# LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN ESPAÑA

**José Mª Porras Ramírez**

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada (España).
E-mail: jmporras@ugr.es.

**Resumen**: En España, la legislación vigente establece una relación de límites al derecho a la información particularmente amplia e indeterminada. Tales límites derivan, ya de la propia naturaleza de la información cuyo acceso se solicita; ya de su potencial entrada en conflicto con otros bienes, derechos e intereses jurídicamente protegidos. En este sentido, la Ley se muestra especialmente sensible con la protección de los datos de carácter personal, a la que otorga un régimen jurídico específico. Ello se ve condicionado por la concepción del derecho de acceso a la información como mero derecho de configuración legal, y no de carácter fundamental, lo que lo coloca en una posición de mayor debilidad a la hora de solucionar una eventual colisión con el derecho a la protección de datos de carácter personal, dado el carácter fundamental que éste, en cambio, sí tiene reconocido. De ahí que éste prevalezca habitualmente en caso de conflicto, lo que redunda en detrimento de la transparencia y el control pleno de las actuaciones administrativas que aquel otro propicia. Por tanto, sólo una efectiva reconfiguración del derecho de acceso a la información pública como auténtico derecho fundamental, a través de una oportuna reforma de la Constitución, permitirá situar en posición de equilibrio a ambos derechos, evitando así que la habitual interpretación extensiva del "habeas data" por parte de los operadores jurídicos conduzca a una depreciación de la exigencia democrática de apertura y transparencia que han de ser ejes esenciales de la acción pública. Y así ha de suceder, no sólo para promover la creación de un nuevo y consistente espacio de libertad, sino a fin de efectivamente limitar y controlar, de un modo más perfecto, el ejercicio, por naturaleza siempre tendencialmente desmesurado y opaco, del poder público.

**Sumario**: **I** Introducción: la exigencia democrática de apertura y transparencia como ejes fundamentales de la acción pública – **II** El derecho de acceso a la información en España – **III** Límites al derecho de acceso a la información. Especial referencia a la protección de datos personales y a las relaciones que se establecen entre ambos derechos – **IV** A modo de balance

## I Introducción: la exigencia democrática de apertura y transparencia como ejes fundamentales de la acción pública

La tan subrayada ausencia de apertura, participación popular, transparencia y adecuada rendición de cuentas de las instituciones públicas en su proceso de



MIOLO_RBDFJ.indd 17 27/10/2016 14:51:10

toma de decisiones; y la también criticada divergencia entre las políticas que aquéllas emprenden y las opciones y preferencias de los ciudadanos, no han hecho sino contribuir a la creación del llamado *"déficit democrático"*, expresivo de la existencia de una importante brecha o desajuste en la relación que se establece entre los gobernantes y los gobernados.

Así, aun cuando este alejamiento afecta, en mayor o menor medida, prácticamente a cualquier régimen político contemporáneo, la amplitud y complejidad de los cometidos que los poderes públicos han de desarrollar, el aumento creciente de sus competencias y regulaciones sobre las más diversas materias, conlleva una percepción popular cada vez más intensa de los desequilibrios democráticos existentes, explicando su denuncia reiterada.[1]

Por ello, contemporáneamente, los Estados han tomado conciencia del problema y, a esos efectos, han modificado sus constituciones, a fin, no sólo de garantizar la existencia de una arquitectura institucional efectivamente vinculada al principio de democracia representativa; sino, también, de incluir determinaciones complementarias, referentes a elementos esenciales de la llamada *democracia participativa*. El propósito no es otro que lograr una integración real de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones de las instituciones, del que se derive un cambio sustancial en el modelo de gobernanza, intensificador de su carácter democrático y, consiguientemente, de su legitimidad. Sólo así se superará la brecha que resulta de la comparación de los estándares de gobierno legítimo que se considera que han de satisfacer las instituciones y la constatación de la forma como realmente desempeñan aquéllas el mismo.

Adoptar las decisiones de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos expresa la voluntad de promover la participación popular en la vida democrática de los Estados, asegurando así lo que se conoce como *"buen gobierno"*. De aquí resulta la obligación de crear canales de comunicación o diálogo institucionalizado entre los ciudadanos, las asociaciones representativas y los poderes públicos; al tiempo que la necesidad de establecer al *principio de transparencia* como pauta o criterio inspirador, orientado a informar las actuaciones de quienes ejercen el poder público.

En consecuencia, una exigencia democrática semejante de "buen gobierno" habrá de vincularse a los derechos que se atribuyen a los ciudadanos. De ahí que asistamos a un reconocimiento progresivo, junto a otros, del *derecho* de éstos *a acceder a la información* en poder de las instituciones, órganos y organismos públicos; un derecho cuya realización efectiva pone a prueba la sinceridad de los objetivos señalados.

[1] Eriksen, E. O. "Governance or Democracy. The White Paper on European Governance", en *Jean Monnet Working Paper*, 6, 2001; en especial, págs. 22 y ss.



MIOLO_RBDFJ.indd 18 27/10/2016 14:51:10

Ciertamente, todo sistema institucional legítimo requiere, hoy en día, desde una perspectiva democrática, como garantía de buen gobierno, en primer lugar, un compromiso de apertura y transparencia de sus órganos, que, con carácter general, obligue a los mismos a hacer accesible al público el ejercicio de sus funciones; y, en segundo lugar, el reconocimiento de los medios necesarios que permitan el desarrollo de las iniciativas ciudadanas, destinadas a la obtención de la información que estimen oportuno solicitar a aquéllos, a esos efectos.

Así, además de la creación de un *espacio efectivo de libertad*, que se expresa en la *dimensión subjetiva del derecho*; no es menos importante tener en cuenta la *dimensión objetiva* que el mismo lleva aparejada, ya que, mediante su realización, se pretende alcanzar la *efectiva limitación y control del ejercicio del poder público*.[2]

## II El derecho de acceso a la información en España

En España la Constitución de 1978 no contempla a este derecho entre aquéllos a los que atribuye el carácter de fundamentales. De ahí que el mismo no se sujete a las garantías, genéricas y específicas, que asisten cualificadamente a aquéllos, y que suponen, cabe recordar: la especial vinculación a los mismos de los poderes públicos; su posibilidad de aplicación directa, si se tercia, "extra" e, incluso, "*contra legem*"; la exigencia de reserva de ley orgánica para su desarrollo; con la obligación de respeto, en todo caso, a su contenido esencial (art. 53.1 CE); además de su amparo judicial, preferente y sumario, ante los Tribunales ordinarios, y, en su caso, de forma extraordinaria, ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE).[3]

Así, la Constitución española se limita a hacer referencia a este derecho al enunciar los *principios que han de inspirar una buena Administración* (art. 105). De ese modo, dispone: "(L)a ley regulará" la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, tanto en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten; como, cuando proceda, en tanto que interesados, en el curso del procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos (apartados a) y c)). Por ello, y atendiendo a similares razones de apertura y corrección procedimental, la Constitución determina, asimismo, que la ley habrá,

[2] Porras Ramírez, J. Mª, "Los límites a la transparencia en la Unión Europea. El menguado alcance del derecho de los ciudadanos a acceder a la información en poder de las instituciones europeas", en I. W. Sarlet (Coord.). *Acesso à informaçâo como direito fundamental e deber estatal*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015, págs. 89-113.

