QDL44

Estudios

Las relaciones entre publicidad y privacidad en la normativa sobre transparencia y acceso a la información

Emilio Guichot Reina
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

1. Conceptos previos: el derecho a la protección de datos y su relación con el derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional y en la normativa sobre protección de datos

2. La regulación de las relaciones entre transparencia y acceso a la información e intimidad y protección de datos en la normativa sobre transparencia

2.1. Un apunte acerca de la regulación del límite por protección de datos personales en la tramitación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG)

2.2. Normativa aplicable

2.3. El acceso a datos especialmente protegidos

2.4. El acceso a datos meramente identificativos relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano

2.5. Ponderación general entre publicidad y protección de datos personales ordinarios

2.6. La disociación

2.7. La aplicación posterior de la normativa sobre protección de datos

2.8. La colaboración con la autoridad de protección de datos

2.9. Las relaciones entre publicidad y protección de datos en los criterios interpretativos del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG)

3. Las relaciones entre publicidad y protección de datos en las leyes autonómicas de transparencia

4. Un apunte sobre las relaciones entre publicidad y protección de datos en el acceso a información personal por representantes locales

Artículo recibido el 25/04/2017; aceptado el 28/04/2017.

Resumen

Se abordan en este trabajo las relaciones entre publicidad y privacidad a la luz de la nueva normativa sobre transparencia y acceso a la información, con una referencia final a su juego en el acceso por los representantes locales a la información.

Palabras clave: *transparencia; acceso a la información; publicidad; intimidad; protección de datos; representantes locales.*

Disclosure and privacy in the freedom of information act

Abstract

This article deals with the relationship between disclosure and privacy in the new Spanish freedom of information act, with a final reference to the access to information by local representatives.

Keywords: transparency; access to information; disclosure; privacy; data protection; local representatives.

1
Conceptos previos: el derecho a la protección de datos y su relación con el derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional y en la normativa sobre protección de datos

La Constitución en su artículo 105.b), que reconoce el derecho de acceso a archivos y registros, incluye entre sus límites la "intimidad de las personas", derecho consagrado en su artículo 18.1, con la máxima consideración de derecho fundamental. No se refiere, por el contrario, al "derecho a la protección de datos personales".

El derecho a la protección de datos no está expresamente incluido entre los derechos constitucionales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional lo ha considerado incluido en el artículo 18.4 de la Constitución, conforme al cual "la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus

derechos". Lo paradójico es que no solo lo ha afirmado en relación con la regulación de datos frente a su tratamiento informático, sino también frente a tratamientos no informatizados[1].

Ha considerado que el derecho a la protección de datos es un derecho fundamental autónomo a la par que instrumental para la efectividad de los demás derechos fundamentales[2]. En particular, es autónomo respecto del derecho a la intimidad por referencia a una notable multiplicidad de nociones jurídicas: ambos tienen como "objetivo" garantizar la vida privada personal y familiar y cuentan con los mismos "límites", pero difieren en su "función" (otorgar al titular del derecho un poder de control sobre los datos personales, y no solo la posibilidad de evitar injerencias de terceros); su "objeto" (cualquier dato personal, y no solo los "íntimos"); y su "contenido" (todas las facultades que permiten el control sobre los datos, y no solo el derecho a exigir una abstención de un tercero).

A mi juicio, algunas de estas categorías resultan un tanto indefinidas y reiterativas, y no responden en todos los casos a categorías suficientemente decantadas en la doctrina constitucional. Y además, pese a la voluntad del Tribunal Constitucional por marcar dogmáticamente sus diferencias, hay una notoria contradicción entre la enfática proclamación de la autonomía del derecho a la protección de datos, y la recurrente intercambiabilidad de ambos derechos en la argumentación *ad casum*. Por encima de las diferencias teóricas trazadas por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, en la jurisprudencia constitucional las diferencias parecen diluirse[3].

1. En efecto, el Tribunal Constitucional ha considerado que la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), y, en su momento, su antecedente, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (en adelante, LORTAD), dan cumplimiento al mandato del art. 18.4 CE (STC 292/2000, de 30 de noviembre). Sin embargo, a diferencia de su predecesora, la LOPD extiende su objeto a los tratamientos no automatizados de datos personales, lo que contrasta con la referencia exclusiva a la informática del art. 18.4 CE.
2. STC 254/1993, de 20 de julio.
3. Desde el punto de vista procesal, la elección del fundamento constitucional invocado (párrafo primero frente a párrafo cuarto del art. 18) ha dependido, en la práctica, de la fase del proceso informativo en juego, de modo que la *obtención* de datos personales sin el consentimiento de su titular ha sido enfocada normalmente desde el prisma de su conformidad con el *derecho a la intimidad*, considerándose invariablemente que la injerencia que ello supone en este derecho puede encontrar justificación en principios constitucionales (destacadamente, en la necesidad de garantizar el cumplimiento del deber de contribuir a los gastos públicos), y que la injerencia será proporcionada en la medida en que el posterior tratamiento de la información se limite a la satisfacción de dicho objetivo, y se realice con todas las garantías que recoge la normativa sobre *protección de datos*. Cuando el recurso se ha centrado en una irregularidad ya no en la fase de obtención, sino en la de *tratamiento* de datos, entonces ha sido cuando los demandantes han apelado directamente a los principios y derechos que les brinda la normativa sobre protección de datos, y es entonces cuando el Tribunal Constitucio-

En mi análisis, el reconocimiento como un derecho autónomo ha venido muy ligado a la idea que dio origen al nacimiento de la regulación sobre protección de datos, según la cual datos "no íntimos" –presuponiendo así una naturaleza intrínsecamente íntima de determinadas informaciones, en que la intimidad no actuaría como una finalidad o resultado a preservar, sino que podría definirse, de manera cuantitativa, espacial o geográfica– y en apariencia "inofensivos", cruzados entre sí, con las posibilidades que permite la informática, permiten generar perfiles que condicionen la vida social de las personas. Una consecuencia del máximo calado de esta concepción es que el concepto de dato personal se ha tornado omnicomprensivo. En efecto, hasta el momento, el concepto de dato personal ha venido siendo interpretado de la forma más amplia posible, con un cada vez más manifiesto exceso respecto a su sentido originario, fuente de cruciales consecuencias jurídicas para nuestro objeto de estudio, por su potencial efecto impeditivo de toda revelación de información pública en la que figure el nombre de una persona. La normativa comunitaria –y, siguiéndola, las normativas estatales, entre ellas la española– define dato personal como "toda información sobre una persona física identificada o identificable". En España, la LOPD acoge asimismo la definición de dato personal de la Directiva[4]. Debe señalarse, en todo caso, que lo que sí es meridiano es que el concepto de dato personal se reserva por el legislador a los relativos a personas físicas, e incluso no a todos ellos, pues el Reglamento de desarrollo de la LOPD parece intentar –con insuficiencia de rango– una reconducción para excluir de la protección los datos relativos a la gestión

nal ha apelado al derecho a la protección de datos como derecho autónomo, a la par que instrumental. *Vid*. el estudio de jurisprudencia en mi trabajo *Datos personales y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 69-115.

4. Artículo 3.a), desarrollada en el artículo 5.1.f) y 5.1.o) RLOPD. Sin embargo, esta aproximación omnicomprensiva no es del todo pacífica, y al respecto hay que destacar la excepcional importancia de la Opinión 4/2007 sobre el concepto de dato personal, adoptada el 20 de junio de 2007 por el Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29. Parte de la constatación de que el legislador comunitario pretendió adoptar una noción amplia de dato personal, pero no ilimitada. Y resulta clave la interpretación que debe darse a "sobre" (*relating to*), y que puede abarcar informaciones que dicen algo de una persona por su contenido, su finalidad o su resultado, pero no todas aquellas que llevan simplemente asociado un nombre, pero no se refieren a una persona. Se requiere, por tanto, un análisis *ad casum*. Sin embargo, por el momento, no ha sido seguida por el Tribunal de Justicia, que, como hemos señalado, considera que, conforme a la propia jurisprudencia del TEDH en torno al artículo 8 CEDH, los datos económicos o profesionales tienen también esta consideración. Se trata de un debate abierto a nivel mundial, con importantes implicaciones respecto de la transparencia y el acceso a la información oficial, en el que por ahora prevalece la consideración de toda información asociada al nombre de una persona como información personal bajo la garantía del derecho a la protección de datos, si bien la mayor o menor proximidad al círculo de lo "íntimo" tiene una incidencia decisiva en el momento de la ponderación con otros derechos, bienes o principios.

empresarial. Así, ha excluido en su artículo 2 de su ámbito de aplicación el tratamiento de datos referidos a personas jurídicas, y los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquellas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales (datos de contacto). Asimismo, los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal[5]. Como veremos, esta disposición ha tenido una influencia decisiva en la mención de la LTBG a los datos "meramente identificativos".

También resulta clave, como se verá al analizar la regulación de las relaciones entre transparencia y protección de datos, la distinción que establece la LOPD, como antes hiciera la LORTAD, entre tipos de datos personales. Traza lo que podríamos considerar tres círculos concéntricos de protección, en función de la *naturaleza de los datos*, que llevan asociados un diferente régimen en la verificación del principio del consentimiento y del régimen de medidas de seguridad y sanciones. Podríamos así distinguir tres categorías de datos: un círculo externo, integrado por los datos contenidos en "fuentes accesibles al público" (se sigue un sistema de lista cerrada, que incluye los datos que han sido objeto de publicidad oficial)[6]; un círculo interno, al que pertenecen los llamados "datos especialmente protegidos"[7]; y un círculo medio, en el que se integran el resto de datos personales. De este modo, el contenido del derecho a la protección de datos se modula en función del objeto, esto es, del tipo de datos de que se trate, y de la repercusión que pueda tener en la vida social y económica su flujo informativo: en unos casos, constituyen un presupuesto de la misma (datos contenidos en fuentes accesibles al público), mientras que en el polo opuesto pueden constituir un obstáculo para el libre desarrollo de la personalidad del individuo y del ejercicio de sus derechos fundamentales (datos especialmente protegidos).

5. Y es que, por ejemplo, ¿el dato de consumo eléctrico de un comercio es realmente un dato personal si se trata de un empresario individual, y deja de serlo si se ha constituido como sociedad? El problema es la insuficiencia de rango para recortar el ámbito definido por la propia LOPD –bien que en realidad lo que haga el Reglamento es retomar soluciones aportadas por la Agencia española de protección de datos y/o la jurisprudencia–, lo que explica la ambigüedad que supone excluir estas categorías de datos, no de la protección de la LOPD y la aplicación de sus principios y derechos, sino del ámbito de aplicación del propio Reglamento, lo que, en realidad, genera una gran inseguridad jurídica y revela que en este, como en otros puntos, se ha intentado decir por reglamento lo que hubiera correspondido hacer, en su caso, al legislador.

