

ACCESO A LA INFORMACIÓN EN PODER DE LA ADMINISTRACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES¹

EMILIO GUICHOT

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

INTRODUCCIÓN.—I. DERECHO EUROPEO: 1. *Derecho del Consejo de Europa*. 2. *Derecho comunitario*.—II. DERECHO COMPARADO: 1. *Derecho francés*. 2. *Derecho italiano*.—III. DERECHO ESPAÑOL.—CONCLUSIÓN.

RESUMEN

Este trabajo aborda la tensión entre publicidad y reserva en relación con el acceso a información personal en poder de la Administración pública. Se trata de un tema clave del Derecho público de la información en pleno proceso de elaboración dogmática. Se analiza la cuestión en el Derecho europeo, comparado y español. El estudio no limita su atención a la normativa, la jurisprudencia, las posiciones de las Agencias de protección de datos y la doctrina, sino que apunta además directrices que deberían regir dichas relaciones. Se aportan, pues, materiales para un necesario debate jurídico que pueda dar lugar a una norma integral que regule el acceso a la información en poder de la Administración y su reutilización, el régimen de los archivos administrativos y la tuela de los derechos a la intimidad y a la protección de datos.

Palabras clave: transparencia; publicidad; derecho de acceso a la información pública; intimidad; protección de datos; privacidad.

ABSTRACT

This article deals with the dilemmas as to what information government administrations should make public and what information they should limit access to. Information is a key issue in public law and its legal dogma is currently being laid down. The question is analysed with reference to European law, comparative law and Spanish law. The study is not limited to normative regulations, jurisprudence, the positions of the data protection agencies and doctrine. It also looks into the guidelines that should govern access. It provides raw material for a legal debate that could establish an integrated standard to regulate access to information held by the public sector, how it may be re-used, how administrative archives should be run and privacy and data protected.

Key words: transparency; public access; access to public information; data protection; privacy.

¹ Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación, financiado por el MEC, *Derecho de las tecnologías de la información y las comunicaciones*, SEC2001-3696, cuyo responsable es el profesor Javier BARNÉS VÁZQUEZ. Asimismo, para la realización de este estudio he disfrutado de una ayuda a estancias de investigación en el extranjero del MEC en la Universidad París VIII y he participado en el Seminario internacional *Una Nueva Europa Abierta: acceso público a documentos y protección de datos*, organizado por el Instituto Europeo de Administración Pública. Quiero expresar mi agradecimiento a ambas instituciones por su acogida.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo centra su atención en una cuestión jurídica, a nuestro juicio, crucial y necesitada de estudio cual es el encaje entre el derecho de acceso a la información en poder de la Administración y el derecho a la protección de datos. El tema ha sido obviado desde el punto de vista legislativo y, en buena medida, doctrinal. La legislación sobre acceso y la que regula el derecho a la protección de datos se han venido desconociendo mutuamente, o, a lo sumo, se han limitado a meros reenvíos que encubrían la más absoluta oscuridad jurídica, lesionando la seguridad y la certeza que deben imperar en todos los ámbitos regidos por el Derecho. Ello ha llevado a posicionamientos doctrinales e incluso jurisdiccionales que frecuentemente «optan» por la prevalencia de un derecho o de otro, muy a menudo en función de la «normativa de referencia» de la que se partiera. Sin embargo, en los sistemas iusfundamentales no caben, desde luego, maximizaciones de un derecho que lleve al sacrificio de su opuesto, como las que se sostienen cuando, desde la óptica de la protección de datos, se llega a una lectura de la normativa reguladora excluyente de cualquier posibilidad de acceso por los ciudadanos a toda información nominal en posesión de la Administración. Una óptica tal reduciría a la nada, en la práctica, el derecho de acceso, y, con él, el nutriente democrático que alimenta, teniendo en cuenta que el grueso de la información en poder de la Administración es, precisamente, información nominal. Y, en sentido inverso, tampoco cabe concluir que el principio de transparencia, participación y control democrático imponga la publicidad de toda información en poder de la Administración, pues, por esa vía, se expondría al ciudadano a un indeseable «Gran Hermano», si tenemos en cuenta que casi todos los datos sobre el mismo, incluso los más íntimos (sus orígenes familiares, su salud y posibles minusvalías, su itinerario educativo, sus antecedentes penales, sus ingresos, sus propiedades, etc.), obran en poder de la Administración. Es necesaria, pues, una lectura conjunta, complementaria, sistemática e integrada de ambos bloques normativos. Una lectura difícil, cierto es, pero posible. Por ello, en este epígrafe se aportan claves generales que entendemos deben presidir las relaciones entre ambos derechos y, por ende, trasladarse a nuestro ordenamiento.

