisamente la protección de varios bienes jurídicos, que pueden variar en cada caso. Hay que tener en cuenta, en este sentido, las diversas aplicaciones que tanto la industria como el comercio pueden tener, tanto a nivel público, como privado. Por otro lado, también debe considerarse la necesaria protección del Estado, cuando hablamos de secretos industriales relacionados con la defensa nacional, así como la de los ciudadanos, cuando se trata de proteger la competencia dentro del mercado y, evidentemente, también la de las empresas, en aras de garantizar su posible desarrollo tecnológico y las posibles ventajas competitivas que puedan obtener frente a otras empresas.

Todos estos elementos han sido tenidos en cuenta por las normas que regulan estos sectores, de entre las que nos referiremos, principalmente, a la Ley de Defensa de la

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

Competencia, de una parte y a las normas de propiedad industrial, de otra, que son precisamente las que tutelan los bienes jurídicos que se pretende proteger a través de esta exclusión, sin olvidar la relevancia que, en estas materias, juega el Derecho comunitario⁸¹.

Por lo que se refiere a las normas de defensa de la competencia, debemos tener en cuenta, en primer lugar, que la nueva Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece en su articulado la publicidad de las actuaciones de la Comisión Nacional de la Competencia (artículo 23), así como de las sanciones que se impongan en aplicación de la norma legal (artículo 69), no obstante lo cual, la Ley permite que en cualquier momento se ordene que se mantenga el secreto –mediante pieza separada– de las actuaciones relativas a los procedimientos tramitados por la Comisión que incluyan documentos cuya confidencialidad deba preservarse (artículo 42), confidencialidad y secreto que están obligados a mantener quienes tramiten dichos procedimientos (artículo 43).

Más clara en relación al secreto, es la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que considera desleal la divulgación o explotación de secretos industriales y empresariales a los que se haya tenido acceso legítima o ilegítimamente (artículo 13).

Por lo que se refiere al secreto industrial es necesario tener en cuenta las imposiciones de secreto que se establecen en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad –a pesar de que algún autor considera que lo que se protege en este caso a través de la Ley es el secreto vinculado a la defensa nacional⁸²–, por cuanto esta norma delimita, de la regla general de publicidad de las aquéllas, los casos en que determinados elementos de la propiedad industrial deben ser excluidos de la misma y, por tanto, tienen el carácter de secretos industriales.

En este sentido, la Ley establece el secreto del contenido de las patentes en dos situaciones distintas, que obedecen a la protección de dos bienes jurídicos diferenciados. De un lado, se establece el carácter secreto en la tramitación de cualesquiera solicitudes de patente, durante un plazo de dos meses (artículo 119.1), cuya finalidad es la protección de las investigaciones industriales hasta que se pongan en funcionamien-

⁸¹ Que, no olvidemos, contempla esta exclusión en el Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, cuyo artículo 4.2 regula como una de las excepciones sometidas a ponderación frente al interés público “los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual”.

⁸² Así, FERNÁNDEZ RAMOS considera que “la imposición de un plazo general de secreto para todas las solicitudes de patentes como la posibilidad de patentes secretas son normas dirigidas a proteger no ya el secreto industrial, sino el secreto vinculado a la defensa nacional [...]. El secreto industrial –y el comercial– nada tienen que ver con la normativa de patentes, cuya finalidad es precisamente garantizar la explotación de las invenciones”. Para el autor “el fundamento del secreto empresarial se encuentra en el derecho a la libertad de empresa –artículo 38 CE–, pues su función no es tutelar la vida privada o íntima de las personas, sino proteger el interés competencial de los operadores económicos, y por tanto, tal protección sólo está justificada en la medida en que la publicidad lesione dicho interés”. En *El derecho de acceso... op. cit.* págs. 518 a 520.

Evidentemente que éste es uno de los fundamentos esenciales del secreto comercial, como ya se ha analizado, pero no el único: también debe protegerse la propiedad industrial, fruto de la actividad empresarial, para garantizar el desarrollo en libre mercado y con garantía de la competencia de las empresas.

to los instrumentos específicos de protección que se derivan del reconocimiento de la propiedad industrial⁸³. Y, de otro, se amplía este plazo a cinco meses cuando se estime que la invención puede ser de interés para la defensa nacional (artículo 119.2), pudiendo declararse secreta –clasificación que ha de renovarse anualmente–, si se considera necesario, a través de la inscripción de la patente en un registro secreto (artículo 120).