[3] JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999, *passim*.



MIOLO_RBDFJ.indd 19 27/10/2016 14:51:10

también, de contemplar *"el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y la defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas"* (apartado b)).

Dicho precepto viene a completar los principios básicos que rigen la actuación de las Administraciones públicas, añadiendo así el de *publicidad*. De ese modo, se otorga visibilidad a la acción administrativa y accesibilidad a las fuentes de información, frente a cualquier idea de reserva y secreto, impropia de un Estado democrático de derecho. Su fundamento no puede ser otro que el *principio democrático*, expresivo, en este caso, del control que corresponde ejercitar a los ciudadanos con respecto a la actividad que desarrollan las Administraciones públicas, en tanto que organizaciones prestadoras de servicios públicos. De ahí que se manifieste en el deber de otorgarle publicidad, tanto a la información que obra en poder de la Administración; como a las sesiones de sus órganos colegiados.[4]

De ese modo, pese a que en el art. 105 de la Constitución no se menciona la palabra "derecho", lo cierto es que, del mandato triple dirigido al legislador que se contiene en sus sucesivos apartados, se deriva la obligación dirigida al mismo de que regule tres auténticos derechos públicos subjetivos; que son, por tanto, derechos constitucionales de configuración legal y no meras normas declaratorias de principios de carácter programático.[5]

El originario *derecho de acceso a los archivos y registros administrativos*, reconocido en el art. 105 b), requiere, por tanto, de desarrollo legal, a fin de hacerse efectivo. No obstante, hay autores que consideran que estamos en presencia de un derecho instrumentalmente conectado con el ejercicio de algunos derechos fundamentales (arts. 20.1 d), 18.1, 23.2 ó 24.1 CE). De ahí que sostengan su, en ocasiones, naturaleza fundamental, o su carácter mismo de derecho fundamental, propiamente dicho, por hallarse implícito o evidenciarse como una manifestación concreta del derecho fundamental a recibir libremente información, que se expresa en el art. 20.1 d) CE.[6]

Evidentemente, optar por una u otra postura entraña consecuencias muy diferentes: así, el juego, o no, del instituto del "contenido esencial" de los derechos fundamentales, como límite al desarrollo del derecho por el legislador; el papel,

4 FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 1997, págs. 321 y ss.

5 PARADA VÁZQUEZ, R.; BACIGALUPO SAGGESE, M. "Artículo 105: audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a archivos y registros administrativos", en O. Alzaga Villaamil (Dirs.). *"Comentarios a la Constitución española de 1978"*. Tomo VIII: Artículos 97 a 112, Madrid: Cortes Generales/Editoriales de Derecho Reunidas, 1998, págs. 523-545; en especial, págs. 534-535.

6 VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos del público*. Madrid: Tecnos, 1995, págs. 84 y ss.



MIOLO_RBDFJ.indd 20 27/10/2016 14:51:10

más o menos intenso, que habrá de desempeñar en dicha materia el reglamento; la aplicabilidad potencial de la vías preferentes y sumarias de amparo judicial y, extraordinariamente, constitucional, de cara a su tutela, serán apreciadas sólo en caso afirmativo.[7]

En consecuencia, los partidarios de su consideración como derecho fundamental entienden que el derecho de acceso a los documentos administrativos no es sino una manifestación de un genérico *derecho fundamental a recibir información*, y, más concretamente, de la *libertad de informarse* o *derecho a informarse*, que, en cuanto derecho de libertad, se contiene en el art. 20.1 d) CE, que, de ese modo, se muestra, no sólo, como un derecho a la noticia, sino a conocer o acceder, también, a las *"fuentes de información"*, esto es, a los contenidos y documentos en poder de los entes públicos y sujetos asimilables, contribuyendo así a satisfacer el fin institucional inherente a la libertad de información, esto es, *la formación de una opinión pública libre*, que hace posible *la participación informada de los ciudadanos en los asuntos públicos* (art. 23 CE), exigencia del principio democrático, a la par que contrapoder disuasorio de conductas inapropiadas.

De ese modo, se considera que, siendo los archivos y registros administrativos "fuentes de información", sometidos por el art. 105 b) CE a un principio general de publicidad, aquéllos pueden y deben calificarse como *"medios de difusión"*, en el sentido del art. 20.1 d) CE. Por eso, hay autores que estiman que el acceso a dichos medios forma parte de la libertad de informarse, garantizada en dicho precepto constitucional. De ahí que entiendan que la ley reclamada por el art. 105 b) CE esté llamada a regular el ejercicio de un derecho fundamental reconocido por la Constitución, que no es otro que el *derecho a recibir información a través de unos medios de difusión, entre los que se hallan, junto a otros posibles, en concreto, los archivos y registros administrativos,* mencionados en dicho precepto.[8]

Pero, entonces, ¿cuál es la función propia del art. 105 b) CE con relación al art. 20.1 d) CE? Según estos autores su fin consiste en *garantizar, de modo directo, la publicidad de la información contenida en los archivos y registros informativos,* de modo que la información plasmada en los documentos en ellos depositados sea considerada "información pública" y pueda así ser objeto inmediato de la libertad de informarse, contenida en el art. 20.1 d) CE, a menos que afecte a los bienes constitucionalmente protegidos que se indican.[9]

---

7 FERNÁNDEZ RAMOS, S. *"El derecho de acceso a los documentos administrativos"*, *op. cit.*, pág. 330.

8 FERNÁNDEZ RAMOS, S. *"El derecho de acceso a los documentos administrativos"*, *op. cit.*, págs. 330 y ss. También, Rams Ramos, L., "La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 160, págs. 121 y ss, 2013.

9 FERNÁNDEZ RAMOS, S. *"El derecho de acceso a los documentos administrativos"*, *op. cit.*, pág. 356.



MIOLO_RBDFJ.indd 21 27/10/2016 14:51:11

A esta argumentación en pro de la consideración del derecho de acceso a la información como derecho fundamental, en tanto que vinculado a la libertad de información contemplada en el art. 20.1 d) CE, se añade el entendimiento de que este precepto ha de interpretarse conforme a los tratados internacionales ratificados por España, ex art. 10.2 CE. Así, suele esgrimirse la *interpretación que ha hecho el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos del art. 10.1 del CEDH, referido a la libertad de expresión*, en ese mismo sentido, y a las previsiones que se contienen, asimismo, en el *Convenio 205 del Consejo de Europa, de 18 de junio de 2009, sobre el acceso a los documentos públicos*, inspirado, también, en el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.[10]

*Por el contrario, desde una perspectiva distinta,* otros autores, entre los que me encuentro, respaldados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo de España (vid., por todas, la STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8º y la STS 3359/2003, de 19 de mayo de 2003 FD 3º y 4º), el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos acerca del Anteproyecto de Ley de Transparencia, de 5 de junio de 2012 y el Informe del Consejo de Estado a dicho Anteproyecto, de 19 de julio de 2012, sostienen que el derecho de acceso a la información pública no aparece incluido en el restrictivo catálogo de derechos fundamentales que recoge la Constitución, aun siendo una garantía del funcionamiento de Estado democrático de derecho y constatarse su enlace o vinculación con declaraciones, mandatos y derechos recogidos en otros preceptos de la Norma Fundamental.[11]

El *Derecho de la Unión Europea* apoya esta interpretación al otorgarle al derecho de acceso a la información pública un doble reconocimiento al máximo nivel. Así, la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, incorporada al Tratado de la Unión, tras su reforma acordada en Lisboa, reconoce los *"derechos de ciudadanía"*, entre los cuales se encuentra el derecho de todo ciudadano de la Unión, y de toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio en un Estado miembro, a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (art. 42). Además, el art. 15.3 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* reconoce, también, de forma autónoma,

[10] HINS, W.; VOORHOOF, D. "Access to Stete-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention of Human Rights", en *European Constitutional Law Review*, n. 3, p. 64 y ss, 2007. También, ROLLNERT LIERN, G., "El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la ley de transparencia", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 34, págs. 349-368, 2014.