Hemos estructurado el estudio de este punto del siguiente modo. Exponemos en primer lugar el estado de la cuestión en el Derecho europeo, en el Derecho comparado y en el Derecho español, incluyendo en este último epígrafe una serie de directrices, a modo de decálogo, que, a nuestro juicio, deben guiar las relaciones entre publicidad y privacidad.

I. DERECHO EUROPEO²

El Derecho europeo constituye en la actualidad un marco de referencia obligada. Por una parte, en la medida en que los ciudadanos europeos, y por ende también los españoles, entablan relaciones directas con la Administración comunitaria, entre ellas lo que pudiéramos denominar «relaciones informativas» (acceso a la información en poder de las Instituciones y manejo por parte de éstas de datos personales), regidas por el Derecho comunitario. Por otra, por cuanto la propia normativa nacional sobre ambas materias tiene, en buena medida, origen comunitario, en la medida en que es transposición de Directivas comunitarias (parcialmente, en materia de acceso a la información —así, destacadamente, en materia ambiental— o, con carácter integral, en el caso de la normativa sobre protección de datos). Además, como ha destacado la doctrina, la construcción jurídica comunitario describe una suerte de efecto *boomerang*, de tal modo que, precedida siempre de estudios de Derecho comparado, viene a ser un reflejo —adaptado a la realidad comunitaria— de los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros, bebe de estas fuentes para después, en un movimiento de retroceso, irradiar a menudo un efecto inspirador a las propias regulaciones nacionales dictadas en sectores aún no plenamente comunitarizados. Lo mismo puede decirse de los trabajos del Consejo de Europa, que se presentan como el intento de síntesis de los principios jurídicos comunes a los Derechos europeos³.

1. Derecho del Consejo de Europa

En el seno del Consejo de Europa se han venido adoptando desde hace décadas iniciativas tanto en materia de acceso a la información pública como de protección de datos⁴. En síntesis, del bloque normativo pueden ex-

² Sobre el derecho de acceso, en general, permítasenos remitirnos a nuestro artículo «El nuevo Derecho europeo de acceso a la información pública», núm. 160 de esta REVISTA, 2003, págs. 283-315.

³ Sobre el proceso de construcción de un Derecho público común europeo nos remitimos a nuestra monografía *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, en especial págs. 669-672 y la bibliografía allí citada.

⁴ Entre las encaminadas al establecimiento de un estándar mínimo en relación al derecho de acceso a la información en poder de la Administración. Junto a este desarrollo de la normativa en materia de información «pasiva», los últimos años contemplan, tanto a nivel general como sectorial, la adición de la perspectiva de la «información activa», esto es, del deber de la Administración de difundir *motu proprio* ciertas informaciones relevantes. La serie de disposiciones que han ido marcando la evolución de la política del Consejo de Europa sobre la materia no dejan resquicio a la duda sobre cuáles son los fundamentos o las premisas que la guían: el acceso y la difusión de la información administrativa son condiciones para una profundización en la democracia efectiva, esto es, presupuestos necesarios para garantizar la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y la transparencia en el ejercicio del poder público. El texto más actual es la Recomendación del Comité de Ministros de 21 de febrero de 2002 sobre acceso a la información oficial, que ha sustituido

traerse importantes conclusiones. La normativa sobre acceso a la información pública es la determinante de la legalidad o no de la comunicación de información por parte de la Administración a los ciudadanos, también cuando incluya datos personales, salvo cuando se trata del propio afectado, en cuyo caso es de aplicación la normativa sobre protección de datos, que