6. Art. 3.j) LOPD.

7. Art. 7 LOPD.

2
La regulación de las relaciones entre transparencia y acceso a la información e intimidad y protección de datos en la normativa sobre transparencia

2.1
Un apunte acerca de la regulación del límite por protección de datos personales en la tramitación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG)

La redacción final del art. 15 LTBG difiere de la que proponía el Anteproyecto. En efecto, el Anteproyecto de LTBG, de forma claramente continuista con los anteproyectos del anterior Gobierno socialista, se hacía eco, de forma sintética, de los principios reconocidos en el Derecho comparado[8]. Se regulaba de forma particularizada la limitación dimanante del derecho a la protección de datos conforme al siguiente esquema. En primer lugar, se incluía una determinación de la normativa aplicable, conforme a la cual las solicitudes de información que contuvieran datos personales de terceros se regirían por la normativa sobre transparencia, y solo en el caso de que los únicos datos contenidos fueran los del propio solicitante de información sería de aplicación la normativa sobre protección de datos (que regula el también llamado derecho de acceso del interesado a sus datos personales obrantes en un fichero de terceros). En el caso de que la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos (categoría acuñada en la normativa sobre protección de datos), la regla era la denegación del acceso salvo consentimiento expreso del afectado. Con carácter general, y salvo concurrencia de circunstancias particulares, prevalecía el derecho a acceso respecto de los datos no íntimos directamente relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano. En los demás casos, había que ponderar entre el interés público de la información y el sacrificio que su conocimiento supusiera para la privacidad de las personas afectadas. El tratamiento posterior de los datos quedaba sometido a la normativa sobre protección de datos[9].

8. Estudiados y formulados como propuesta por mi parte en *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011, p. 39.
9. Artículo 11 del Anteproyecto.

Esta regulación recibió buena acogida por las organizaciones y asociaciones[10], a la que también yo me sumé desde la doctrina[11].

Sin embargo, el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) marcó por completo la regulación sobre las relaciones entre acceso y privacidad, hasta el punto de que contenía como conclusión una propuesta de redacción alternativa del artículo, que sería acogida por el Gobierno, sustituyendo la redacción anterior, en los términos y con las debilidades que veremos. Puedo avanzar que se trató, a mi juicio y como trataré de argumentar más adelante, de un informe y una propuesta con graves defectos de entendimiento de la lógica del derecho de acceso a la información[12], que fue asumido de forma acrítica por el Gobierno y que introdujo graves distorsiones en la regulación[13]. Además se añadió, a sugerencia de la AEPD, una disposi-

10. Ni en el Informe sobre la consulta pública electrónica ni en ninguno de los dos informes de la Oficina del representante para la libertad de los medios de comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), ni en el Informe de la Asociación Española de Archiveros de la Función Pública, tan críticos en los demás aspectos nucleares del texto, se hacía ninguna observación. La Coalición pro Acceso consideraba que debía integrarse mejor el derecho de acceso y el derecho a la protección de datos y, en coherencia con la Exposición de Motivos de la LTBG, establecerse que en el caso de que la información contuviera datos especialmente protegidos, en lugar de determinar la negativa automática a conceder el acceso, se aplicara un test de daño, de ponderación y de interés público de la divulgación.

11. En el diario ABC de 30 de abril, publiqué un artículo titulado "Transparencia: la hora de la verdad". Juzgaba que había de acogerse muy positivamente la regulación de las relaciones entre transparencia y protección de datos. En mi artículo "El Anteproyecto de Ley de Transparencia", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, junio 2012, núm. 30, pp. 28-40, daba una valoración muy favorable. Añadía: "el único matiz es que se prevé que en los casos de datos no especialmente protegidos pero tampoco directamente relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano (donde, por cierto, habría que entender incluidas las agendas de los altos cargos), se otorgue el acceso si tras una ponderación suficientemente razonada el órgano competente para resolver considera que no se perjudica ningún derecho constitucionalmente protegido (siendo así que nos parece debería más bien llamarse a una ponderación entre los derechos en juego y la transparencia, en la medida en que el derecho a la protección de datos es en sí un derecho autónomo constitucionalmente protegido, y no solo un derecho instrumental, por lo que se incurre en una contradicción lógico-jurídica)" (p. 36).

12. El Informe, en realidad, aprovechó materiales de diversos informes anteriores, con el grave defecto de que se proyectaban sobre realidades particulares o, directamente, diversas, como fue el Informe emitido el 25 de octubre de 2011 al Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, pensado en realidad en la lógica del acceso a documentos en archivos históricos por razones culturales, y no en el acceso a información "viva" para el conocimiento y control de la gestión pública.

13. Y, a mi juicio, confirmó las prevenciones que se podían tener –y yo mismo había manifestado en otros trabajos– contra la opción de designar a la AEPD también como órgano independiente de control en materia de transparencia y acceso a la información. Así, en *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011, p. 47 [en que señalaba entre los inconvenientes que "la AEPD ha nacido como institución especializada en la protección de datos. Al extender su

ción adicional quinta sobre colaboración con la AEPD, que prevé que esta y el CTBG adopten conjuntamente las resoluciones que sean necesarias a fin de determinar los criterios de aplicación de estas reglas, en particular en lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información y la garantía de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma, de conformidad con lo dispuesto en esta norma y en la LOPD.

Durante la tramitación parlamentaria, el precepto obtuvo una atención discreta en las comparecencias de expertos ante la Comisión Constitucional, en las que básicamente se discutió si era acertado que el precepto determinara cuándo era de aplicación a una solicitud la LTBG y cuándo lo era la LOPD, de una parte; y si procedía tener en cuenta el interés particular que pudiera ostentar el solicitante de información a la hora de la ponderación, de otra[14]. El debate entre los grupos parlamentarios fue también escaso, y se limitó, básicamente, a recalcar, por parte de los grupos minoritarios de oposición que habían presentado enmiendas a la totalidad (IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural y Unión Progreso y Democracia), la contradicción entre el

competencia a la información, se corre el riesgo (que se ha hecho sentir en otros sistemas) de que continúe actuando en una lógica 'defensiva' y lleve a cabo por ello una interpretación restrictiva del principio de transparencia y publicidad cuando la información contiene datos personales"] y p. 48 [en que señalaba que en caso de optarse por la AEPD "sería necesario fijar que la Agencia integrara claramente la idea de que en adelante es una entidad de transparencia y protección de datos. Se requeriría una nueva cultura que fuera acompañada de una nueva organización interna que reflejara esta dualidad y, en su caso, de un reciclaje formativo de una parte de su personal"].

14. El tema fue abordado solo por algunos de los comparecientes: por el director de la AEPD, por la directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos, por el profesor Santamaría Pastor y por mí mismo. El director defendió la regulación, como no podía ser de otro modo tratándose de la asunción plena de la propuesta de la AEPD. Advirtió reiteradamente que la protección de datos no podía servir para denegar automáticamente el acceso, ni ser vista como un obstáculo para la transparencia. Apuntó también que los criterios introducidos en el apartado cuarto no eran exhaustivos y cabría introducir otros, como por ejemplo la prevalencia de la publicidad de las informaciones sobre personas que realicen actividades públicas en relación con las mismas. Recomendó, finalmente, la supresión del apartado primero, pues podría ser interpretado como una peor posición del afectado a la información en que figure su nombre que de los terceros (ya que el derecho de acceso de la LOPD tiene un alcance más limitado en su objeto que el de la LTBG). La directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos recomendó la introducción entre los criterios de ponderación de la mayor protección de los datos de los menores, y propugnó también la supresión o mejora de la redacción del apartado primero, que recogía que era la normativa de transparencia la reguladora del acceso por terceros a información que contuviera datos personales. El profesor Santamaría Pastor manifestó la necesidad de dar una mayor protección a los datos personales no especialmente protegidos, para salvar la información personal de la mera curiosidad ajena, y la pertinencia de exigir, por ello, la motivación de las solicitudes y la existencia de un interés legítimo. Por mi parte, puse de relieve los aspectos positivos y negativos de la nueva redacción, recalcando entre los segundos el desenfoque que supone dar entrada como criterio para la ponderación a la consideración de circunstancias referidas al concreto solicitante, en sentido opuesto, pues, al defendido por el profesor Santamaría, como enseguida trataré de argumentar.

reconocimiento como derecho fundamental del derecho a la protección de datos, por una discutible interpretación del artículo 18.4 CE, y la negativa del Gobierno a extraer el derecho de acceso del 20.4 CE, en virtud de un similar mecanismo hermenéutico, interpretando además que, al no hacerlo, se deja en peor posición a efectos de valoración ponderada al derecho de acceso en los casos de colisión con el derecho a la protección de datos.

Finalmente, el precepto no recibió muchas enmiendas. Tan solo siete en el Congreso de los Diputados, y de carácter menor[15], de las que únicamente fue aceptada la inclusión entre los criterios de ponderación de la mayor garantía de reserva en el caso de datos de menores[16]. Y dos en el Senado[17], una de ellas errónea, y la otra, que fue aceptada, de supresión del apartado primero, que establecía la indicación de la normativa aplicable a los casos de solicitud de información que contuviera datos personales.

2.2
Normativa aplicable

Una de las enseñanzas del derecho supranacional y comparado es que la normativa sobre acceso a la información, y no la normativa sobre protección de datos, es de aplicación a las solicitudes de información realizadas por un tercero distinto del afectado. A esta regla generalizada se ha llegado por vías diferentes: en unos casos lo disponen así las leyes reguladoras, que a veces

15. Salvo la 335 del Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia en el Congreso, que proponía la supresión del artículo, excepto en lo relativo a la determinación de la normativa aplicable. Así, respecto del apartado primero, la 406 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en el Congreso y 176 en el Senado, para aclarar que la normativa sobre protección de datos únicamente se aplica cuando la información contiene solo datos del solicitante, y la 469 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, de supresión por innecesaria. Del apartado segundo, la 150 de Esquerra Republicana de Catalunya para equiparar a la posibilidad de publicidad de datos íntimos en los casos previstos en una ley aquellos contemplados en una norma de derecho comunitario. La 407 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) y 279 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso, que proponían incluir la audiencia a terceros afectados –contemplada con carácter general en la regulación del procedimiento–. La 149 de Esquerra Republicana de Catalunya proponía la creación por la Administración Pública de una base de datos donde todas las personas, físicas y jurídicas, pudieran registrar un correo electrónico para ser informadas en un plazo máximo de 48 horas de la publicación de datos que afectara a su persona o propiedades, a cualquier ámbito donde tuviera un interés particular, o sobre cualquier institución sometida a la LTBG.

16. Con base en la 407 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en el Congreso.

17. La 251 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, porque proponía la misma redacción del párrafo 4 ya contemplada en el Proyecto.

–como en el caso francés– han debido ser modificadas para aclararlo expresamente, y en otros han tenido que ser las interpretaciones de las autoridades independientes y/o de los tribunales las que aclaren esta regla, no sin –a menudo– una previa polémica[18].