[11] ÁLVAREZ RICO, M. "Derecho de acceso a los documentos administrativos", en *Documentación Administrativa*, n. 183, p. 111 y ss, 1979. POMED SÁNCHEZ, L. A., *"El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos"*, Madrid, INAP, 1989, págs. 141 y ss. 103 y ss. EMBID IRUJO, A., *El ciudadano y la Administración*. Madrid: INAP, 1994, pág. 94.



MIOLO_RBDFJ.indd 22 27/10/2016 14:51:11

el derecho de acceso a la información pública, relacionándolo con los principios de apertura, transparencia y buen gobierno que exige que informe la actuación de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea. Asimismo, el *Reglamento (CE) nº 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y la Comisión*, establece una regulación específica referida a esta matéria.[12]

Conforme a una misma lógica, en realidad, lo que *el art. 105 b) de la Constitución española ha hecho ha sido incorporar el principio de transparencia que debe presidir la actuación de las Administraciones Públicas*. Dicho precepto se inscribe así en la idea o principio general que propicia y fomenta la participación de los ciudadanos en el desarrollo de la actuación administrativa. En particular, el apartado en cuestión tiene como finalidad genérica instrumentar una suerte de *control difuso de la actuación de las Administraciones, derivado del conocimiento que tienen los ciudadanos de su funcionamiento y de las decisiones adoptadas.* Por tanto, dicho precepto ordena al legislador que regule uno más de los fenómenos participativos que se contemplan en la Constitución, en relación, en este caso, con el proceder de las Administraciones Públicas.

Así, la amplitud con que se configura el referido derecho de acceso en la Constitución permite sostener que el mismo da cabida o expresa el *principio de transparencia en la actuación administrativa*. Al reconocerlo la Constitución establece "la imagen de una Administración pública auténticamente democrática" (STS de 19 de mayo de 1988). Y, ante todo, *sirve para completar la garantía jurisdiccional del control pleno de la actuación administrativa, fomentando la significación del principio participativo, que es inherente al principio democrático*. No en vano, el carácter prestacional de las Administraciones Públicas y su dependencia última respecto de los ciudadanos, a los que deben servir en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, subrayan el vigor constitucional del principio, que *persigue el control pleno de la actuación administrativa*.[13]

Y es que existe una *tensión entre el principio de transparencia y sus exigencias y la acusada tendencia a la opacidad en la actuación de las Administraciones*

---

[12] GONZÁLEZ ALONSO, L. N., "Artículo 42: Derecho de acceso a los documentos", en MANGAS MARÍN, A. (Dir.), y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.). *"Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo"*. Madrid: Fundación BBVA, 2008, págs. 678-699. También, vid. PORRAS RAMÍREZ, J. Mª, "Los límites a la transparencia. El menguado alcance del derecho de los ciudadanos a acceder a la información en poder de las instituciones europeas", en SARLET, I. W. (Coord.). *"Acesso à informação...", op. cit.*, págs. 91 y ss.

[13] MESTRE DELGADO, J. F., "Artículo 105", en M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Dirs.). *"Comentarios a la Constitución. XXX aniversario".* Madrid: Wolters Kluwer, 2008, págs. 1713-1722; en especial, pág. 1719.



MIOLO_RBDFJ.indd 23 27/10/2016 14:51:11

*Públicas*. El secreto del poder es incompatible con la libertad y hace imposible una real participación ciudadana en los asuntos públicos, la cual viene prescrita en el art. 9.2 CE.[14]

A esos efectos, el art. 37 de la Ley 30/1992 de RJAP y PAC supuso la primera regulación efectiva, aunque harto restrictiva, del alcance asignado al derecho de acceso a la información en poder de las Administraciones Públicas.[15] En su *ámbito subjetivo de aplicación*, vinculado estrictamente a los archivos y registros, tal derecho afectaba a las Administraciones territoriales, a las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica; a los Colegios Profesionales; e, incluso, a los gestores de los servicios públicos. En cuanto a su *objeto*, se refería 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…". En cuanto a las *modalidades de acceso*, se permitía tanto el acceso directo a los documentos, como la obtención de copias y certificaciones. Y, en relación a las *materias excluidas* del derecho de acceso, el legislador añadió otras a las que ya señala la Constitución (seguridad y defensa del Estado, averiguación de los delitos e intimidad de las personas), afirmando que no cabe el ejercicio del derecho respecto a los expedientes "que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo", "los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial", y "los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria". A su vez, otras leyes ampliaban el listado de exclusiones, impidiendo, por ejemplo, el acceso a los ficheros policiales o a los gastos reservados.

Asimismo, el carácter restrictivo con que regulaba la Ley 30/1992 el citado derecho de acceso se expresaba: 1) en la obligación impuesta de formular petición individualizada de los documentos a consulta, sin que quepa formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias (art. 37.7). Y 2) en la previsión conforme a la cual el derecho de acceso puede ser denegado cuando prevalezcan, genéricamente, razones de interés público, intereses de terceros dignos de protección o cuando así lo disponga la ley, debiendo, en tales casos, dictar resolución motivada el órgano competente (art. 37.4). Una tan genérica habilitación a las Administraciones Públicas merma el alcance del derecho significativamente.

[14] SÁINZ MORENO, F. "Secreto e información en el Derecho público", en MARTÍN RETORTILLO, S. (Coord.). VVAA, *"Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría"*, Madrid: Civitas, 1991, Volumen III, págs. 648 y ss.

[15] MESTRE DELGADO, J. F., "Artículo 105", *op. cit.*, págs. 1719 y ss.



MIOLO_RBDFJ.indd 24 27/10/2016 14:51:11

Además, al no establecerse procedimiento específico alguno, se obligaba a acudir al común, lo que no facilitaba la efectividad del derecho. No en vano, el plazo máximo para la resolución es excesivo (tres meses), transcurrido el cual se produce el silencio administrativo. Se dificulta así el ejercicio del derecho, al precisarse una actividad de la Administración. Por lo tanto, cabe concluir afirmando que el principio de transparencia se muestra considerablemente obstaculizado en la Ley 30/1992, en vez de facilitado, en lo tocante a su realización.[16]

Hoy, el art. 13 de la *Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* reconoce los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas, disponiendo que quienes tienen reconocida capacidad de obrar ante aquéllas, ex art. 3, tienen, entre otros, *derecho* "d) al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y (a lo dispuesto en) el resto del ordenamiento jurídico".