a la anterior de 1981, y que, pese a carecer de efecto vinculante, participa del importante papel de referencia común a los trabajos de este órgano. Entre los motivos que permiten limitar el acceso se encuentra la salvaguarda de una serie de intereses, tanto públicos como privados, entre los que se encuentran la intimidad y otros intereses privados legítimos. Dichas excepciones, que debieran ser en todo caso temporales, han de preverse de forma precisa en la ley, y ser necesarias en una sociedad democrática; han de ser proporcionadas al objetivo a proteger, y, en todo caso, sólo entrarán en juego cuando la revelación sea susceptible de menoscabar efectivamente algunos de estos intereses y no haya un interés público prevalente en la difusión de la información. Por lo demás, la norma aclara que el derecho de acceso del interesado a sus propios datos se rige por las normas sobre protección de datos. Por otra parte, en materia de protección de datos, el texto de referencia lo constituye el Convenio núm. 108, de 28 de enero de 1981, para la protección de los individuos respecto al procesamiento automático de datos personales, que se encaminó a garantizar un estándar mínimo de protección, ampliable por las legislaciones nacionales, ante el incremento del flujo de datos personales sujetos a procesamiento automático, que ya se dejaba sentir a principios de los ochenta, y que ha inspirado las regulaciones nacionales posteriores, así como la comunitaria. El Convenio reafirma en su Preámbulo la necesidad de compatibilizar la protección de datos y el libre flujo informativo, logrando una conciliación entre ambos. Incluye en la definición de «tratamiento automatizado» las operaciones de difusión de datos, de modo que la difusión (a solicitud de un ciudadano o *motu proprio*) está sometida, con carácter general, a los principios generales de tratamiento leal y legítimo, finalidad, adecuación y calidad. En el caso de los datos sensibles, se supedita a que el Derecho interno prevea garantías adecuadas. Como puede verse, no se prohíbe respecto de ningún dato, ni siquiera a los especialmente protegidos, su difusión. En ambos casos, será la normativa nacional la que establezca cuándo ésta puede llevarse a cabo. En definitiva, de esta norma de mínimos tan sólo cabe extraer, como directriz, la necesidad de las normas nacionales de compatibilizar derecho a la información y protección de datos, de modo que ésta no aparezca como un límite absoluto de aquél. Posteriormente se aprobó la Recomendación núm. R (91) 10, de 9 de septiembre, sobre la comunicación a terceros de datos de carácter personal en poder de organismos públicos, que de nuevo proclama la necesidad de conciliar la protección de la intimidad con la necesaria circulación de información en poder de la Administración. Por ello, la normativa parte de la posibilidad de comunicar datos personales a terceros, pero acompañándola de garantías para el sujeto afectado. De esta forma, la Recomendación (que se aplica sólo a la comunicación de datos objeto de tratamiento automatizado o de los propios ficheros automatizados, pero puede ampliarse a todos ellos) prevé entre los supuestos que legitiman la comunicación a terceros de datos personales o de ficheros que los contengan por una Administración «que los terceros tengan derecho según la normativa de acceso a la información pública». Si se trata de datos sensibles, cualquier excepción debe estar prevista estrictamente por ley y acompañada de garantías adecuadas, salvo cuando se trata de datos relativos a la vida pública de personas con una actividad con relevancia pública que hace que sus datos sean accesibles por terceros, y se prevé que no se comuniquen datos que afecten a sujetos cuya seguridad e intimidad estén particularmente amenazadas. Las legislaciones nacionales deben establecer garantías si la comunicación tiene lugar para fines incompatibles con aquel para el que los datos fueron recabados y tratados por la Administración, y, en todo caso, a los terceros cesionarios se les aplicará, a su vez, la normativa nacional sobre protección de datos. Asimismo, esta Recomendación establece que cuando la Administración recoge y trata datos que pueden ser comunicados a terceros, las finalidades de dicha recogida y el interés público que justifica el acceso deben estar indicados de conformidad con el Derecho y la práctica del Estado parte, y el sujeto debe ser informado antes o en el momento de la recogida del carácter obligatorio o facultativo de la misma, las bases jurídicas y la finalidad de la recogida y del

regula el también denominado derecho de acceso. No obstante, uno de los límites del derecho de acceso es «la intimidad y otros intereses legítimos privados», si bien no se trata de un límite absoluto, sino que cualquier restricción al derecho a acceder a la información debe ser necesaria y proporcionada, sin que quepa descartar siquiera la prevalencia final del derecho de acceso y el sacrificio del derecho a la intimidad (o de otros intereses legítimos, en especial la seguridad o integridad del propio sujeto), cuando haya un interés público prevalente en la difusión de la información a la vista. Esto es, que es necesaria una ponderación entre derechos, en función, ha de entenderse, de la relevancia de la injerencia en el ámbito de reserva del afectado, de una parte; y del interés que para el conocimiento y control de la actividad administrativa tenga la divulgación de la información, de otra (con un papel especialmente destacado de la publicidad solicitada por los medios de comunicación social). El posterior tratamiento de dichos datos se rige por la normativa sobre protección de datos.