La precisión es tanto más importante por cuanto la normativa sobre protección de datos contempla un homónimo "derecho de acceso", acogido en España en el artículo 15 LOPD[19]. Ciertamente los presupuestos –un tratamiento de datos personales desde un fichero–, la titularidad de este derecho –el interesado, entendiendo por tal aquella persona sobre la cual gira la información–, el obligado –el responsable del fichero–, el alcance –información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento–, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevé hacer de los mismos presupuestos, las condiciones de ejercicio y su garantía – reclamación ante la correspondiente Agencia de Protección de Datos–. Sin embargo, la similitud en el nombre y el amplio desconocimiento de la normativa sobre protección de datos –y mayor aún de la normativa sobre acceso y de sus relaciones con ella–, el silencio de la LOPD al respecto[20], y la experiencia de

18. Sobre el tema, véase *in extenso* mi trabajo *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 23 a 161.

19. La información puede obtenerse mediante la mera consulta de los datos por medio de su visualización, o la indicación de los datos que son objeto de tratamiento mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible o inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos. El derecho solo puede ser ejercitado en intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrá ejercitarlo antes. Este derecho está desarrollado en los artículos 27 a 30 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de desarrollo de la LOPD.

20. En efecto, la LOPD no hace ninguna conexión expresa con la normativa sobre acceso. Se limita en su artículo 11.2.a) a permitir la comunicación de datos sin consentimiento del afectado "cuando la cesión está autorizada en una ley", sin especificar si ha de tratarse de leyes sectoriales que determinen casos concretos en que esté permitida (por enlazar con un fundamento constitucional, de acuerdo con la doctrina de la STC 292/2000, de 30 de noviembre), o si puede incluirse bajo su manto la legislación general sobre acceso a la información pública, como se interpreta en el propio derecho comunitario (el propio Consejo de Estado hizo esta misma constatación en su Informe). El Reglamento de la LOPD ya avanzó la solución en su desarrollo del artículo 15 LOPD, al disponer en su artículo 27.3 que "el derecho de acceso es independiente del que otorgan a los afectados las leyes especiales y en particular la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", ya que como es sabido el derecho así llamado de acceso a la LRJPAC es precisamente el enunciado en el artículo 35.h) y desarrollado en el artículo 37 de dicha Ley [pues el derecho del 35.a) ("a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que se tenga la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos") no tiene ese nombre], que una vez en vigor la LTBG queda remitido *in totum* a la misma. Puede decirse que la cuestión es también pacífica entre la doctrina especializada, pero no cabe afirmar lo mismo en el conocimiento (o desconocimiento) general del grueso de los aplicadores del derecho, de tal modo que una previsión como la contemplada en el artículo 15.1 LTBG puede resultar clarificadora.

que en el derecho supranacional y comparado la cuestión no ha sido pacífica en los inicios, aconsejaron al Gobierno establecer de forma expresa esta previsión en lo que era el apartado primero del artículo dedicado a la protección de datos en los anteproyectos y en el Proyecto.

Ciertamente, la determinación del sistema de fuentes y de las relaciones entre una ley orgánica y una ley ordinaria se desprende de las reglas constitucionales de reparto de competencia material, y no es tarea en principio propia de una ley ordinaria, pero cabe concluir que en pro de la seguridad jurídica una previsión al respecto, siquiera con mero carácter interpretativo de esas reglas generales constitucionales, habría sido conveniente.

La redacción inicial del Anteproyecto decía: "cuando la solicitud de acceso se refiera a información pública que contenga datos de carácter personal se aplicarán las disposiciones previstas en esta Ley. No obstante, se aplicará la normativa de protección de datos personales cuando los datos que contenga la información se refieran únicamente al solicitante". Se le añadió, siguiendo la propuesta de la AEPD, la coletilla: "sin perjuicio de que, en este caso, el otorgamiento del acceso permita el conocimiento por el solicitante no solo de los datos que contenga la información de los que sea titular, sino de esta en su totalidad". Pero en realidad, ni la redacción inicial ni siquiera la bienintencionada coletilla fueron del todo claras, porque no reflejaban claramente la idea de que se trata de dos derechos distintos, que responden a distintas lógicas y con distintos alcances, unidos tan solo por un mismo nombre. El propio director de la AEPD y la directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos, en sus comparecencias, como se apuntó, recomendaron la supresión del apartado primero, habida cuenta de su oscuridad. Finalmente, en el Senado fue suprimido el apartado de determinación de la normativa aplicable.

El principio, simple, es que rige la *lex specialis*, esto es, a la publicidad activa y a las solicitudes de información se les aplica la LTBG (o, en su caso, la respectiva ley autonómica de transparencia). Esto además encuentra su apoyo en el art. 11.2.a) de la propia LOPD, que permite la comunicación inconsentida de datos personales cuando la cesión esté autorizada en una ley. La LOPD y su normativa de desarrollo solo son de aplicación cuando el interesado pretende ejercer el derecho de acceso de dicha Ley, con sus diferentes presupuestos y alcance en más –origen de los datos, cesiones realizadas de los mismos– y en menos –se tiene acceso a la información referida a los propios datos personales, pero no al resto de la información, si la hay–.

2.3
El acceso a datos especialmente protegidos

La LTBG establece un criterio restrictivo en relación con el acceso a la información que contiene datos especialmente protegidos.

La apelación a esta categoría es un empleo consciente y voluntario de un concepto acuñado en la normativa sobre protección de datos, en concreto en la LOPD (la anterior Ley, la LORTAD, los llamaba "datos sensibles")[21]. El artículo 7 LOPD considera como tales, siguiendo las determinaciones del derecho europeo, los relativos a la ideología –incluida la afiliación sindical–, religión o creencias, y solo pueden ser tratados con el consentimiento expreso y por escrito del afectado. Asimismo, tienen la consideración de datos especialmente protegidos los referidos al origen racial, la salud y la vida sexual. Los datos referidos al origen racial, a la salud y a la vida sexual solo pueden ser recabados, tratados y cedidos cuando el afectado consienta expresamente (no es necesario en este caso que sea por escrito), o cuando así lo disponga una ley, por razones de interés. La propia LOPD establece excepciones particularizadas al principio de consentimiento expreso referidas a los datos sanitarios. Junto a estos datos se encuentran los atinentes a la comisión de infracciones penales o administrativas, a los que alude el mismo artículo bajo el paraguas de su título "datos especialmente protegidos", si bien únicamente para decir que solo pueden ser incluidos en ficheros públicos, sin dotarles de mayores especificidades. Hay que advertir que la inclusión de las sanciones administrativas es una opción del legislador nacional, ya que no figura en el Convenio del Consejo de Europa núm. 108 de 1981, y se prevé como potestativa en la Directiva de protección de datos de 1995, en su art. 8.5, incluyendo en esta facultad la de añadir también los datos derivados de procesos civiles. Como puede comprobarse, y teniendo en cuenta que no hay una definición legal de "intimidad" y el Tribunal Constitucional español ha puesto de manifiesto la dificultad de petrificar un concepto objetivo de ella[22], es plausible afirmar que el concepto de "dato especialmente protegido" viene a aproximarse a las informaciones que sociológicamente son tenidas por íntimas, con sombras de dudas sobre todo por exceso (el caso de las sanciones), en directa relación con su potencial altamente condicionante de las posibilidades de libre desen-

21. Para profundizar en su concepto, permítaseme la remisión a mi monografía *Datos personales…*, *op. cit.*, pp. 218-223.

22. Sobre todo ello puede profundizarse en mi obra *Datos personales…*, *op. cit.*, pp. 61-168.

volvimiento de la personalidad, sin obstáculos ni discriminaciones sociales derivados del conocimiento de esta información sensible.

El artículo 15.1 LTBG, siguiendo de cerca al artículo 7 LOPD, distingue entre dos tipos de datos especialmente protegidos.

En primer lugar, los datos relativos a la ideología, religión o creencias, para cuyo acceso se exige 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. Esta coletilla recoge algo previsto en el artículo 8 de la Directiva de Protección de Datos, pero omitido en la LOPD, y puede considerarse razonable. Piénsese, por ejemplo, en acceder a un documento en que figuran el nombre de una persona y el sindicato al que representa.

En segundo lugar, el caso de los datos de origen racial, salud o vida sexual, o relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven la amonestación pública al infractor, respecto de los cuales solo puede autorizarse el acceso con consentimiento expreso del afectado o –y esta es la diferencia– si aquel estuviera amparado por una norma con rango de ley. El precepto sigue también el criterio de la LOPD y, por lo que se refiere a la publicidad (activa o pasiva) de las sanciones, aclara que es necesaria una expresa previsión legal, salvo cuando conllevan amonestación pública, puesto que estos casos implican de por sí una opción del legislador por la publicidad.

La opción del legislador, siendo armónica con la LOPD, es un tanto "positivista", y acaso podría pensarse que también en el caso de datos de salud o de sanciones pudiera haber acogido un criterio último de ponderación con el interés público en la divulgación, que permitiera excepcionalmente dar preferencia a este último en casos muy relevantes (el estado de salud de un alto cargo, incluyendo en particular los presidentes de Gobiernos, relacionado con la capacidad para el ejercicio de sus funciones, y las sanciones administrativas o disciplinarias impuestas a un alto cargo). Dicho de otra forma, si por ley singular se pueden establecer casos en que prevalece la publicidad de los datos sanitarios o sancionadores, tal vez en la ley general que regula la transparencia podría haberse acogido un principio más general de ponderación del interés público en la divulgación, en casos relacionados con otros bienes constitucionales. De esta forma, el derecho a la intimidad (si entendemos que es ese derecho el que se protege mediante la especial resistencia a la publicidad de los datos especialmente protegidos) se convierte en el único límite no sometido a un criterio de ponderación última con el interés superior en la divulgación, a diferencia del resto de los límites acogidos en el artículo 14. No obstante, otros argumentos (la importancia de la tutela de estos datos para garantizar la dignidad, la no discriminación en sociedad y el libre desenvol-

vimiento de la personalidad) y la posibilidad última de obtener estos datos en vía judicial pueden haber aconsejado al legislador esta opción.

A mi juicio, lo más cuestionable es el efecto que supone respecto a la inaccesibilidad a la información sobre sanciones administrativas (salvo previsión legal expresa o que se trate de sanciones que conlleven amonestación pública), información que no resulta evidente que pertenezca a la intimidad de las personas y cuyo conocimiento en ocasiones es crucial para controlar la efectiva aplicación por igual de la ley a todas las personas. Más aún considerando que se incluyen, si se sigue la interpretación que se maneja en el campo de la protección de datos, las sanciones disciplinarias, cuyo conocimiento puede ser de suma relevancia pública para juzgar la actuación administrativa. Se ha seguido así la solución más acorde con la LOPD y el mismo criterio que lucía en el artículo 37.3 LRJAP-PAC, que consideraba que los datos relativos a sanciones administrativas o disciplinarias no eran íntimos, pero seguían la misma regla de los datos íntimos consistente en la limitación del acceso a los propios afectados. Solución que, por cierto, había sido objeto de fuerte debate y alguna severa crítica doctrinal en el régimen anterior[23].