Esta Ley responde a la necesidad de establecer una regulación general y amplia en materia de *transparencia*, en su doble vertiente de *publicidad activa* y de *derecho de acceso a la información pública*, similar a la existente en la mayoría de los países europeos.[17] Así, establece una *configuración amplia del derecho de acceso a la información pública*, del que son *titulares "todas las personas"*, que podrán ejercerlo sin necesidad de motivar su solicitud, "en los términos previstos en el art. 105 b) CE, desarrollados por esta Ley", del mismo modo que se prevé que, "en el ámbito de sus respectivas competencias", sea "de aplicación la correspondiente normativa autonómica" (art. 12).

En consecuencia, la Ley 19/2013 entiende por *"información pública" "los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título (esto es, las Administraciones Públicas; las corporaciones de Derecho Público; las altas instituciones del Estado:* Casa de Su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social *y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas al Derecho Administrativo; las sociedades mercantiles en las que la participación de las entidades señaladas en su capital social supere el 50%; las fundaciones del*

[16] MESEGUER YEBRA, J. *La transparencia en las Administraciones Públicas. El procedimiento de acceso a la información pública.* Barcelona: Bosch, 2013, págs. 10 y ss.

[17] Para una primera aproximación, cfr., GUICHOT REINA, E. (Coord.). *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos, 2014.



MIOLO_RBDFJ.indd 25 27/10/2016 14:51:11

*sector público; las asociaciones constituidas por las Administraciones, órganos y entidades indicadas; y los órganos de cooperación) y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones"* (art. 13).

El ejercicio del derecho de acceso a la información se lleva a cabo mediante *solicitud* (art. 17), que no precisa motivarse, aunque pueda así hacerse, lo que podrá ser tenido en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud. Dicha solicitud se dirigirá al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información. A tal fin, cabe utilizar cualquier medio que permita tener constancia de: a) la identidad del solicitante; b) la información que se solicita; c) una dirección de contacto, preferentemente electrónica, a efectos de comunicaciones; d) y, en su caso, la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada.

La solicitud podrá *inadmitirse a trámite*, mediante resolución motivada, cuando medien las siguientes causas: a) que la información requerida se halle en curso de elaboración o publicación; b) que sea información auxiliar o de apoyo contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas; c) que se refiera a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración; d) que la solicitud se dirija a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente; d) o que la información requerida sea manifiestamente repetitiva o tenga un carácter abusivo, no justificado con la finalidad de la Ley (art. 18).

En lo que a la *tramitación* de la solicitud se refiere (art. 19), la Ley señala que si se refiere a información que no obra en poder del sujeto al que se dirige, éste deberá remitírsela al competente, si lo conoce, informando de ello al solicitante. A su vez, se prevé que se puedan reclamar al solicitante aclaraciones de la información solicitada, en el plazo de diez días, teniéndolo por desistido, de lo contrario. En todo caso, si la información pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. Se informará de ello al solicitante, suspendiéndose el plazo para dictar resolución hasta que no se reciban aquéllas o haya transcurrido el plazo para su presentación. Finalmente, se contempla que cuando la información objeto de la solicitud haya sido elaborada, íntegra o principalmente, por otro sujeto distinto del que la tiene en su poder, se le remita a aquél la solicitud para que decida sobre el acceso.

La *resolución* que concede o deniega el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que los solicitaron en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver (art. 20). Cabe ampliar un mes más el plazo dado si el volumen o la complejidad de la información solicitada así lo requiere, previa notificación al solicitante. Serán motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, concedan acceso parcial o a través de una



MIOLO_RBDFJ.indd 26 27/10/2016 14:51:11

modalidad distinta a la solicitada, o permitan el acceso pese a la oposición de un tercero. También lo serán cuando la mera indicación de la existencia, o no, de la información solicitada suponga vulnerar algún límite al acceso. Transcurrido el plazo máximo para resolver sin notificar la resolución se entenderá que la solicitud ha sido desestimada.

El *acceso a la información* se realizará preferentemente por vía electrónica, salvo que eso no sea posible o el solicitante haya señalado expresamente otro medio (art. 22).

Cabe interponer *recurso* contra estas resoluciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de elevar la reclamación potestativa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (art. 23).

## III Límites al derecho de acceso a la información. Especial referencia a la protección de datos personales y a las relaciones que se establecen entre ambos derechos

Así pues, una configuración amplia del derecho de acceso a la información, en línea con lo dispuesto en el *Convenio 205 sobre Acceso a los Documentos Públicos del Consejo de Europa*, firmado en *Tromso* (Noruega), el 18 de junio de 2009, exige que se considere regla general permitir su ejercicio en relación a todo tipo de informaciones a disposición de los poderes públicos.

No obstante, la Ley de Transparencia establece una relación de *límites al derecho de acceso a la información* (art. 14), particularmente amplia e indeterminada, límites que derivan, ya de la propia naturaleza de la información cuyo acceso se solicita; ya de su potencial entrada en conflicto con otros bienes, derechos e intereses jurídicamente protegidos.[18]

Se establece así un amplio listado de *materias* que justifican la limitación del derecho de acceso a la información, las cuales vienen señaladas en el art. 14 de la Ley. Son: a) *la seguridad nacional*; b) *la defensa*; c) *las relaciones exteriores*; d) *la seguridad pública*; e) *la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos y disciplinarios*; f) *la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva*; g) *las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control*; h) *los intereses económicos y comerciales*; i) *la política económica y monetaria;* j) *el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial*; k) *la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión*; y l) *la protección del medio ambiente*.

[18] MORETÓN TOQUERO, A. "Los límites del derecho de acceso a la información pública", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 33, p. 1-24, 2014.



MIOLO_RBDFJ.indd 27 27/10/2016 14:51:11

Son bienes o intereses merecedores de salvaguardia, en atención, ya a la naturaleza confidencial de la información que se pretende desvelar en relación con los mismos, ya a la necesidad de evitar los perjuicios que se derivarían de ello. La mayoría son *bienes o intereses de carácter público;* aunque se aprecian, también, *algunos que tienen carácter privado* (la propiedad intelectual e industrial); o que, presentando este carácter, *poseen repercusión institucional o pública* (preservar la igualdad de las partes procesales en el curso de un proceso judicial, o garantizar el secreto profesional). En otros supuestos se pretende *preservar derechos fundamentales de la persona*, como la tutela judicial efectiva o la intimidad, a través de la protección de los datos de carácter personal.

En todo caso, se dice en la Ley que *la aplicación de dichos límites, restrictivamente interpretados, será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección; y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso* (art. 14.2).