Es necesario tener en cuenta estas disposiciones, ya que sólo podrá aplicarse esta exclusión, denegándose por tanto el acceso, cuando sea una norma la que prevea la existencia del secreto comercial o industrial, puesto que, en principio, la regla general cuando se trata de propiedad industrial o de relaciones comerciales es la publicidad en las actuaciones y resultados. Como para el resto de situaciones en las que la regla es la publicidad, el secreto o las restricciones a la misma deben ser de interpretación estricta.

Así parece desprenderse de la doctrina jurisprudencial que relaciona este precepto con los supuestos de declaración de secreto o confidencialidad que, además, han de ser objeto de ponderación frente al interés que ostenta el solicitante de acceso en conocer el contenido de los documentos requeridos.

El Tribunal Supremo afirma, en sus Sentencias de 15 de febrero y 23 de mayo de 2007, la corrección de la previsión efectuada por el artículo 37 LRJAP para la protección de los intereses públicos y privados que justifican la confidencialidad en el ámbito de los secretos comerciales e industriales, que además se recoge en diversas leyes de nuestro ordenamiento jurídico⁸⁴. Pero, en todo caso, el Tribunal Supremo considera que estamos ante una exclusión relativa, por la contraposición de intereses presentes –la publicidad y la protección de los intereses de terceros– que requiere de una ponderación individualizada caso por caso, para determinar cuál es, en cada supuesto concreto, el interés preponderante. “Se impone, pues, –dice el Tribunal en su Sentencia de 15 de febrero de 2007– una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado, a fin de cohonestar de forma singularizada el derecho a la defensa y a la protección de los intereses públicos y privados que conducen a las limitaciones de acceso al expediente administrativo. Por eso, esta Sala, en Auto de 6 de octubre de 2005 [...] ha considerado que esta materia debe abordarse “desde la perspectiva conjunta de no provocar indefensión a ninguna de las partes en el proceso y, a la vez, mantener el equilibrio entre el conocimiento procesal de determinados datos relevantes para el éxito de las pretensiones pero simultáneamente amparados, en principio, por el secreto comercial”, sin que sea dable una

⁸³ En este sentido, DA SILVA OCHOA incluye en materia de secreto industrial no sólo a las patentes y modelos de utilidad, sino también las marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimientos, denominaciones de origen, obtenciones vegetales, topografías de productos semiconductores, etc. DA SILVA OCHOA, “Derechos de los ciudadanos con especial referencia a las lenguas y acceso a registros”, en PENDAS GARCÍA, coord., *Administraciones Públicas y Ciudadanos*, ed. Praxis, 1993, pág. 340.

⁸⁴ Razón por la cual, además de la aplicabilidad del apartado que nos ocupa [37.5.d)], se debe tener en cuenta la posible aplicación del apartado 4 del mismo artículo, que establece la posibilidad de denegar el acceso “cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley”.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

declaración formulada globalmente sobre la pertinencia o impertinencia de que conste en el expediente toda la documentación solicitada” (F.J. 2.º)⁸⁵.

Por lo que se trata, evidentemente, de una exclusión relativa, en cuanto a que deben ponderarse los distintos bienes jurídicos que se enfrentan⁸⁶, cuya prevalente protección determinará si debe acordarse el acceso o denegarse el mismo, siendo la denegación, en todo caso, obligatoria, cuando así lo prevea una Ley, como en el caso concreto examinado.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 23 de mayo de 2007 –en la que se enjuicia la conveniencia de la estimación de una petición de información relativa a documentación solicitada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones–, en cuanto a la necesidad de ponderación de los intereses presentes entre los solicitantes de acceso y aquéllos particulares o empresas a las que afecta la comunicación de dichos documentos, otorgando el acceso cuando se entienda que el mismo no es lesivo de los intereses protegidos por el secreto comercial e industrial y siempre que el solicitante acredite la legitimación que sea necesaria a los efectos del artículo 37 LRJAP, así como el interés que le asiste para que pueda llevarse a cabo ese juicio de ponderación entre los mismos y los de los afectados por los documentos solicitados.