23. Había merecido consideraciones de todo género. Se dijo que este tipo de datos no pertenecen a la intimidad de las personas, y que, por ello, se trataría de una limitación inconstitucional (L. A. Pomed Sánchez, "El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm. 142, 1997, p. 467), máxime cuando se contrapone al principio general de publicidad del proceso penal, llegando a insinuarse que en realidad esta restricción pretende evitar el control público sobre la potestad sancionadora y disciplinaria de la Administración. R. Parada Vázquez (*Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 165-166) estimaba que los datos referidos a expedientes sancionadores y disciplinarios no estaban cubiertos por el concepto de intimidad. La razón de su exclusión no es la naturaleza punitiva, porque en el proceso judicial las partes conocen los datos personales y de este modo llegan a la opinión pública, de modo que: "Puede caber la sospecha de que con esta limitación no se está protegiendo al sancionado, cuyo interés en el secreto no debe ser superior al interés público de la transparencia informativa, sino más bien defendiendo del conocimiento público actuaciones administrativas poco claras, sobre todo cuando son negligentes e indulgentes con los hechos investigados". Por su parte, los autores que encontraban justificada una cierta restricción al acceso en estos supuestos apuntaban unos límites necesarios. Unos, el acceso al menos a la resolución, previa omisión de los datos personales (así, para C. Gay Fuentes, en *Intimidad y tratamiento de datos en las Administraciones Públicas*, Complutense, Madrid, 1995, debería posibilitarse el acceso a la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento, al menos previa omisión de los datos personales, como ocurre en los casos de las sentencias penales, y en los demás casos, habría de excluirse el acceso). Otros, el acceso por parte de los que tienen la consideración de parte en el procedimiento, o incluso de todos los ciudadanos en los sectores en que se reconoce la acción popular o en que se prevé la posibilidad de publicar las sanciones. Así, para S. Fernández Ramos, en *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, el legislador había considerado que la información contenida en expedientes sancionadores afectaba a la intimidad de los sujetos, lo cual se justificaría en que dicha información implica la valoración de un comportamiento o conducta personal, y se trata de datos con una protección reforzada en la Ley de protección de datos. En todo caso, apuntaba dos importantes matizaciones. En

Por lo demás, recuérdese que, tal y como dispone el artículo 5.3, esta limitación rige igualmente para la publicidad activa, respecto de la cual se dispone que "cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad solo se llevará a cabo previa disociación de los mismos". Parece que debe entenderse que, de nuevo, salvo que una ley especial lo prevea[24].

2.4
El acceso a datos meramente identificativos relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano

Como apuntamos *supra*, del derecho supranacional y comparado se deriva que, como regla general, debe prevalecer la publicidad de los datos personales que, sin ser íntimos, están directamente relacionados con la organización, la gestión y el gasto públicos, también si contienen la mención de la identidad de empleados, contratistas, agentes, beneficiarios de subvenciones, de permisos, etc. Siempre cabe que, en un caso determinado, la publicación pueda suponer un perjuicio desproporcionado a la persona afectada, lo que deberá ser ponderado, en especial, a la vista de las alegaciones que esta pueda formular al ser consultada, o de las peculiaridades de un colectivo, si no se lleva a cabo dicha consulta.

El artículo 15.3 LTBG dispone que "con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulga-

primer lugar, la limitación al acceso no debía afectar a los que fueron parte en el procedimiento (en coherencia con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Reglamento regulador del procedimiento sancionador, Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto) ni al denunciante, si concurrían algunas de las circunstancias del artículo 31 LPC, e incluso –señalaba– se había defendido que se presumiera la legitimación allí donde se reconocía la acción popular. En segundo lugar, había de tenerse en cuenta que algunas sanciones son públicas, y en determinados casos de infracciones graves la publicidad constituye propiamente una medida sancionadora, necesaria o eventual. Si en estos casos el legislador considera que la intimidad debe ceder, el acceso debía garantizarse incluso si en el ejercicio de su discrecionalidad en materia sancionadora decide no publicar la sanción. Otros, finalmente, argumentaban que el acceso debía concederse a los interesados (enlazando así, en realidad, con el régimen de los documentos nominativos en una interpretación *contra legem*). En este sentido, J. F. Mestre Delgado, en *El derecho de acceso a Archivos y Registros administrativos [Análisis del art. 105.b) de la Constitución]*, Madrid, 1998, apuntaba que en el caso de los datos obrantes en expedientes sancionadores o disciplinarios debía permitirse al menos el acceso a los terceros interesados, como por ejemplo los licitadores públicos, a los efectos de conocer si alguno de los sujetos concurrentes había sido sancionado con una incapacidad para contratar.

24. Piénsese que aquí puede entrar la posibilidad de previsión legal de publicidad de listados de maltratadores o de defraudadores, con todo el debate jurídico constitucional que conlleva.

ción que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano".

Al margen de la mención al órgano –que pone una vez más de relieve que la LTBG tiene en mente como sujeto prototipo a la Administración Pública– cabe destacar que el precepto mantiene la redacción inicial salvo la introducción de la precisión "meramente identificativos". Su origen está de nuevo en la acogida de la propuesta de la AEPD, que, a su vez, trae causa nuevamente de su querencia a una interpretación directamente tributaria de la normativa sobre protección de datos. En efecto, como señalamos, el Reglamento de desarrollo de la LOPD (por cierto, extralimitándose e invadiendo la reserva de ley), en línea con la interpretación de la propia AEPD y por su iniciativa, excluyó en su artículo 2.2 del concepto de dato personal los meramente identificativos de las personas físicas en cuanto trabajadores (nombres, apellidos, funciones, dirección, teléfono…) y los datos de empresarios individuales en su condición de tales. Pero el contexto de la transparencia es absolutamente diverso y ajeno a lo que estaba regulado en ese precepto, que inspirado en una regla general en el derecho comparado, tenía como sentido, precisamente, aclarar que la presencia del nombre de una persona no puede impedir que se conozcan datos relevantes sobre la actuación pública: no solo identificativos de funcionarios o autoridades, sino también relativos a las decisiones públicas que adoptan, lo que, a su vez, a menudo implica la mención de nombres de terceras personas (contratistas, beneficiarios de subvenciones, de licencias…). Por ello, esta adición puede complicar el entendimiento del precepto y, llegado el caso, propiciar una gran cerrazón a la transparencia de la actuación pública. Cierto es que, no obstante, como veremos, el apartado siguiente contempla un criterio general de ponderación de la publicidad de información que no contiene datos especialmente protegidos, pero el sentido del precepto, que condensaba las directrices generales del derecho supranacional y comparado, era precisamente el de exponer cómo ese género de información debía ser por regla general público (¡no solo en lo meramente identificativo!). Es más, toda la regulación de la publicidad activa es una pura muestra de la aplicación de este criterio, con la previsión de publicidad en materia de información institucional y organizativa (que incluye no solo la identificación de los responsables de los diferentes órganos, sino también su perfil y trayectoria personal), los contratos, convenios y subvenciones, también los relacionados con personas físicas, en todos sus términos y no solo en la identidad de las mismas, las retribuciones, indemnizaciones, resoluciones de compatibilidad y declaraciones de bienes y actividades recibidas por altos cargos, etc., información mucha de la cual de hecho ya es pública porque así

se regula en su normativa sectorial reguladora. Muestra así la regulación de la publicidad activa un acuerdo con el criterio acogido en la redacción originaria de este apartado, que coincide con el general en el derecho supranacional y comparado. Por ello, creemos que la adición de la precisión "meramente identificativa" es confusa y desafortunada, y no debe interpretarse como un portillo para atentar contra el criterio de fondo sobre el que basculan las relaciones entre publicidad y privacidad[25].

Por lo demás, hay que reiterar que el precepto contiene un criterio general, pero también una excepción ("salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida"), una previsión afortunada que permite modular los efectos perversos del automatismo y que entronca con la idea que está en la base de lo que en materia de protección de datos se califica "derecho de oposición". Y es que en efecto puede haber casos en que la publicidad (activa o pasiva, pues debe recordarse en todo momento que las limitaciones rigen por igual para la primera, tal y como dispone expresamente el artículo 5.3) de determinada información, incluso meramente identificativa o de otro género, puede implicar para un individuo o para un colectivo, atendidas sus circunstancias especiales, un grave perjuicio (a veces, incluso, un riesgo para su vida e integridad física, como en el caso del puesto de trabajo de personas objeto de amenaza).

2.5
Ponderación general entre publicidad y protección de datos personales ordinarios

La LTBG dispone que "cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa 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 particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal". Esta última referencia a los derechos del afectado, y en particular al de protección de datos, debe interpretarse teniendo en cuenta que, como ha declarado el Tribunal Constitucional,

25. Quizás consciente de la absoluta restricción introducida por la mención a lo "meramente identificativo" o de su desenfoque, el propio director de la AEPD apuntó en su comparecencia que los criterios introducidos en el apartado cuarto no son exhaustivos y cabría introducir otros, como por ejemplo la prevalencia de la publicidad de las informaciones sobre personas que realicen actividades públicas en relación con las mismas…

entre otras, en la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, y antes apuntamos, el derecho a la protección de datos es a la par autónomo e instrumental para la tutela de otros derechos (desde la integridad física a la libertad sindical, la no discriminación, etc.)[26].

Se trata, pues, de un criterio general de ponderación. Desde luego, mientras mayor sea el grado de ponderación legislativa, mayor lo será el de seguridad jurídica, y en ese sentido, consideramos que las normas que llevan a su articulado estos principios básicos de ponderación contribuyen a este objetivo y son, por ende, modelos a imitar. Ello no evita que siempre haya casos en que el juicio ponderativo revista dificultad, y por ello debe abordarse caso por caso, por parte del aplicador. Por supuesto, siempre habrá zonas de sombra, a menudo relacionada con los datos personales generados en las relaciones de sujeción general y especial entre Administración y ciudadanos. En particular, ¿deben o no ser públicos los resultados del ejercicio de potestades tributarias? Al igual que ocurría con las potestades disciplinarias, también en este caso se trata de una materia de relevancia para el control de la gestión pública, y la garantía de su corrección y de la aplicación no discriminatoria del derecho y la distribución de las cargas. Lo ideal es que se llegue a una solución legislativa como fruto de un debate político y social. Sobre los primeros, como hemos visto, ya la LTBG parece haberse pronunciado en contra –bien que con el portillo abierto de la posibilidad de publicidad cuando sean sanciones que conlleven amonestación pública o lo prevea una ley–. Sobre las potestades tributarias, ha de constatarse que el conocimiento de los ingresos públicos constituye la otra cara del gasto público y resulta clave para "auditar" la gestión pública, si bien las soluciones de los diversos ordenamientos son divergentes –en algunos casos se hace público el listado de contribuyentes, incluso por Internet, y en otros no–, como lo es, más en general, la respuesta a si los datos económicos forman parte de la intimidad[27].

26. La redacción acogida a propuesta de la AEPD supone una modificación en la redacción del Proyecto, que comenzaba con un significativo "asimismo" que enlazaba con el apartado anterior. La idea inicial era que el criterio de la ponderación era el que regía para aquellos casos en que no se tratase de datos personales relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano, precisamente porque en el apartado anterior ya el propio Proyecto había llevado a cabo la ponderación por sí mismo a favor de la transparencia. Como se acaba de exponer, la adición de la coletilla "meramente identificativos" ha conducido a enturbiar fuertemente la comprensión y el sentido de ambos apartados.

27. Sobre el particular, véase J. A. Santamaría Pastor, "Sobre derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, pp. 159-180. En su comparecencia ante la Comisión Constitucional, se mostró contrario a la publicidad de estos datos por vía del ejercicio del derecho de acceso. Me remito también a mis consideraciones en *Datos personales y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 91-115.