La Ley establece así un *"test de daño" ("harm test")* que exige demostrar el perjuicio o daño potencial, y no el mero peligro, que el acceso a determinada información puede producir sobre el interés que se pretende salvaguardar, aconsejando el mantenimiento de la confidencialidad. En consecuencia, la limitación nunca será absoluta y el principio pro acceso se mantiene en vigor. De ahí que la decisión denegatoria del acceso haya de ser motivada para poderla controlar a través de recurso (art. 20.2).[19]

La resolución del conflicto requiere realizar un *"juicio de ponderación" ("balancing test")*, contrapesando el interés público de la divulgación de la información y los derechos e intereses protegidos por la Ley en la lista de materias que establece aquélla. Finalmente, se decidirá qué prevalecerá. Como solución intermedia, cabe reconocer el *acceso parcial*, a fin de conciliar los intereses contrapuestos: se facilitará la información, pero omitiendo de ella la parte que se considere afectada por el límite en cuestión (art. 16), sin que ello deba suponer distorsión o pérdida de sentido de la información finalmente suministrada. No obstante, al dejarse al criterio del órgano administrativo, el ciudadano queda a merced del mismo y a la valoración que realice aquél de qué información considera conveniente, o no, suministrar.[20]

De todos modos, al preverse, también, que *la publicidad de las resoluciones conlleve, previamente, la disociación de los datos de carácter personal que contuvieran*, una vez hayan sido notificadas a los interesados (art. 14.3), esto

[19] MORETÓN TOQUERO, A. "Los límites del derecho de acceso a la información pública", *op. cit.*, pág. 14.
[20] MORETÓN TOQUERO, A. "Los límites del derecho de acceso…", *op. cit.*, pág. 14.



MIOLO_RBDFJ.indd 28 27/10/2016 14:51:11

puede facilitar que se alcancen los fines informativos perseguidos cuando los límites legalmente previstos no afectan a toda la información.

En todo caso, la Ley se muestra especialmente sensible con la *protección de datos personales*, cuestión ésta a la que otorga un *régimen jurídico específico,* que viene condicionado por la concepción del derecho de acceso a la información, expresada en la Ley, como mero derecho de configuración legal, y no de carácter fundamental, lo que le sitúa en una posición débil ante una eventual colisión con el derecho a la protección de los datos personales, dado el carácter fundamental que éste tiene reconocido (art. 18.4 CE).

Se confirma así, con carácter general, la prevalencia del derecho a la protección de datos personales (también llamado o conocido como *derecho a la autodeterminación informativa*), habida cuenta de su carácter fundamental, sobre los instrumentos participativos, dispuestos por el legislador en beneficio de los ciudadanos, para, a través del acceso a la información en poder de los servidores públicos, asegurar la transparencia y el control pleno de las actuaciones administrativas. No existe, por tanto, posibilidad de alcanzar un pleno equilibrio entre tales derechos, al prevalecer una interpretación extensiva de aquél, en aseguramiento de un bien jurídico, la intimidad personal, que se considera merecedor de una mayor protección constitucional (art. 18.4 CE).

Ciertamente, es fácil constatar cómo, hoy en día, los poderes públicos, en tanto que prestadores de múltiples servicios a los ciudadanos, recopilan una ingente cantidad de datos personales sobre ámbitos vitales de las personas especialmente sensibles. En este sentido, una de las amenazas potencialmente más intensas contra la intimidad, el honor y el pleno ejercicio de los derechos de las personas proviene del uso inadecuado de los datos personales que les conciernen, los cuales pueden hallarse incorporados a diferentes soportes físicos, muchos de ellos susceptibles de tratamiento informático.[21]

Así, la STC 254/1993, de 20 de julio, realizó el primer desarrollo de la garantía contenida en el art. 18.4 CE, resolviendo un recurso de amparo, previo a la aprobación de la LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD), dictada algún tiempo después. En aplicación de su doctrina acerca de la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales, ex art. 53.1 CE, aun en ausencia de desarrollo legislativo de los mismos (STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 8º), el Tribunal Constitucional vino a esbozar algunos principios básicos que estimó integrantes del "contenido mínimo" o esencial de esta garantía: en concreto, *la posibilidad de no suministrar*

[21] Lucas Murillo de la Cueva, P. *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*. Madrid: Tecnos, 1991, págs. 22 y ss.



MIOLO_RBDFJ.indd 29 27/10/2016 14:51:11

*a las Administraciones Públicas determinados datos personales; y el derecho de acceso a los ficheros existentes en sus organismos*. De ese modo, el Tribunal Constitucional accedió a las pretensiones del recurrente que deseaba conocer qué datos de carácter personal obraban en poder de la Administración del Estado.

Se vinculó así la protección de datos personales con el derecho a la intimidad, llegándose a indicar que el mismo constituía, en principio, un "instituto de garantía" de aquel otro. Sin embargo, en la propia Sentencia se fue más allá, al afirmarse que estamos, en realidad, en presencia de *"un derecho o libertad fundamental: el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y la libertad de la persona, provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos"* (FJ 6º). De este modo, el Tribunal Constitucional confirmó la *configuración constitucional de la garantía frente al uso ilegítimo de la informática como derecho fundamental: el derecho a la protección de datos personales o "habeas data"*, si bien su incardinación constitucional la estableció, inicialmente, en el art. 18.1 CE (intimidad) y no, aún, en el art. 18.4 CE (protección frente al uso de la informática para proteger los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen y garantizar el ejercicio de los derechos). Por tanto, considerándolo, todavía, manifestación o expresión del derecho a la intimidad fueron determinándose algunos aspectos conflictivos que afectaban al mismo, los cuales aparecían referidos, tanto al contenido, como a los límites del propio derecho.[22]

El paso siguiente, en lo que a la precisión de sus notas definitorias se refiere, lo supuso la aprobación de la *LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de los datos de carácter personal (LOPD)*, que contiene una regulación más concreta, aunque no exhaustiva, del mismo, al remitirse a algunas leyes sectoriales de carácter complementario.

La impugnación, a través de un recurso de inconstitucionalidad, de dicha ley y de su predecesora, permitió al Tribunal Constitucional aquilatar el contenido constitucional del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Así, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, señaló que *"el derecho fundamental comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos"* (FJ 7º). Se vino así a reconocer a toda 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 el derecho del afectado" (FJ 6º).*

[22] PARDO FALCÓN, J. "Artículo 18.4: la protección de datos", en CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; BRAVO-FERRER (Dirs.). *"Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario",* op. cit., págs. 456 y ss.



MIOLO_RBDFJ.indd 30 27/10/2016 14:51:12

Dicha STC 292/2000, de 30 de noviembre, confirma, por fin, expresamente el *carácter autónomo del derecho fundamental a la protección de datos personales*, al afirmar que "el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE, no sólo un ámbito de protección específico, sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto" (honor, intimidad y propia imagen) (FJ 4º). No en vano, atendiendo al *bien jurídico protegido*, *"el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno"; mientras que el derecho a la protección de datos "garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos"* (FJ 6º).

Así, *"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" (FJ 6º). Ello faculta al titular del derecho para decidir cuáles de esos datos personales pueden proporcionarse a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar; y también permite al titular saber quién posee esos datos personales y para qué los posee, pudiendo oponerse a esa posesión o a su uso. Así, será su titular quien consienta su recogida, la obtención y el acceso a los mismos, su almacenamiento y tratamiento, así como su uso, por el Estado o un particular. Por ello este derecho requiere, como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber, en todo momento, quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo; y, por otro lado, su poder de oponerse a esa posesión y a los usos de aquéllos puedan hacerse (FJ 7º).*[23]

Por en lo que a los *límites* de este último derecho respecta, el Tribunal Constitucional menciona, también, el art. 105 b) CE, que remite a la ley la regulación del *acceso 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". A esos límites se suman otros, ya reconocidos por el Tribunal Constitucional en anteriores sentencias, como son: la distribución equitativa del sostenimiento del gasto público o las actividades de control en materia tributaria, ambos inferidos del art. 31 CE (FJ 9º).