En el caso de la documentación aportada por empresas y particulares a los proyectos de carreteras y ferrocarriles que se pretendan poner a disposición del público a través de Internet, la señalada ponderación de intereses tendrá también que llevarse a cabo, teniendo en cuenta, de un lado, la necesidad de proteger los datos que, de manera confidencial, hayan aportado las empresas afectadas a estos proyectos y que pudieran ser susceptibles de ser considerados como secretos de carácter comercial o industrial y, de otro, el principio de transparencia que preside la publicación de los proyectos de obras de ferrocarriles y de carreteras en Internet.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la publicación de los servicios de empresas que pueden quedar afectados por el proyecto de obras (telefonía, electricidad, gas, oleoductos, etc.) y de los planos y detalles técnicos que las empresas ponen a disposición de la entidad gestora del proyecto de obras, para la elaboración del mismo,

⁸⁵ En el caso concreto que se contemplaba en esta Sentencia, la ponderación se hacía respecto de las previsiones de confidencialidad llevadas a cabo por la entonces vigente Ley de Defensa de la Competencia, de 1989, y la relación de ésta con las previsiones de acceso de la LRJAP. [...] Evidentemente, la declaración de confidencialidad acordada en el caso que aquí nos ocupa por el SDC y el TDC es plenamente coherente con esa regulación general del procedimiento administrativo, puesto que es la propia Ley de Defensa de la Competencia la que atribuye esa potestad e impone la limitación del derecho de acceso al expediente tramitado ante el Servicio o el Tribunal de Defensa de la Competencia, justamente porque en esta tipología de expedientes se examinan cuestiones atinentes a materias protegidas por el secreto comercial o industrial” (F.J. 2.º).

⁸⁶ Dice el Tribunal Supremo a este respecto que se trata de un “juicio de ponderación, que se despliega en el curso del proceso y que requiere de la colaboración de las partes procesales, a quienes corresponde la carga de aportar razones que les asisten para reclamar el alzamiento de ese nivel de protección y el consiguiente acceso a la documentación protegida. “Si las razones suministradas a tal efecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado. Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial habrá de prevalecer el amparo que el Ordenamiento presta a la confidencialidad. Evidentemente, este juicio de ponderación es por principio casuístico e irreductible a categorizaciones preestablecidas (F.J.2º).”

puvieran ser susceptibles de encontrarse en este caso y, por tanto, de afectar a materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

Y no sólo por la previsión que acabamos de ver, contenida en el artículo 37.5. d) LRJAP, sino porque se trata de una excepción, en protección de los secretos comerciales e industriales que está también específicamente prevista en las normas sobre la evaluación de impacto ambiental.

Así, el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, establece en su Disposición Adicional 5.^a que “de acuerdo con las disposiciones sobre propiedad industrial y con la práctica jurídica en materia de secreto industrial y comercial, el órgano competente, al realizar la evaluación de impacto ambiental, deberá respetar la confidencialidad de las informaciones aportadas por el titular del proyecto que tengan dicho carácter, teniendo en cuenta, en todo caso, la protección del interés público”.

Y, en el mismo sentido, el artículo 6 del Decreto 292/1995, de 12 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental, establece que:

“Información ambiental sensible:

1. El cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento se desarrollará necesariamente respetando el secreto comercial e industrial en los términos establecidos en la legislación vigente (artículo 9 de la Ley de Protección Ambiental).
2. Los titulares de las actuaciones objeto del presente Reglamento, podrán requerir del órgano ambiental competente la limitación del derecho a la información de aquellos datos con trascendencia comercial o industrial frente a personas o entidades distintas de la Administración.
3. El órgano ambiental competente decidirá respecto de la información que la legislación vigente excluye del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad, salvaguardando en todo caso los intereses generales. Esta resolución deberá ser motivada.
4. En caso de existir información relativa a elementos del medio ambiente en los que la divulgación de la localización geográfica exacta pusiera en peligro grave la conservación de los valores a proteger, el órgano ambiental podrá declarar reservada tal información y previa resolución motivada, determinar qué aspectos quedarán sustraídos del trámite de información pública”.

La dificultad en todos estos casos, a la hora de llevar a cabo la necesaria ponderación entre la preservación de los secretos comerciales e industriales y la transparencia —y, por tanto, la posible publicación en Internet de esta documentación—, está en

la determinación de qué informaciones pueden afectar la protección del secreto comercial e industrial, puesto que éste no ha sido definido por ninguna norma.