La oscuridad se hace mucho mayor si se compara el término de ponderación correctamente empleado en la formulación inicial ("el interés público en la divulgación de la información") con los criterios que, en un intento de aportar más luz al aplicador, tan encomiable como errado, han sido aportados por la AEPD y acogidos por el Gobierno en el Proyecto y, de ahí, transformados en ley. En efecto:

Por una parte, como reconoce directamente el Informe de la AEPD, se llevan a la LTBG criterios extraídos del análisis que la AEPD realizó en 2011 de la normativa sobre patrimonio histórico y archivos –nótese, por cierto, que el estrambote que suponen se manifiesta en la propia terminología, no apoyada en el concepto de información, como el resto de la LTBG, sino en el de documento, como lo hace la legislación de patrimonio histórico y archivística–. Dichos criterios son (artículo 15):

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

Conforme dispone dicho artículo, "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". La acogida de este criterio es un despropósito por varios motivos. En primer lugar, por cuanto, como puede comprobarse, esos plazos se predican en la LPHE de datos que por su naturaleza pueden calificarse de íntimos o especialmente protegidos, y a los que, por ello, no puede accederse sin el consentimiento del interesado; por tanto, para datos especialmente protegidos, para lo "íntimo", y no para el resto de datos personales. Y ahora, en la LTBG, además, se prevén como de aplicación no a los datos "íntimos" o "especialmente protegidos", sino a los que no lo son. En segundo lugar, por cuanto se trata de uno de los preceptos que más problemas han causado en nuestro ordenamiento administrativo desde su aprobación, por su ambigüedad o, dicho de forma directa, su incoherencia. En efecto, los archiveros, los investigadores, los estudiosos de la memoria histórica, llevan décadas devanándose los sesos para tratar de interpretar cómo debe ser aplicado. ¿A quién corresponde acreditar la fecha de fallecimiento de la persona, a quien pretende el acceso –al que la normativa del Registro Civil se lo impide–, al responsable del archivo, que tampoco tiene competencias para ello ni obligación de solicitarla? Ante esta dificultad, ¿debe acudirse directamente a la

regla de los cincuenta años desde la fecha de elaboración de los documentos, llegando al resultado de que terceros puedan acceder a datos íntimos de personas vivas?[28] El sinsentido alcanza su "esplendor" si se tiene en cuenta que, por una parte, la LTBG ha renunciado, como sabemos, a establecer plazos para la vigencia de las limitaciones, y, por otra, con la modificación de la disposición adicional primera en su paso por el Congreso de los Diputados, la LTBG ha extendido su ámbito de aplicación a toda la información, cualquiera que sea el archivo en el que obre (desde los de oficina o gestión hasta los históricos), de tal modo que debería entenderse derogado el propio artículo 57 LPHE, lo que no se hizo. Sin embargo, esta referencia a la LPHE no se corrigió a la par que se modificaba la disposición adicional primera, de modo que aumenta la confusión en algo, la determinación de la normativa vigente y aplicable, que debería estar dotado de la máxima claridad. Es más, el CTBG

28. Para tratar de solventar estas "dudas" interpretativas, el artículo 28 del Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, reguló la llamada "solicitud de consulta de documentos de acceso restringido por contener datos personales", del siguiente modo: "1. La solicitud de acceso a documentos que contengan datos personales referidos exclusivamente al propio solicitante se regirá por la normativa de protección de datos personales. 2. El acceso a los documentos que contengan datos personales que puedan afectar a la intimidad o a la seguridad de las personas, o que tengan la consideración de especialmente protegidos en los términos de la normativa de protección de datos personales, incluyendo los que se encuentren en procedimientos o expedientes sancionadores, será posible siempre que medie el consentimiento expreso y por escrito de los afectados. No obstante, serán accesibles los documentos con datos personales que puedan afectar a la seguridad o intimidad de las personas *cuando hayan transcurrido veinticinco años desde el fallecimiento de los afectados. Si este dato no constara, el interesado deberá aportar la correspondiente certificación expedida por el Registro Civil. Cuando no fuera posible conocer la fecha o el hecho del fallecimiento y el documento o documentos solicitados posean una antigüedad superior a cincuenta años, el acceso se concederá si, atendidas las circunstancias del caso, se entiende razonablemente excluida la posibilidad de lesión del derecho a la intimidad personal y familiar o el riesgo para la seguridad del afectado y siempre de conformidad con la normativa de protección de datos*. 3. El acceso a documentos que contengan datos nominativos o meramente identificativos de las personas que no afecten a su seguridad o su intimidad, será posible cuando el titular de los mismos haya fallecido o cuando el solicitante acredite la existencia de un interés legítimo en el acceso. A estos efectos, se entenderá que poseen interés legítimo quienes soliciten el acceso para el ejercicio de sus derechos y los investigadores que acrediten que el acceso se produce con una finalidad histórica, científica o estadística. 4. Se concederá el acceso a documentos que contengan datos de carácter personal, sin necesidad de consentimiento de sus titulares, cuando se proceda previamente a la oportuna disociación, de los datos de modo que se impida la identificación de las personas afectadas. 5. La información que contenga datos de carácter personal únicamente podrá ser utilizada para las finalidades que justificaron el acceso a la misma y siempre de conformidad con la normativa de protección de datos". El Gobierno socialista de la IX Legislatura, el viernes antes de las elecciones del 20 de noviembre, trasladó a este artículo, como se ve, lo que había sido la regulación de las relaciones entre publicidad y protección de datos de su frustrado Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

ha obviado el cambio operado en la tramitación en el Congreso y considerado que la normativa sobre archivos estatal y autonómica, incluyendo el artículo 57 LPHE, sigue vigente y es normativa especial que desplaza en el ámbito de los archivos la aplicación de la Ley de Transparencia[29] y, además, que tiene su propio sistema de recursos (los generales) que llevan a la inadmisibilidad de las reclamaciones que se presenten ante el CTBG[30]. La situación es aún más confusa para los aplicadores autonómicos o locales, que, a la hora de resolver el conflicto entre transparencia y protección de datos, deberán aplicar un criterio temporal que da lugar a resultados inconstitucionales contenidos en una ley, la LPHE, estatal, de desconocida vigencia, pero ahora trasladado al ámbito autonómico por la remisión hecha por la LTBG a la LPHE, criterio que puede ser contrario al contenido en sus propias leyes autonómicas de archivo. Un prodigio de confusión.

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.

La referencia al "ejercicio de un derecho" "rescata" la exigencia de interés legítimo que figuraba en el artículo 37.3 LRJPAC, que había sido interpretada por la jurisprudencia como equivalente a un interés que no se limita a los que fueron parte en el procedimiento en el que se generó la información a los efectos de impugnar la resolución final[31]. Por su parte,

29. Parece haber hecho suyo un informe de la Abogacía del Estado de 30 de marzo de 2015, que ha colgado en su web: http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/dms/ctransp/consejo/informes_consultas_criterios/Informes/informes_abogaciaestado/1INFORME_acceso_archivocentral_MEYSS/1INFORME_AE_registro_central_meyss.pdf

30. Véase en este sentido, por todas, la Resolución 53/2016, de 1 de marzo.

31. Por todas, véase la STS de 16 de diciembre de 2011, Ar. 2012\2832, en que se concede acceso a expedientes de subvenciones, pese a que se tratara de concesiones de ayudas ya inatacables. Resalta que la condición de interesado en el procedimiento administrativo en el que se originó la documentación no coincide con el concepto a los efectos de ponderar el ejercicio del derecho de acceso a los documentos. Considera que hay que acudir al concepto del artículo 37.3, "empleando una interpretación acorde con los principios constitucionales de participación política, libertad de información y tutela judicial efectiva. Concluimos que por tal interesado a acceder a los documentos administrativos debe entenderse 'aquella persona que legítimamente justifica una razonable expectativa de obtener provecho en la consulta de los antecedentes cuyo examen puede serle útil para decidir sobre la presentación de una solicitud ante la Administración o el ejercicio de un derecho frente a ella'. […] Tan especial vinculación del interesado ha de exigirse, en el seno del derecho de acceso a los documentos administrativos, respecto de la información a la que pretende acceder y no del procedimiento al que pertenecen los documentos, como parece propugnar el recurrente. Dicho de otro modo, el interés cualificado que exige el artículo 37.3 ha de proyectarse sobre el contenido de los documentos, pero no sobre el resultado del procedimiento donde se hallan, que bien puede ser totalmente indiferente para el solicitante".

la referencia al acceso de los investigadores con fines históricos, científicos o estadísticos es un concepto, con reminiscencias del contenido en el artículo 11.2.d) LOPD, que permite la comunicación inconsentida de datos para estos fines entre Administraciones Públicas, y que enlaza con un tipo de información (potencialmente obrante, en su mayoría, en archivos históricos) cuyo acceso podría haber quedado fuera del ámbito de aplicación de la LTBG y dentro de la LPHE, del Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, y de la normativa autonómica, y allí sí podría haber tenido sentido un régimen más favorable al acceso y diferente en las modalidades de su práctica con base a estas finalidades. La modificación de la disposición adicional primera ha incluido el acceso a todo tipo de archivos en el ámbito de aplicación de la LTBG, ha sembrado la duda de la vigencia de estos preceptos, y ha complicado el entendimiento y la aplicación de este criterio en el marco omnicomprensivo de aplicación de la LTBG.

De esta forma, el criterio contemplado en esta letra, en su generalidad –y así lo defendí en mi comparecencia en el Congreso, y en un artículo que entregué a los miembros de la Ponencia, posteriormente objeto de publicación–[32], supone un torpedo en la línea de flotación del derecho de acceso como derecho autónomo vinculado a la ciudadanía y la igualdad de todos en el conocimiento de la información pública. Supone un desconocimiento grave del sentido del derecho como derecho de ciudadanía para la participación y el control democráticos, dando prevalencia en la ponderación a su uso como instrumento al servicio de la tutela de otros derechos individuales, o introduciendo diferencias de trato en función de la cualidad del solicitante y de la justificación de intereses particulares, ajenos a la lógica del derecho y del resto del articulado de la LTBG, que excluye expresamente la necesidad de acreditar interés alguno o de motivar las solicitudes, ¡o del propio parámetro inserto en el mismo apartado que, de forma correcta, habla de ponderar con "el interés público en la divulgación"! Al igual que la previsión del artículo 14 sobre la concurrencia de un interés público "o privado" superior, nos saca de este modo del correcto entendimiento de la naturaleza y función del derecho de acceso, y

32. "El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 84, 2012, pp. 89-134, en pp. 121-122.

nos sitúa en la marginalidad respecto a la normativa europea y la mayoría de normas del derecho comparado.

Téngase en cuenta, por lo demás, que la previsión es profundamente ineficaz, puesto que una vez concedida la información a cualquier solicitante este puede hacerla circular libremente a personas en quienes no concurran estas condiciones.