La protección multinivel de este derecho fundamental se observa, en el ámbito del *Consejo de Europa*, en que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), lo reconoce, si bien derivándolo de su *art. 8, referido al respeto de la vida privada y familiar*.

[23] PARDO FALCÓN, J. "Artículo 18.4: derecho a la protección de datos", *op. cit.*, págs. 458-459.



MIOLO_RBDFJ.indd 31 27/10/2016 14:51:12

En desarrollo del mismo, el *Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, establece un mecanismo de protección específico en la materia.

Por su parte, en el *Derecho de la Unión Europea* se configura como un derecho fundamental, de carácter autónomo con respecto al derecho a la intimidad personal, por medio de su reconocimiento específico en el art. 8 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Abunda en ello la *Directiva 95/46/CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, *de 24 de octubre de 1995*, y el *Reglamento (CE) 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000*.[24]

En España, a la LO 5/1992, de 29 de octubre, le siguió la actual *LO 15/1999, de 13 de diciembre (LOPD)*, que ha sido objeto de desarrollo reglamentario por medio del *Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RPD).*

Partiendo de este reconocimiento explícito del *carácter incuestionablemente fundamental del derecho a la protección de datos de carácter personal*, la Ley de Transparencia determina la *relación que ha de existir entre ambos derechos,* estableciendo los mecanismos de equilibrio necesarios que han de observarse, a fin de propiciar una interpretación y aplicación armónica de ambos derechos.

Así, *con carácter general, viene a disponerse que, en la medida en que la información afecte directamente a la organización o actividad pública del órgano, prevalecerá el derecho de acceso a la información. No obstante, deberá, en todo caso, evitarse la divulgación de aquellos datos personales que sean especialmente merecedores de ello, requiriéndose, con carácter general, para dar acceso a los mismos, contar con el consentimiento expreso del titular* (Preámbulo, apartado III de la Ley).

Por todo ello, la Ley de Transparencia determina así el *marco jurídico regulador de las relaciones entre la transparencia que se impone en el ejercicio de la actividad pública y la protección de datos de carácter personal*, recogiendo las exigencias que derivan de la Constitución y de su legislación de desarrollo y, en particular, la propuesta que se contiene en el Informe de 5 de junio de 2012 al Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, elaborado, a esos efectos, por la Agencia Española de Protección de Datos.[25]

[24] ARENAS RAMIRO, M. *"El derecho fundamental a la protección de datos en Europa",* Valencia: Agencia Española de Protección de Datos, 2006, págs. 64 y ss.

[25] BURGAR ARQUIMBAU, J. M., "Aproximación a la protección de datos de carácter personal en el marco de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno", en *Revista digital CEMCI*, n. 23, 2014, págs. 1-31; en especial, pág. 16.



MIOLO_RBDFJ.indd 32 27/10/2016 14:51:12

Se establecen así una serie de garantías que expresan la *voluntad del legislador de establecer diferentes grados o niveles de protección de los datos de carácter personal, en el marco del mandato general que impone la actuación transparente de las instituciones, órganos y organismos públicos*, disponiendo, a esos efectos, un *distinto régimen jurídico aplicable a los mismos*, lo que le ha llevado a diferenciar entre: *1) datos de carácter personal especialmente protegidos; 2) otros datos de carácter personal; y 3) datos meramente identificativos, relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.*

1) En este sentido, *en primer lugar*, la Ley prevé, en su art. 15.1, que "Si la información solicitada contuviera *datos especialmente protegidos*, a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, (esto es, que revelen la *ideología,* la *afiliación sindical,* la *religión y* las *creencias*), el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se cuente con el *consentimiento expreso y por escrito del afectado*, *a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso*".

Dicho *consentimiento del afectado* hace referencia, ex art. 3 h) LOPD, a *"toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen".* Así pues, han de concurrir los cuatro elementos indicados para apreciar que el consentimiento prestado se ajusta a las exigencias legales requeridas. Según la Agencia Española de Protección de Datos (Informe 2000-0000: "Caracteres del consentimiento definido por la LOPD (nivel 4))", se estima que el consentimiento es: A) *libre*, si ha sido obtenido sin que se aprecie vicio alguno, conforme a lo regulado en el Código Civil. B) Es *inequívoco*, cuando no cabe deducirlo de los meros actos realizados por el afectado. No obstante, cabe que lo preste de forma tácita, siempre que el afectado haya contado con un plazo prudencial para tener conocimiento de que su omisión de oponerse al tratamiento implica un consentimiento del mismo. C) Es *específico* cuando se refiere a una determinada operación de tratamiento de datos y para una finalidad determinada, explícita y legítima, del responsable del tratamiento (art. 4.2 LOPD). D) Y es *informado* si el afectado conoce, con anterioridad al tratamiento, la existencia del mismo y los fines para los que se produce (art. 5.1 LOPD).

Ha de ser, además, un consentimiento *expreso y escrito,* lo que supone otorgar al consentimiento del afectado un carácter reforzado.

No obstante, también se permite el acceso a los datos relativos a la ideología, filiación sindical, religión o creencias, no sólo cuando media el consentimiento expreso y por escrito del afectado; sino que dicho acceso se hace, también, posible si el propio afectado *"hubiese hecho manifiestamente públicos los datos*



MIOLO_RBDFJ.indd 33 27/10/2016 14:51:12

*con anterioridad a que se solicitase el acceso".* Esta previsión no se contiene en la LOPD, sino sólo en la Ley de Transparencia, que transpone lo establecido en el art. 8.2 e) de la *Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. Es, pues, una excepción incondicionada al régimen general, que sólo admite el consentimiento expreso y por escrito del afectado para el acceso a los datos especialmente sensibles. Por su parte, la *Agencia Española de Protección de Datos*, en su Informe de 4 de agosto de 2009 ha hecho una interpretación justificativa de esta excepción, apelando al efecto directo de la directiva europea. Así, señala la licitud de que el propio interesado pueda levantar la restricción en el tratamiento de cuanto afecte a su ideología o creencias, cuando su manifestación pública se dirija a una pluralidad indeterminada de destinatarios y no se limite a un ámbito concreto.[26]

A esto se añade en la Ley lo siguiente: "Si la información incluyese *datos especialmente protegidos*, a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (a saber, referidos al *origen racial,* a la *salud y* a la *vida sexual*); o a los que se indican en el art. 7.5 LOPD, esto es, datos relativos a la *comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevasen la amonestación pública al infractor*", entonces el acceso sólo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el *consentimiento expreso del afectado*, *o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de Ley*" (art. 15.1).

Así pues, para el acceso a tales datos resulta también necesario contar con el consentimiento expreso del afectado (sin que quepa su forma tácita), el cual no tiene por qué constar reforzadamente por escrito, como sí ocurre en el acceso a datos personales relativos a la ideología, la filiación sindical y las creencias religiosas del afectado, bienes jurídicos expresa y cualificadamente protegidos en el art. 16.2 CE ( *"Nadie podrá ser obligado a declarar acerca de su ideología, religión o creencias"*), y, en consecuencia, merecedores de una máxima protección jurídica.