Al respecto, determinadas autoridades españolas toman en consideración la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, de los artículos 53,54 y 57 del acuerdo EEE y del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre información confidencial y que establece que “cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá el carácter de secreto comercial. Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estructura de ventas”.

Asimismo debe tenerse en cuenta que esta Comunicación considera, bajo el rótulo de “otra información confidencial” que “la categoría “otra información confidencial” incluye información distinta de los secretos comerciales que pueda considerarse confidencial en la medida en que su revelación perjudicaría significativamente a una persona o empresa. En función de las circunstancias específicas de cada caso, esto puede aplicarse a la información proporcionada por terceras partes sobre empresas que permita a éstas ejercer presiones de carácter económico o comercial muy fuertes sobre sus competidores o sobre sus socios comerciales, clientes o proveedores. [...] Por lo tanto el concepto de otra información confidencial puede incluir la información que permita a las partes identificar a los denunciantes o a otros cuando estos deseen de forma justificada permanecer en el anonimato”.

En el mismo sentido deben tenerse en cuenta, a la hora de publicar dichos datos, la necesaria protección del secreto industrial y los límites que dicha protección puede plantear a la hora de publicar en Internet la información relativa a los servicios afectados por los proyectos de obras cuando éstos hayan sido comunicados por las distintas empresas.

En todo caso, el escollo a la publicación que presenta la excepción prevista por la LRJAP en su artículo 37.5.d), en concreto, y las normas que protegen los secretos comerciales e industriales, en general, podría verse salvado en estos casos si, teniendo dudas sobre si la información proporcionada afecta o no a los secretos comerciales e industriales, sobre todo cuando se trata de servicios afectados por los proyectos de carreteras y ferrocarriles, se solicitara autorización a dichas empresas para que la información proporcionada sea publicada, cuestión que es de fácil solución a través de un simple formulario de consentimiento remitido a dichas empresas.

VI. CONCLUSIONES

De lo anteriormente analizado en el presente Estudio, cabe extraer las siguientes Conclusiones:

- I. Los proyectos de obras de carreteras y ferrocarriles pueden ser objeto de publicación a través de Internet conforme a la normativa que regula el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, siempre que se respeten las limitaciones impuestas en relación con la intimidad, la seguridad y defensa nacionales y con la investigación de los delitos –límites establecidos por el artículo 105 b) CE– y conforme a las exigencias de tipo subjetivo, objetivo y formal determinadas por el desarrollo legislativo del derecho previsto por los artículos 35 y 37 LRJAP.
- II. La publicación de los proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en Internet es un supuesto de cesión de datos conforme a la LOPD, por lo que sus preceptos y las limitaciones que dicha Ley establece respecto de la cesión de datos a terceros también pueden ser objeto de aplicación, dada la remisión que hace el artículo 37.4 LRJAP a las limitaciones establecidas en normas con rango de Ley.
- III. Los proyectos aquí referidos cumplen las exigencias objetivas establecidas por el artículo 37.1 LRJAP, como ya se ha analizado, pues se trata de hacer accesibles documentos, que forman parte de expedientes finalizados a la hora de la publicación, y que se encuentran sin duda en los archivos administrativos de la Junta de Andalucía.
- IV. Asimismo, las exigencias formales de la publicación no plantean problemas, por cuanto las mismas están previstas para el acceso individualizado a los documentos y están previstas en forma de limitaciones que garantizan la eficacia de las Administraciones Públicas (artículo 37.7 LRJAP), que en este caso tampoco se ven afectadas pues la publicación por Internet en nada dificulta su accesibilidad sin perjudicar el funcionamiento y cumplimiento de las actividades administrativas encomendadas, en el caso que nos ocupa, a GIASA.
- V. Por otro lado, ningún inconveniente surge de la publicación electrónica de los documentos, según lo dispuesto por el artículo 45 LRJAP y por la Ley 11/2007, de acceso electrónico a los Servicios Públicos, pues se trata de copias electrónicas en formatos accesibles al público en general, sin perjuicio de que su publicación, obviamente, no supone copia auténtica de la documentación a efectos jurídicos, sino simplemente tendrán el valor de copia simple, la cual se puede obtener también a través del ejercicio del derecho de acceso y, sin perjuicio, por supuesto, que una vez conocido el contenido de la documentación publicada, se proceda a solicitar certificado de la misma, conforme a lo establecido por el artículo 37.7 LRJAP.