Por otra parte, se acogen dos criterios que parecen confundirse, al menos parcialmente, con los principios generales sentados en los apartados anteriores del propio artículo 15:

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

Su origen está de nuevo en la propuesta de la AEPD, que, a su vez, trae causa nuevamente de su querencia a una interpretación directamente tributaria de la normativa sobre protección de datos, inspirada en el artículo 2.2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD aplicado fuera de contexto. Tal vez se pueda tratar de dotar de contenido a esta previsión teniendo en cuenta que ya no solo se predica de información relacionada con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano, de modo que podría interpretarse que lo dispuesto en el apartado tercero se refiere a información en que aparezcan nombres de autoridades o funcionarios, y el criterio contenido en el apartado cuarto apunta a que el nombre de una persona que no se integra en la organización administrativa pero se relaciona con ella (por cualquier título, como representante de intereses colectivos, como solicitante de una licencia, como adjudicatario de un contrato, etc.), si no va acompañado de información por así decirlo "privada" (sus ingresos, sus capacidades…), tampoco obsta para conceder el acceso a la información solicitada por un tercero (o para publicarla activamente, en su caso).

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 (este último supuesto añadido en el Congreso de los Diputados, siguiendo la sugerencia de la directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos).

En este caso, la referencia a la "intimidad", concepto que había sido excluido por el Anteproyecto para operar sobre las categorías datos personales-datos especialmente protegidos-datos identificativos, introduce un elemento, como vimos, de confusión en el sistema, a la vista de las imprecisas relaciones entre intimidad y protección de datos.

En todo caso, hay que aclarar que el art. 19.3 LTBG prevé que, si la información solicitada puede afectar a derechos o intereses de terceros, de-

bidamente identificados, se les conceda un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas, informando al solicitante de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación. Este precepto no es solo de aplicación cuando está en juego la protección de datos, sino cualquier otro derecho o interés (propiedad intelectual o industrial, intereses comerciales…), y –hay que enfatizarlo– no confiere al afectado un derecho de veto, sino solo la posibilidad de alegar en qué medida la divulgación de la información podría perjudicarle, para que el órgano pueda ponderar con mayor conocimiento de causa.

2.6
La disociación

El apartado quinto del artículo 15 LTBG aclara que "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".

En realidad, podría pensarse que este apartado es tautológico, por cuanto en ese caso la información deja de contener datos personales (pues la normativa sobre protección de datos considera tales los "referidos a personas identificadas o identificables"), pero en la medida en que pueda orientar a los aplicadores de la norma hacia esta modalidad de acceso parcial, conocida de muchas normas sobre acceso en el derecho comparado, puede ser bien recibido. En efecto, en muchas ocasiones, basta la disociación para conseguir un correcto equilibrio entre transparencia y protección de datos[33], aunque hay que estar a cada caso, ya que, en función de lo singular de la información, en ocasiones las personas a las que va referida siguen siendo identificables.

Por lo demás, cabe traer aquí lo dispuesto en el artículo 5.3 en materia de publicidad activa, según lo cual, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad solo se llevará a cabo previa disociación de los mismos –por ejemplo, la publicidad de subvenciones asociadas al

33. Por ejemplo, con carácter general, para controlar la correcta evaluación de pruebas de oposición, y con ello, la vigencia del acceso por mérito y capacidad, basta comparar el contenido de varios exámenes que hayan obtenido la misma calificación, sin necesidad de conocer la concreta identidad de las personas que los hayan realizado.

apoyo a las personas con discapacidades o enfermedades, u otros tantos que pueden plantearse–.

2.7
La aplicación posterior de la normativa sobre protección de datos

Finalmente, la LTBG prevé que la normativa sobre protección de datos personales es de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso, que, aunque sea innecesaria, contribuye a reforzar la integración de ambos bloques normativos. Ahora bien, no está de más recordar que dicha normativa tiene como presupuesto la integración de los datos en ficheros y su tratamiento, es decir, que fuera de esos presupuestos no cabe invocar la normativa sobre protección de datos para impedir la divulgación general por el solicitante de información de la obtenida conforme a la LTBG.

2.8
La colaboración con la autoridad de protección de datos

A sugerencia de la AEPD se añadió al Proyecto de LTBG lo que se convirtió en la disposición adicional quinta sobre colaboración con la AEPD, que prevé que el CTBG y la AEPD adopten conjuntamente las resoluciones que sean necesarias a fin de determinar los criterios de aplicación de estas reglas, en particular en lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información, y la garantía de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma, de conformidad con lo dispuesto en la LTBG y en la LOPD.

En los países donde existe el modelo de doble agencia implantado en España (como Portugal, Italia o Francia, por no alejarnos de nuestro "vecindario"), las relaciones entre ambas han estado tradicionalmente marcadas por cierta tensión y, en ocasiones, por disparidad de criterios. En este sentido, la previsión podría saludarse como positiva. Ahora bien, a nuestro juicio (y no por casualidad) la propuesta viene de la AEPD. Y es que no debe olvidarse que, en coherencia con lo dispuesto en el apartado primero, es la normativa sobre acceso la que se aplica a la publicidad activa o pasiva de información que contiene datos de terceros, y en ese sentido, siendo deseable una interpretación armónica de ambos bloques normativos, dicha interpretación ha sido precisamente la efectuada por el legislador en el artículo 15 LTBG, y su interpretación, como la del resto del articulado de dicha LTBG, es de la competencia de las autoridades de transparencia.

2.9
Las relaciones entre publicidad y protección de datos en los criterios interpretativos del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG)

El Consejo de Transparencia y Protección de Datos ha aprobado cuatro criterios interpretativos que tienen directa relación con este límite, y que solo vinculan, claro, a las autoridades estatales o a las autonómicas y locales de aquellas comunidades autónomas que han suscrito convenio con el Estado, para que sea el Consejo estatal el que conozca de reclamaciones contra las resoluciones de las entidades de su ámbito territorial.

– En el Criterio 1/2015, de 24 de junio, sobre el alcance de las obligaciones de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus relaciones de puestos de trabajo, catálogos, plantillas orgánicas, etc., y las retribuciones de sus empleados o funcionarios, considera que si la información contribuye a un mejor conocimiento de la organización y funcionamiento o de la asignación de recursos públicos, hay un interés público superior en el acceso. Considera que en la información referente a puestos de trabajo de mayor nivel de responsabilidad y autonomía en la toma de decisiones, o cuya provisión se realiza con un cierto grado de discrecionalidad o se justifica por una especial relación de confianza, como regla general prevalece, y no así en los casos contrarios.

– En el Criterio 2/2015, de 24 de junio, sobre aplicación de los límites al derecho de acceso, parte de la constatación de que "viene observando una interpretación extensiva de los conceptos contenidos en determinados límites respecto de los cuales resulta conveniente identificar y precisar los criterios y condiciones que justifican su aplicación." Establece cuál debe de ser el orden en el análisis de los límites. Debe comenzarse por analizar el relativo a la protección de datos, estudiando, sucesivamente, si los hay, si son especialmente protegidos (y en ese caso si se dan las condiciones excepcionales para el acceso), si son meramente relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano o entidad correspondiente (y en ese supuesto concediendo el acceso con carácter general, salvo que en el caso concreto prevalezcan la protección de datos personales y otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación), o, en caso de que no sean ni de un tipo ni de otro, procediendo a la ponderación.

– En el Criterio 4/2015, de 23 de julio, sobre DNI y firma, considera que debe omitirse en la información a facilitar el dato del DNI de los cargos y empleados públicos o de personas que se relacionan con la Administra-

ción, y, respecto de la firma manuscrita, que aunque en el caso de los cargos y empleados públicos puede facilitarse, una buena práctica sería omitirla y sustituirla con una mención de constancia de la firma en el original.

– Finalmente, en el Criterio 2/2016, de 5 de julio, sobre información relativa a las agendas de los responsables públicos, se analiza el acceso a información relacionada con las reuniones celebradas por miembros del Gobierno, altos cargos o empleados públicos y representantes o empleados del equipo de dirección de entidades privadas. Los criterios para las solicitudes de información sobre las agendas de responsables públicos en que no concurra una específica motivación, y siempre que no revelen datos especialmente protegidos, deben ser que la ponderación sería más favorable al acceso de los datos cuanto mayor fuera la responsabilidad del interviniente en la reunión en la posible toma de decisiones derivada de la misma, y cuando su identidad tuviera un carácter público como consecuencia de las reglas de publicidad que se han mencionado con anterioridad. Por el contrario, la ponderación operaría en contra del acceso en los supuestos en los que la identidad del participante en la reunión no aportara un elemento añadido a la descripción del órgano o entidad en que prestara sus servicios, teniendo en cuenta su posición jerárquica dentro del mismo y, por ende, la influencia en el proceso de toma de decisiones de la organización en relación con las cuestiones tratadas en la reunión y las funciones del participante, quedando plenamente satisfecho el objetivo de la transparencia con el conocimiento del órgano al que pertenece. De este modo, sería posible facilitar la información en los siguientes casos: a) cuando se trate de sujetos obligados por la LTAIBG: los participantes en las reuniones que tuvieran la condición de miembros del Gobierno, altos cargos, directivos públicos profesionales, titulares de las subdirecciones generales o unidades asimiladas, de las subdelegaciones del Gobierno en las provincias, titulares de los órganos directivos de las agencias estatales, entes y otros organismos públicos que tengan atribuida la condición de directivos en los estatutos o normativa reguladora de estos, así como personal eventual con nivel jerárquico asimilado y que desarrolle funciones directivas, y personal eventual que desarrolle funciones que incidan en el proceso de toma de decisiones de la entidad; b) cuando se trate de entidades privadas: aquellos que ostentasen la condición de administradores, miembros del órgano de gobierno o dirección en su caso, y altos directivos o asimilados. Cuando los participantes fuesen asesores o consultores de una entidad de derecho privado, la información se limitaría a indicar esta circunstancia, sin incluir otra información identificativa del asesor o consultor. En los restantes supuestos, el criterio general que resultaría aplicable sería el de indicar, en el ámbito de los sujetos obligados, el órgano o unidad al que pertenezcan los intervinientes y, tratándose de enti-

dades privadas, la indicación de la entidad o, en el caso de las que no tuviesen la condición de PYMES, del órgano o departamento de la misma en que se integrasen los participantes (por ejemplo, entre otros, departamento de cumplimiento normativo, departamento de relaciones institucionales, asesoría jurídica o dirección financiera). En estos casos en que como regla prevalece la reserva, si la solicitud de información aportó una concreta motivación, puede servir para justificar la prevalencia también en estos casos del interés público superior en el conocimiento de la información. Si hay dudas sobre el sentido de la ponderación, sería posible dar traslado a la persona física afectada conforme a lo establecido en el artículo 19.3. Cuando las reuniones se celebren con personas físicas, deberá ponderarse en cada caso la procedencia del otorgamiento del acceso atendiendo a la condición de dicha persona y condición en que asiste a la reunión (persona experta, particular, etc.), sin que sea posible establecer un criterio general de ponderación en estos casos. No será necesario ponderar ni dar traslado al afectado si dio su consentimiento previo para que pueda facilitarse la información, y es un consentimiento libre, inequívoco, específico e informado, no siendo admisible un consentimiento que operase como condición para la celebración de la reunión. El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento y corresponde al responsable del tratamiento la prueba de su existencia.