Asimismo, se facilita el acceso, aun sin mediar el consentimiento del afectado, *si "estuviera amparado por una norma con rango de Ley"*. Esta previsión responde a las recomendaciones emanadas de la Agencia Española de Protección de Datos, en su Informe de 5 de junio de 2012 al Anteproyecto de Ley de Transparencia, a los efectos de hacer a esta ley congruente con la previsión contenida en el art. 11.2 a) LOPD, que *permite la comunicación de datos personales a un tercero, sin que haya de mediar el consentimiento del afectado, entre otros supuestos,*

[26] Así, BURGAR ARQUIMBAU, J. M. "Aproximación a la protección de datos de carácter personal en el marco de la Ley de Transparencia…", *op. cit.*, pág. 22.



MIOLO_RBDFJ.indd 34 27/10/2016 14:51:12

*"cuando la cesión está autorizada en una ley", siempre que tal comunicación lo sea para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario*, ex art. 11.1 LOPD.

A este respecto, hemos, a su vez, de preguntarnos, ante la imprevisión de la Ley: *¿qué ocurre si el titular de tales datos los hubiese hecho manifiestamente públicos con anterioridad a la solicitud de acceso?* La respuesta debe considerarse afirmativa, por aplicación extensiva del art. 17.1 LT, ya que los datos referidos al origen racial, la salud y la vida sexual del afectado no pueden merecer una protección superior a aquéllos otros referidos a la ideología, la filiación sindical y las creencias religiosas, que presentan un claro anclaje constitucional en el art. 16.2 CE y cuyo acceso se hace posible de haberse hecho manifiestamente públicos por el afectado. La Agencia del Protección de Datos avala esta interpretación. Además, la Directiva 95/46/CE alude a toda clase de datos personales, sin establecer distingos a la hora de referirse a ellos.

2) En segundo lugar, según el art. 15.3 LT, cuando la información solicitada no contenga datos especialmente protegidos, y se refiera a *"otros datos de carácter personal"*, a los efectos de conceder el acceso a la información requerida, se requiere que el órgano al que se dirija la solicitud haya de efectuar una *"ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada"*, en garantía, especialmente, de *"su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal"*.

Se impone así resolver, caso por caso, la tensión entre el derecho de acceso a la información (art. 105 b) CE) y el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE). Por tanto, al afectar dicha información a datos personales que no merecen un régimen de protección reforzada, se impone la ponderación entre el interés público en la divulgación de la información solicitada y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la misma, a fin de guardar la debida proporción o equilibrio entre ambos derechos o intereses concurrentes.

Dicho criterio de la ponderación, también llamado *"test del daño" o "test de proporcionalidad"* ha sido objeto de una construcción jurisprudencial muy acabada por parte del *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, que ha dispuesto que dicha ponderación dependerá de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate, a fin de lograr un equilibrio en cada caso particular relativo a una solicitud de acceso a un documento público que contenga datos personales.[27]

De ese modo, antes de divulgar la información sobre una persona física, las instituciones están obligadas a poner en la balanza, por una parte, el interés

[27] BURGAR ARQUIMBAU, J. M. "Aproximación a la protección de datos de carácter personal…", *op. cit.*, pág. 23.



MIOLO_RBDFJ.indd 35 27/10/2016 14:51:12

en garantizar la transparencia de las acciones públicas y, por otra, la potencial lesión de los derechos reconocidos en los arts. 7 (respeto a la vida privada y familiar) y 8 (protección de datos de carácter personal) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.[28]

No obstante, como señala el TJUE, no cabe otorgar una primacía automática al objetivo de transparencia frente al derecho a la protección de datos de carácter personal, ni siquiera aunque estén en juego intereses económicos importantes (Vid. Sentencias citadas en el trabajo de Burgar Arquimbau, a pie de página, en páginas 23 y 24).

No en vano, *el principio de proporcionalidad exige que los medios empleados por un acto de una institución, órgano u organismo público permitan alcanzar el objetivo perseguido y no vayan más allá de lo que es necesario para lograrlo. Por tanto*, *no cabe intentar alcanzar el objetivo perseguido con la publicación de los datos de que se trata, sin tener en cuenta que dicho objetivo ha de conciliarse con los derechos fundamentales consagrados en los arts. 7 y 8 de la Carta*.[29]

En consecuencia, el TJUE se opone a que un Estado miembro excluya la posibilidad de someter a un tratamiento de datos determinadas categorías de datos personales, sin permitir ponderar los derechos e intereses en conflicto en cada caso concreto. *Han de ponderarse los intereses concurrentes, hecho éste de gran dificultad al fundamentarse sobre conceptos jurídicos indeterminados. Por eso, el TJUE reconoce expresamente a los Estados miembros la facultad de establecer en su legislación nacional "los principios que deben regir dicha ponderación"*, pero sin que se excluya "la posibilidad de tratar determinadas categorías de datos personales", estableciendo, de antemano, el resultado de la ponderación de los derechos e intereses en conflicto respecto de tales categorías, no permitiendo así la obtención de un resultado diferente en atención a las circunstancias particulares de cada caso concreto.[30]

La Agencia Española de Protección de Datos, a través de su informe de 5 de junio de 2012, instó a incluir en la tramitación parlamentaria del Anteproyecto de Ley de Transparencia una serie de *criterios que habrán de informar la ponderación a efectuar en cada caso concreto*. Acogiendo esa solicitud, el art. 15.3 LTAIP determina que, "para la realización de la citada ponderación" entre los intereses concurrentes, el órgano correspondiente "tomará particularmente en consideración los siguientes *criterios"*:

[28] C-468/10 y C-469/10 *(asunto Asnef-Fecedm)*, apartado 40.
[29] C-92/09 y C-93/09 *(asunto Volker und Markus Schecke GbR- Harmut Eifert)*, apartados 75 y 76.
[30] C-468/10 y C 469/10) *(asunto Asnef-Fecedm)*, apartados 46 y 47.



MIOLO_RBDFJ.indd 36 27/10/2016 14:51:12

*a) "El menor perjuicio de los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el art. 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.*[31]

*b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.*

*c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.*

*d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad".*

Esta regulación no resulta de aplicación únicamente al derecho de acceso a la información pública, sino a todas las previsiones referidas a la transparencia de la actividad pública, ex art. 5.3 LT, por lo que resultará también aplicable respecto de las obligaciones de *publicidad activa* que contempla la Ley.

3) Datos identificativos relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano

Un tercer nivel de protección de los datos de carácter personal, en el marco de la transparencia exigida a la actividad pública, aparece constituido por aquellos *datos* que la Ley de Transparencia califica como *"meramente identificativos, relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano" al que se dirija la solicitud de acceso*.