- VI. Sí plantean mayores problemas las limitaciones que tanto la Constitución como la LRJAP plantean en protección de la intimidad de las personas, en forma de limitaciones de carácter subjetivo, por cuanto no podrán ser accesibles, en general, aquellos documentos para los que la LRJAP exigen una legitimación activa especial –prevista por los artículos 37.2 y 37.3 LRJAP–, así como las establecidas por los apartados 4 y 5 de la misma norma y cualesquiera otras normas a las que estos se remiten, siempre en defensa y garantía de otros tantos bienes jurídicos, cuya preeminencia determina que no puedan ser publicados, sino que deberán ser objeto de ponderación particularizada documento a documento para determinar si se cumplen los criterios legitimadores, en un caso, o los bienes que se protegen son preponderantes a la transparencia o el derecho de acceso, en el segundo.
- VII. Por todo ello, se ha llegado a la conclusión de que, si bien en general, son susceptibles de ser hechos públicos en su mayor parte los documentos relativos a los proyectos de infraestructuras de ferrocarril y de carreteras, como realización proactiva del principio de transparencia y del derecho de los ciudadanos de acceder a los archivos y registros administrativos, en cuanto a que se trata de una concreción de dicho principio, determinados documentos no podrán ser objeto directo de publicación, sino que deberán ser valorados a la luz de la legislación vigente, cuando ésta plantea determinadas limitaciones en protección de otros bienes jurídicos cuya protección puede considerarse preeminente a la transparencia.

En particular, deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

1. En primer lugar, la inclusión de direcciones de correo electrónico puede generar conflicto a la luz de la legislación de protección de datos si no media consentimiento por parte de los afectados, al tratarse de la cesión –por publicación– de datos de carácter personal.

En los proyectos de obras estudiados se encuentran adjuntos al expediente determinadas comunicaciones realizadas vía correo electrónico consistentes en la presentación de alegaciones por parte de personas afectadas por el procedimiento, así como por representantes de empresas cuyos servicios se ven afectados por los trazados de las carreteras y ferrocarriles proyectados. En ambos casos, la publicación de las copias íntegras de dichos correos electrónicos sin el consentimiento explícito de las personas afectadas puede ser una violación directa de la LOPD que, a su vez, como ya se ha señalado, actúa como límite del derecho de acceso en aplicación del artículo 37.4 LRJAP.

La Agencia de Protección de Datos ha concluido en varias de sus resoluciones que la cesión de un fichero (o expediente) que contenga direcciones de correo electrónico ha de ser considerada como cesión de datos a los efectos de la LOPD, ya que la misma, incluso cuando tenga carácter profesional, que voluntaria o involunta-

riamente contenga información acerca de su titular, tiene la consideración de “dato de carácter personal”. La información puede referirse tanto al nombre y apellidos como a la empresa en que trabaja o su país de residencia, aparezcan o no estos datos en la denominación del dominio utilizado.

Dado el carácter de dato personal del correo electrónico, la prohibición de su publicación para otros fines que el que justificó su tratamiento y el carácter de cesión necesitada del consentimiento explícito de los afectados de la publicación, debe tenerse en cuenta que de realizarse sin el consentimiento de los afectados puede tener como consecuencia no sólo una vulneración de la legislación de protección de datos, sino también una violación de los límites del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en cuanto que la inclusión de estos datos en los citados proyectos de obras, que constituyen un expediente administrativo, determina que el acceso a los mismos pueda ser denegado por aplicación del artículo 37.4 LRJAP que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, establece que el acceso podrá ser denegado cuando así lo disponga una Ley o prevalezcan intereses de terceros más dignos de protección.