3
Las relaciones entre publicidad y protección de datos en las leyes autonómicas de transparencia

La regulación de los límites al derecho de acceso a la información tiene carácter básico, de conformidad con la disposición final octava LTBG (que apela al artículo 149.1.18.ª de la Constitución, pero también al 149.1.1.ª y al 149.1.13.ª)[34]. Siendo así, podía esperarse que las leyes autonómicas (que son de aplicación no solo a los entes autonómicos, sino también a las entidades locales respectivas) no regularan los límites o se limitaran al reenvío a la re-

34. Dejando a estos efectos al margen si las "condiciones básicas" del artículo 149.1.1.ª son equivalentes a las "bases" del 149.1.13.ª y 18.ª, y dejando constancia de la indefinición legal de qué artículos de la LTBG se apoyan competencialmente en uno u otro título. Puede especularse que la regulación de la transparencia y el acceso a la información pública deriva del 149.1.18.ª, la parte de buen gobierno, que implica básicamente sanciones a altos cargos por incumplimiento de la normativa presupuestaria del 149.1.13.ª, y la garantía de la existencia de una autoridad independiente de control en materia de transparencia y acceso a la información del 149.1.1ª, a semejanza.

gulación del art. 15 LTBG o a su reproducción. Este ha sido el proceder más común, aunque con matices.

En el caso de las leyes autonómicas aprobadas antes de la LTBG y aún en vigor, sus preceptos vienen a reproducir, con pocas variaciones, el contenido de la redacción del Anteproyecto de Ley, que como sabemos es diferente de la redacción del Proyecto, así como de la Ley[35]. En el caso de las posteriores, la mayoría se remite a la regulación estatal; alguna reproduce literalmente el precepto[36], y en algún caso (Andalucía, Canarias) se lleva a cabo un reenvío a las normativas de transparencia y protección de datos, que más bien contribuye a la confusión[37]. En el caso de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña, dicha Ley establece como uno de los límites "la intimidad y los demás derechos privados legítimos", en su artículo 21, en traducción del Convenio Europeo de acceso a los documentos públicos de 2009. Regula a continuación los datos especialmente protegidos en su art. 23, de forma parcialmente diferente a lo establecido en el art. 15.1 de la Ley de Transparencia, pues establece la misma regulación para todos ellos, sin distinguir entre consentimiento expreso y por escrito o datos manifiestamente públicos, para los datos de ideología, religión y creencias, por una parte, y consentimiento expreso, no necesariamente escrito, o previsión legal, por otra, para los datos de salud, vida sexual o infracciones que no conlleven amonestación pública; por el contrario exige siempre y como único supuesto el consentimiento escrito del afectado, que debe acompañar la solicitud (salvo en el caso de infracciones que conlleven amonestación pública). En el artículo 24 se regula la protección de datos personales no especialmente protegidos, de forma similar pero

35. Es el caso de los artículos 24 de la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto, y 17 de la Ley extremeña 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto, que añadían, por lo demás, que prevalecerá la protección de los datos personales sobre el derecho de acceso a la información pública en los casos en que el órgano competente para resolver considere que hay un conflicto de derechos en el que debe preservarse el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

36. Artículo 12 de la Ley riojana 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno.

37. Es el caso del artículo 26 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública: "De conformidad con lo previsto en la legislación básica de acceso a la información pública, para la resolución de las solicitudes de acceso a la información pública que contengan datos personales de la propia persona solicitante o de terceras personas, se estará a lo dispuesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre". La Ley canaria 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y Acceso a la Información Pública, reproduce el artículo 15 LTBG en su artículo 38, pero en su apartado primero dice: "Las solicitudes de acceso a información que contenga datos personales especialmente protegidos se regirán por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la legislación básica reguladora del derecho de acceso a la información pública".

no coincidente con las bases estatales, ya que se establecen como criterios: a) el tiempo transcurrido; b) la finalidad del acceso, especialmente si es histórica, estadística o científica, y las garantías que se ofrezcan; c) el hecho de que se trate de datos relativos a menores de edad; d) el hecho de que puedan afectar a la seguridad de las personas. Además, se dispone que las solicitudes de acceso a la información pública que se refieran solamente a datos personales del solicitante deban resolverse de acuerdo con la regulación del derecho de acceso establecida por la legislación de protección de datos de carácter personal. Asimismo, el artículo 42.8 prevé que, si la denegación que da origen a la reclamación se ha fundamentado en la protección de datos personales, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso, que es la autoridad independiente catalana competente para resolverla, debe solicitar informe a la Autoridad Catalana de Protección de Datos, el cual debe ser emitido en el plazo de quince días[38].

4
Un apunte sobre las relaciones entre publicidad y protección de datos en el acceso a información personal por representantes locales

Una cuestión de gran interés es cuál haya de ser la interpretación del régimen de acceso de los representantes locales a la información en poder de su respectiva Administración local.

La disposición adicional primera de la LTBG establece en su apartado segundo que "se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con ca-

38. Hay que reseñar que, como excepción, en el País Vasco se han regulado la transparencia y el acceso a la información en poder de los entes locales vascos en la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi. Su artículo 62 regula los límites a la transparencia en su ámbito de aplicación, del siguiente modo: "4.– Si la solicitud de acceso se refiere a información pública que contenga datos personales, se aplicará la normativa en materia de acceso a la información pública, salvo que tal información contenga datos que se refieran exclusivamente a quien lo solicita. En el caso del otorgamiento del acceso se podrá acceder a la información íntegra. 5.– En el supuesto de acceso a datos personales especialmente protegidos, se estará a lo previsto en la legislación de protección de datos. 6.– Cuando la solicitud de información tenga por objeto la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano, se dará preferencia aplicativa al derecho de acceso a la información pública. 7.– En los demás supuestos, cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el acceso a la misma se llevará a cabo previa ponderación suficientemente motivada del interés público en la difusión de la información pública y, en su caso, los derechos de las personas afectadas, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. La ponderación tomará en cuenta los criterios establecidos en la legislación básica en materia de transparencia. 8.– En todo caso, lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación si previamente la entidad local lleva a cabo una disociación de los datos de carácter personal mediante la cual se impida la identificación de las personas afectadas".

rácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información".

Una de esas materias es el acceso por los representantes locales a la información en poder de su respectiva Administración. Como es sabido, el art. 77 LBRL se limita a señalar que "todos los miembros de las corporaciones locales tienen derecho a obtener del alcalde o presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función. La solicitud de ejercicio del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquel en que se hubiese presentado". No diseña un régimen material, que se encuentra en la normativa de desarrollo autonómica o, en su defecto, en los artículos 14 a 16 del ROF, que establecen, respectivamente, el silencio positivo, los casos excepcionales en que se puede acceder a la información sin necesidad de autorización, y que restringe los modos de consulta, siendo la consulta *in situ* la regla general, acompañada del deber de guardar reserva sobre la información consultada.

Esta normativa ha de ser ahora cohonestada con la normativa sobre transparencia que hemos analizado, partiendo del principio de que en ningún caso los concejales, como representantes de los ciudadanos democráticamente elegidos, pueden entenderse situados en una peor condición para acceder a la información municipal que los propios ciudadanos. Esta regla debe proyectarse sobre cualquier interpretación de las reglas establecidas en la normativa local.

Aplicado a nuestro tema de estudio, y al margen, pues, de cuestiones procedimentales, un tema crucial es qué límites han de jugar en el acceso de los concejales a la información. La LBRL y el ROF no se refieren a ello, si bien permiten al alcalde o presidente denegar motivadamente las solicitudes. Esta indefinición legal acompañada de esta libertad de decisión de los alcaldes o presidentes colisiona desde luego con los principios elementales de nuestra Constitución (interdicción de la arbitrariedad, reserva de ley para la limitación de los derechos, necesidad de que los posibles límites establecidos por la ley tengan fundamento en preceptos constitucionales y sean proporcionados…). Al respecto, en cuanto al catálogo de límites establecidos en la LTBG, ¿ha de entenderse vigente también en el acceso de los concejales? ¿O son de aplicación tan solo los límites constitucionales referidos por el artículo 105.b) de la Constitución, esto es, "la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas"? Obsérvese, por lo que respecta a este trabajo, que se habla del concepto más restringido de "intimidad" y no del más amplio de "protección de datos". En todo caso, incluso en el supuesto de que se considerara que deben jugar los límites previstos en la LTBG, cabe

plantearse, bajo la enseña del principio que formulamos en la letra a), si respecto de estos habrían de jugar de una forma más atenuada, en la medida en que la función política de los concejales conecta directamente con el art. 23 CE. En particular, el límite más habitual es el relativo al derecho a la intimidad y a la protección de datos, en que, como se dijo, y en síntesis, el principio más general es que, cuando se trata de datos personales no especialmente protegidos, hay que ponderar el perjuicio que supondría para el afectado su revelación y el interés público para la transparencia (ergo, para la participación y el control ciudadanos, en este caso a través de sus representantes).

Además, a diferencia de la LTBG, que permite al ciudadano difundir cualquier información que obtenga a través del ejercicio del derecho de acceso (es más, se potencia, como vimos, la publicidad activa por la propia Administración de toda información que haya sido facilitada por esta vía), la normativa local impone a los miembros de la corporación el deber de guardar reserva en relación con las informaciones que se les faciliten para hacer posible el desarrollo de su función, singularmente de las que han de servir de antecedente para decisiones que aún se encuentren pendientes de adopción, así como para evitar la reproducción de la documentación que pueda serles facilitada, en original o copia, para su estudio. Todo ello lleva a concluir que la protección de datos no puede suponer una "excusa" para ocultar información relevante para el ejercicio de la función del concejal conectada con el art. 23 CE[39].

Esta interpretación, que sostuve desde la aprobación de la LTBG[40], se encuentra en línea con un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de junio de 2015, en que señalaba, en relación con el acceso a información por electos autonómicos, pero plenamente extrapolable a los electos locales, lo siguiente: "Ya al margen de las circunstancias

39. En ese sentido, la propia jurisprudencia viene reconociendo el derecho de los concejales (a diferencia del común de los ciudadanos) a acceder a datos del padrón para poder ejercer su labor de control y crítica. Un tanto más restrictiva, como suele ocurrir, es la visión de la Agencia Española de Protección de Datos, que considera que en las transmisiones de información a los concejales hay una cesión de datos (lo que es discutible pues se trata de miembros de la propia corporación y no de terceras personas) y por ende cualquier transmisión debe estar justificada conforme al principio de proporcionalidad (así, en el Informe 0016/2013, en un caso de solicitud de un concejal del acceso a información sobre la identidad de las personas que tienen asignados teléfonos móviles corporativos, así como el registro de llamadas entrantes y salientes, considera que la primera es proporcionada pero la segunda no).

40. Entre otros, en "L'aplicació de la Llei de transparència en les entitats locals", en Villoria, M. (dir.) y Forcadell, X. (coord.), *Bon govern, transparència i integritat institucional al govern local*, Diputació de Barcelona/Mancomunitat de Catalunya, Barcelona, 2015, pp. 93 a 107; y en su versión actualizada en castellano "La aplicación de la Ley de Transparencia en las entidades locales", en Villoria Mendieta, M. (dir.) y Forcadell Esteller, X. (coord.), *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Tecnos/Diputación de Barcelona, Madrid, 2016.

propias de este litigio y como consideración de futuro, hay que decir que, tras la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, y tras la Ley 2/2015, de 2 de abril, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunidad Valenciana, el derecho de los parlamentarios a la información pública no puede sino verse fortalecido. En efecto, a fin de que estén en condiciones adecuadas para hacer frente a la especial responsabilidad que se les ha confiado al elegirlos, habrán de contar con los medios necesarios para ello, los cuales en punto de acceso a la información y a los documentos públicos no solo no podrán ser inferiores a los que tiene ya a su disposición cualquier ciudadano en virtud de esas leyes, sino que deben suponer un plus añadido imprescindible" (FJ 8.º).