[31] Artículo 57 de la *Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español:*
1. La consulta de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental Español a que se refiere el artículo 49.2 se atendrá a las siguientes reglas:
a) Con carácter general, tales documentos, concluida su tramitación y depositados y registrados en los Archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público, conforme a las normas que se establezcan por vía reglamentaria, serán de libre consulta a no ser que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos.
b) No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cabrá solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública. Dicha autorización podrá ser concedida, en los casos de documentos secretos o reservados, por la Autoridad que hizo la respectiva declaración, y en los demás casos por el Jefe del Departamento encargado de su custodia.
c) Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos.
2. Reglamentariamente se establecerán las condiciones para la realización de la consulta de los documentos, así como para la obtención de reproducciones de los mismos.



MIOLO_RBDFJ.indd 37 27/10/2016 14:51:12

En relación a éstos el art. 15.2 LTAIP dispone: "Con carácter general, y salvo en el caso concreto de que prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a la información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano".

Parece así que la Ley establece una suerte de "cláusula general de acceso" a cualesquiera documentos que contengan datos meramente identificativos, relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano al que se dirige la solicitud, con la única salvedad de que en los mismos no se contengan datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos.

Esta importante salvedad supone el reconocimiento implícito de la exigencia de una previa ponderación entre los intereses concorrentes.[32]

Esos intereses en conflicto son, de una parte, el propio interés público en la divulgación de la información, y, de otra, la necesaria y obligada protección de los derechos. Así, el carácter de la información solicitada (de vincularse la misma a la mera organización, funcionamiento o actividad pública del órgano), actúa como criterio a tomar en consideración al efectuar la ponderación entre tales intereses en conflicto.

4) Finalmente, hay que referirse a los denominados "elementos de cierre del sistema", que expresan la voluntad del legislador de establecer dos disposiciones de carácter general, relativas, respectivamente, a la previa disociación de datos y al posterior tratamiento de los mismos.

A) Así, conforme al apartado 4 del citado art. 15 de la Ley, "no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal, de modo que se impida la identificación de las personas afectadas".

Dicho procedimiento de disociación, regulado en el art. 3 f) LOPD, hace referencia a "todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable". Y, a esos efectos, ha de entenderse por "persona identificable" "toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social".

De este modo, la Ley de Transparencia, siguiendo la interpretación realizada por la LOPD, permite el acceso a aquella información pública que, aun conteniendo datos de carácter personal (incluso merecedores de especial protección), haya sido objeto previamente de un procedimiento de disociación, de forma que la información finalmente facilitada al solicitante no permita la identificación de los titulares de aquellos datos.

[32] Así, BURGAR ARQUIMBAU, J. M. "Aproximación a la protección de datos de carácter personal en el marco de la Ley de Transparencia…", *op. cit.*, pág. 27.



MIOLO_RBDFJ.indd 38 27/10/2016 14:51:12

En cualquier caso, ha de quedar claro que el sometimiento de la información pública a un procedimiento de previa disociación de datos no ha de confundirse con los supuestos de acceso parcial a la información (art. 16 LTAIP), ya que dicho acceso parcial sólo puede predicarse de la información pública afectada por alguno de los límites al derecho de acceso contemplados en el art. 14 LT, que son diferentes a los supuestos de protección de los datos de carácter personal contemplados en el art. 15 de la propia Ley.

B) Por último, el art. 15.5 LT dispone que "la normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso".

Se efectúa así una remisión en bloque a la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal, tanto española como europea, en lo que se refiere al tratamiento posterior de la información pública obtenida a través del ejercicio del derecho de acceso, cuando dicha información contenga o afecte a datos de carácter personal.

## IV A modo de balance

A pesar de que todo sistema institucional legítimo requiere, desde una perspectiva democrática, como garantía de "buen gobierno", un compromiso de apertura y transparencia de sus órganos, que, con carácter general, obligue a los mismos a hacer accesible al público el ejercicio de sus funciones; reconociendo, a esos efectos, los medios necesarios que permitan el desarrollo de iniciativas ciudadanas, destinadas a la obtención de información; lo cierto es que la legislación vigente establece una relación de límites al derecho a la información particularmente amplia e indeterminada. Tales límites derivan, ya de la propia naturaleza de la información cuyo acceso se solicita; ya de su potencial entrada en conflicto con otros bienes, derechos e intereses jurídicamente protegidos.

En este sentido, la Ley se muestra especialmente sensible con la protección de los datos de carácter personal, a la que otorga un régimen jurídico específico. Ello se ve condicionado por la concepción del derecho de acceso a la información, expresada, tanto en la Constitución como en la Ley, como mero derecho de configuración legal, y no de carácter fundamental, lo que lo coloca en una posición de mayor debilidad a la hora de solucionar una eventual colisión con el derecho a la protección de datos de carácter personal, dado el carácter fundamental que éste tiene, por el contrario, reconocido. De ahí que éste prevalezca habitualmente en caso de conflicto, lo que redunda en detrimento de la transparencia y el control pleno de las actuaciones administrativas que aquel otro propicia.

Por tanto, sólo una efectiva reconfiguración del derecho de acceso a la información pública como auténtico derecho fundamental, por medio de una oportuna



MIOLO_RBDFJ.indd 39 27/10/2016 14:51:13

reforma de la Constitución, permitirá situar en posición de equilibrio a ambos derechos, evitando así que la habitual interpretación extensiva del "habeas data" por parte de los operadores jurídicos conduzca a una depreciación de la exigencia democrática de apertura y transparencia que han de ser ejes esenciales de la acción pública. Y así ha de suceder, no sólo para promover la creación de un nuevo y consistente espacio de libertad, sino a fin de efectivamente limitar y controlar, de un modo más perfecto, el ejercicio, por naturaleza siempre tendencialmente desmesurado y opaco, del poder público.

**The tension between the right of access to information and the right to protection of personal data in Spain**

**Abstract**: In Spain the current legislation establishes a list of limits on the right to access to information which is particularly wide and indeterminate. These limits stem from the nature of the information to which access is requested and also stems from its potential entry into conflict with other rights and legally protected interests. In this sense, the law is very sensitive with the protection of personal data, providing a specific legal regulation. This is conditioned by the conception of the right of access to information as a right that must be regulated precisely by the legislator which has a wide margin of appreciation. That happens because this right is not at present considered by the Constitution a fundamental right. Such a consideration places the right in a weaker position when it comes to solving a potential conflict with the right to protection of personal data, given the fundamental nature that this right has indisputably recognized. Hence, the fundamental right usually prevails in case of conflicts, which is detrimental to transparency and full control of administrative actions. Therefore, an effective reconfiguration of the right of access to public information as a genuine fundamental right by reforming the Constitution should put in a position of balance the two mentioned rights, thus avoiding the usual extensive interpretation of the "habeas data" by the legal operators which often leads to a depreciation of openness and transparency that must be the essential axes of public action. What is intended is to go beyond the creation of a new space of personal freedom, limiting and controlling in a more perfect way the exercise of public authority which is, by its nature, always tendentially excessive and opaque.

**Keywords**: Right of access to information. Habeas data protection. Fundamental rights. Openness transparency. Control of public action.

Recebido em: 25.01.2016
Aprovado em: 12.07.2016

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PORRAS RAMÍREZ, José María. La tensión entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos en España. *Direitos Fundamentais & Justiça,* Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 17-40, jan./jun. 2016.



MIOLO_RBDFJ.indd 40 27/10/2016 14:51:13