2. En segundo lugar, también la inclusión de documentos en los que se contengan alegaciones al proyecto en sí, al procedimiento de expropiación o al de evaluación de impacto ambiental, realizadas por particulares, así como la correspondencia que se pueda sostener con terceras personas –incluso cuando sean representantes de empresas– cuando estos puedan quedar identificados ya sea por la inclusión de su correo electrónico, ya sea por la de otros datos personales, debe considerarse también susceptible de infringir la normativa de protección de datos, por las mismas razones que las anteriormente expuestas y, sobre todo, por el ya señalado carácter de cesión de datos que tiene la publicación de estos documentos en Internet. Por ello, sería recomendable bien recabar el consentimiento de los afectados para proceder a la publicación o, en caso contrario, llevar a cabo una “anonimización” de los documentos que resulten accesibles *on-line*.
3. Por el contrario, los expedientes de expropiación y datos referentes a la misma son en principio informaciones que sí son susceptibles ser publicadas ya que, a pesar de poder ser datos personales, su publicación está expresamente prevista por la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, que establece la obligación de someter a información pública la relación relativa a la declaración de la necesidad de expropiación, que es asimismo de obligatoria publicación en el BOE y en el boletín de la provincia respectiva cuando la expropiación la realice el Estado (artículo 18 LEF).

Por ello, no es necesario, en principio, que medie consentimiento para la comunicación por Internet –cesión de datos conforme al art .3. i) LOPD–, conforme a lo dispuesto por el artículo 11 de la misma Ley Orgánica de Protección de Datos, pues estamos en principio estamos ante un tratamiento compatible según el artículo 4 LOPD. No obstante, la tendencia restrictiva de la aplicación de la Ley por

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

la Agencia estatal de Protección Datos, en cuanto a las publicaciones que considera como tratamientos compatibles con la finalidad de la obtención de los datos, en aplicación del artículo 4 LOPD, haría recomendable plantearse la posibilidad de proceder, igualmente en este caso, a la “anonimización” de los datos de carácter personal presentes en los Anexos de expropiaciones o a la solicitud de consentimiento por parte de los afectados.

4. También es necesario tener en cuenta que en los proyectos de carreteras y ferrocarriles pudieran encontrarse datos susceptibles de afectar a la seguridad y defensa del Estado, limitación de carácter absoluto que impide su publicación a través de Internet.

En principio, las informaciones técnicas presentes en los proyectos no tienen por qué afectar a la defensa y seguridad nacional, a no ser que su secreto o confidencialidad esté expresamente establecido por una norma con rango de Ley, esté declarado su carácter clasificado conforme a la Ley de Secretos Oficiales o por un acto formal de alguna de las autoridades que tienen la capacidad de determinar el carácter secreto o clasificado de determinadas informaciones.

No obstante, habrá que estar pendientes de la transposición de la Directiva 2008/114/CE del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, por la que se determina el carácter clasificado de aquellas infraestructuras que sean consideradas como “ICEs”, esto es, como infraestructuras críticas europeas. La transposición determinará cuál es la autoridad administrativa competente para considerar una infraestructura ferroviaria o de carretera como “crítica” y, por tanto, protegida, de manera que aquellos datos específicos sobre esas infraestructuras que “de revelarse, podrían utilizarse para planear y actuar con el objetivo de provocar una perturbación o la destrucción de instalaciones sobre infraestructuras críticas” (artículo 2.d) de la Directiva), no podrán ser objeto de publicación en Internet, a riesgo de constituir una infracción de la Ley de Secretos Oficiales, así como de los apartados 5.a) y 6.b) LRJAP.

5. Por último, debe tenerse en cuenta que la publicación de los servicios de empresas que pueden quedar afectados por el proyecto de obras (telefonía, electricidad, gas, oleoductos, etc.) y de los planos y detalles técnicos que las empresas ponen a disposición de sociedad gestora para la elaboración del proyecto de obras, pueden no ser publicables en Internet si los mismos son susceptibles de afectar a materias protegidas por el secreto comercial o industrial, que es una de las limitaciones al acceso, de carácter objetivo, establecida por el artículo 37.5. d) LRJAP. Asimismo, se trata de una limitación referente no sólo al proyecto en sí, sino que además está explícitamente aludida por las normas en la evaluación de impacto ambiental.

En el mismo sentido deben tenerse en cuenta, a la hora de publicar dichos datos, la necesaria protección del secreto industrial y los límites que dicha pro-

Leonor Rams Ramos

tección puede plantear a la hora de publicar en Internet la información relativa a los servicios afectados por los proyectos de obras cuando éstos hayan sido comunicados por las distintas empresas. De poder verse afectado el secreto industrial, también será necesario recabar su consentimiento para proceder a la publicación.