En conexión con este tema, otro del máximo interés que se encuentra en estos momentos en proceso de definición es el de si los representantes locales pueden plantear reclamación ante las autoridades administrativas de transparencia, en caso de que vean denegado o limitado su derecho de acceder a la información en poder de su respectiva Administración local. No podemos entrar aquí a fondo en este tema, por cuestiones de espacio de objeto de este trabajo, pero cabe apuntar que el Consejo de Transparencia estatal, y, siguiéndole, diversos Consejos autonómicos, interpretan que, cuando un concejal o diputado autonómico solicita información, son de aplicación alternativa dos bloques normativos: el que regula el derecho de acceso a la información por parte de los representantes políticos, en su calidad de tales, con sus propias condiciones procedimentales, sustantivas y de garantías; y el que regula el derecho de acceso a la información por los ciudadanos, entre los que se encuentran, también, los representantes políticos, con sus condiciones procedimentales, sustantivas y de garantías. El representante político goza de plena libertad para determinar el bloque normativo aplicable, bastándole para ello decidir si actúa como representante político o como ciudadano, invocando una u otra normativa y siguiendo uno u otro procedimiento. Una vía es la de la normativa local, que "será la vía habitual y ordinaria de ejercicio del derecho fundamental de referencia debido, sobre todo, tanto al alcance del acceso a la información como a las garantías jurisdiccionales que incorpora", y la otra, la de la Ley de Transparencia, conforme a sus reglas y sus propios mecanismos de recurso, incluida la reclamación ante la autoridad independiente, que no cabe, sin embargo, en la primera[41].

41. Así lo ha determinado en la respuesta a una consulta de una autoridad independiente autonómica de transparencia ("Consulta sobre aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno a Concejales", formulada

El Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía también ha acogido esta postura[42], pero ha ido incluso más allá, al considerar que un electo autonómico que no obtuvo respuesta a su solicitud de información en vía parlamentaria no puede solicitar posteriormente información como ciudadano apelando a la Ley de Transparencia, y reclamar ante la Autoridad independiente de transparencia tras un nuevo silencio[43].

Otras autoridades autonómicas han sido mucho más favorables a la efectividad del derecho de acceso de los electos locales y autonómicos, destacando la de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña, que ha admitido su competencia (en el caso de los parlamentarios autonómicos, establecida en el propio Reglamento del Parlamento de Cataluña, tras su reforma en 2015[44])[45]. En efecto, la Comisión admite siempre a trámite las reclamaciones de electos locales, a las que, si se identifican como tales y piden información a su respectivo ente local, les aplica el régimen de la normativa local (en Cataluña, el artículo 164 del Texto refundido de la Ley de Régimen Local de Cataluña, que es más

por el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia, N/REF: C0105/2015, de 18 de febrero de 2016). Ha aplicado este criterio en las resoluciones 51/2016 y 56/2016, de 15 de junio; 71/2016, de 12 de julio; 192, 194, 195, 196 y 201/2016, de 5 de diciembre; 198/2016, de 7 de diciembre; 202/2016, de 16 de diciembre; 193 y 197/2016, de 27 de diciembre; y 199, 200 y 203/2016, de 28 de diciembre. Lo sigue la Comisión de Transparencia de Castilla y León (resoluciones 13/2016, de 9 de junio; 21/2016, de 21 de julio; 25/2016, de 8 de agosto; y 30/2016, de 7 de septiembre).

42. Consulta 1/2016, de 11 de mayo; resoluciones 56/2016, de 13 de julio, 82/2016, de 3 de agosto, 86/2016, de 7 de septiembre, y 89/2016, de 14 de septiembre.

43. Las resoluciones 96 y 97/2016, de 19 de octubre, conocen la reclamación de una parlamentaria andaluza, que formuló su solicitud a través del Portal de Transparencia de la Junta de Andalucía, en relación, en el primer caso, con el dinero recuperado de subvenciones al programa de formación profesional para el empleo, y en el segundo, con el dinero reclamado y recuperado de los expedientes de regulación de empleo. Apelaba a la Ley de Transparencia, pero el Consejo andaluz estima que puesto que solicitó esa información con anterioridad por vía parlamentaria (obteniendo en ambos casos el silencio) no puede ahora interponer la reclamación como ciudadana, e inadmite las reclamaciones, con este argumento: "Tras el examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso, no puede sino llegarse a la conclusión de que con la solicitud de información formalmente presentada al amparo de la LTPA no se pretendía sino proyectar, prolongar o extender artificialmente a un ámbito institucional ajeno la función de control político del Gobierno que corresponde a la ahora reclamante en cuanto miembro del Parlamento […]". Se han planteado recursos judiciales contra estas resoluciones.

44. Art. 8.6: "Los diputados pueden hacer valer su derecho de acceso a la información mediante los mecanismos de garantía establecidos con carácter general por la legislación de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. La utilización de esta vía es compatible con la aplicación de las demás medidas establecidas por el presente reglamento y no excluye dicha aplicación".

45. El Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia, paradójicamente, puesto que es el que formuló la consulta al CTBG que dio origen a esta doctrina, ha admitido también su competencia incluso cuando la solicitud se presentó invocando la normativa local (resoluciones 30 y 36/2015, de 17 de mayo de 2016).

favorable que el estatal, con plazo de resolución de 4 días y derecho incondicionado a copia, entre otros), y supletoriamente, en lo que resulte más favorable, la Ley de Transparencia autonómica. Este criterio lo aplica cualquiera que sea la normativa que se haya invocado, de transparencia, local o ninguna, al considerar que la normativa reguladora de las reclamaciones no exige la invocación de normativa alguna[46]. Nos parece la postura más convincente, habida cuenta de lo artificial de reconocer en una misma persona una doble condición, de representante y de ciudadano, que le permita elegir libremente en calidad de qué actuar y que paradójicamente le dé menos garantías de recurso gratuito, rápido y efectivo cuando actúa como ciudadano que cuando actúa como representante político de estos. Creemos que, creado un sistema adicional y operativo de garantía por una Ley de 2013, es difícil convencer a un jurista e imposible explicar a un ciudadano que los representantes políticos no puedan acceder a él, salvo "camuflados" de ciudadanos de a pie. Y que el mayor sentido de la referencia de la disposición adicional primera de la LTBG a su supletoriedad en los casos en que existe una regulación específica es, precisamente, proveer de esta garantía adicional a normativas que, como la de los electos o la ambiental, fueron abanderadas y pioneras en el reconocimiento del derecho de acceso, precisamente habida cuenta de la trascendencia para la sociedad, y para la participación ciudadana en los asuntos públicos, del flujo de información en esos ámbitos.

Es más, en la doctrina de la Comisión de Garantía catalana, la condición de electo local juega en sentido favorable a una mayor posibilidad de acceso a la información (por ejemplo, en la interpretación de los límites), ya que, conectada con la obligación de confidencialidad establecida en la normativa local, permite una interpretación más generosa.

Es en particular el caso de la protección de datos que aquí examinamos. Así, se ha considerado que un grupo municipal de la oposición tiene derecho a acceder a información sobre infracciones y sanciones prescritas referidas a cargos electos, personal directivo, de confianza y eventual de la Administración municipal y de sus entes instrumentales –puesto que el límite que juega en la normativa local catalana es el de la intimidad[47] y no

46. La lista de resoluciones es extensa. Por todas, Resolución de 7 de julio de 2016, 34/2016. Se ha planteado recurso judicial contra alguna de estas resoluciones, de modo que se está a la espera de la validación judicial o no de esta doctrina.

47. Artículo 164.3.a) del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.

el de la protección de datos[48]–, o a información sobre las condiciones laborales de los trabajadores de empresas contratistas, sobre el coste del cumplimiento de un convenio con una asociación privada y sobre el salario de los trabajadores municipales[49].

48. Resoluciones acumuladas 78, 116, 117 y 118/2016, de 14 de septiembre. Al respecto, se entiende que si quien solicitara la identificación fuera un ciudadano, y no un concejal (en este caso, un grupo municipal), se tendría que denegar el acceso por imperativo del límite contenido en la normativa sobre transparencia, ya que se trata de un dato especialmente protegido, y el acceso se condiciona en este caso al consentimiento expreso del afectado o a que una norma con rango de ley lo ampare. "Sin embargo, la posición de los concejales es distinta de la de la generalidad de la ciudadanía". La normativa local no se apoya en los conceptos de "datos personales" y "datos especialmente protegidos", sino en el de "intimidad". Ciertamente las categorías de "dato íntimo" y "dato especialmente protegido" en gran medida se yuxtaponen, pero "no parece ser el caso de determinados datos relativos a la comisión de infracciones y sanciones administrativas", como no lo eran en el artículo 37 de la Ley 30/1992 y como piensa un amplio sector doctrinal. En todo caso, no quedaría afectada la intimidad si no se da acceso al conocimiento de las concretas infracciones cometidas (que pueden revelar datos de salud, vida sexual…), sino sobre el número de denuncias y sanciones administrativas archivadas en relación con una determinada persona, "y menos aún si esta persona tiene la condición de cargo electo, de alto cargo o de personal directivo de la Administración municipal o de sus entes instrumentales. En cambio, existe un interés público evidente en el control del correcto ejercicio de la potestad sancionadora municipal, y el acceso por parte de los concejales de la oposición a la identidad de los cargos públicos municipales a los que se han archivado expedientes sancionadores en un período de tiempo determinado es necesario a fin de que aquellos puedan ejercer debidamente su tarea esencial de control y fiscalización de la actividad del consistorio (artículos 22.2.a LBRL y 52.2.a TRLMRLC) y detecten eventuales negligencias y tratos de favor. Las consecuencias de este acceso se encuentran, además, limitadas por el deber de reserva o confidencialidad impuesto a los concejales por el artículo 164.6 TRLMRLC, y que el propio grupo municipal reclamante se compromete a observar en su escrito de solicitud". Así que se considera que ha de entregarse la información con una lista nominal de los cargos públicos que contenga tan solo el cargo, el número total de expedientes sancionadores archivados y el motivo del archivo.

49. Resolución 142/2016, de 28 de septiembre. La GAIP reitera la misma doctrina sobre su competencia y sale al paso de la alegación de un informe del secretario municipal sobre la no aplicación supletoria de esta garantía. La GAIP considera que la regulación del derecho de acceso de la Ley de Transparencia no es aplicable a los electos locales en aquello que pueda resultar más restrictivo, pero sí en lo que pueda reforzar su derecho de acceso, de modo que si cualquier ciudadano puede pedir a la Administración datos de sus contratistas directamente relacionados con el contrato suscrito, con más motivo lo tienen que poder hacer los cargos electos locales.