En lo que hace al sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a falta de la consagración expresa del derecho de acceso a la información en poder de la Administración en el articulado del Convenio, se ha planteado si el derecho a acceder a la información en poder de la Administración, y la obligación consiguiente de ésta de facilitarla, deben considerarse incluidos en su artículo 10, que consagra las libertades de expresión e información. La cuestión no puede considerarse resuelta⁵. En todos los casos, el Tribunal ha preferido enfocar la demanda por la posible vulneración del artículo 8, que garantiza el respeto a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia⁶. Esta solución se explica porque en los asuntos de que ha conocido hasta el momento los reclamantes solicitaban información concerniente a su propia vida personal o familiar, de modo que el Tribunal ha preferido optar por encajar la obligación de facilitarla dentro del contenido

tratamiento, así como del interés público que justifica su accesibilidad. Por lo demás, hay que notar que la Recomendación 1/1997, de 25 de febrero, del Consejo de Europa, referente a la normativa sobre protección de datos y los medios de comunicación, viene a excepcionar, concurriendo determinadas circunstancias, el principio del consentimiento y los derechos del afectado.

⁵ Abordan directamente el tema las Sentencias *Leander*, de 26 de marzo de 1987 (acceso por una persona a su expediente policial); *Gaskin*, de 7 de julio de 1989 (acceso por una persona a su expediente en poder de los servicios de asistencia social); y *Guerra y otros*, de 19 de febrero de 1998 (acceso por los vecinos de una industria contaminante a la difusión por la Administración de información en materia medioambiental). Junto a estas Sentencias, las Decisiones de la Comisión de 31 de mayo de 1974 (acceso por concejales a información), de 3 de octubre de 1979 (acceso por el interesado a documentos que le afectan), de 14 de diciembre de 1979 (acceso a información sobre comisión de régimen penitenciario) o de 14 de octubre de 1991 (acceso por las esposas de presos políticos de ciudadanos europeos en un país africano a información sobre el paradero y estado de sus esposos).

⁶ «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

activo del derecho al respeto a la vida privada, en línea con las facultades positivas que se integran actualmente en el derecho a la privacidad o a la «autodeterminación informativa» en los ordenamientos nacionales⁷. En todo caso, el Tribunal no ha descartado que la libertad de información (y el derecho a obtenerla) pueda hacerse valer frente a la Administración, en función de las circunstancias del caso. En efecto, se ha limitado a subrayar que la libertad de recibir información se caracteriza, *al menos de forma principal*, como un derecho a obtenerla de los sujetos privados sin injerencia del poder público, y que no era de aplicación en las circunstancias de autos. En todo caso, no parece que haya de descartarse, principalmente en aquellos supuestos en que es la Administración la única detentadora de la información. Lo cierto es que los documentos emanados del Consejo de Europa parecen acoger esta perspectiva⁸. En todo caso, quizá fuera más clarificador su reconocimiento autónomo.

En lo que respecta al derecho a la protección de datos, se ha planteado si las facultades del interesado de acceso, rectificación y cancelación de dicha información se incluyen en el derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrado en su artículo 8. La respuesta ha sido positiva⁹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que dicho artículo impone obligaciones negativas de no injerencia (p. ej., no recabar ni almacenar datos personales sin consentimiento del interesado)¹⁰, y también positivas (así, a la Administración, el facilitar información sobre los datos personales del afectado que se hallen en su poder)¹¹. En algún caso, incluso, ha maximizado el alcance de qué deba entenderse por vida familiar y personal, incluyendo la información sobre las condiciones del entorno del domicilio de la persona¹² o el ámbito profesional¹³, ya que la noción de vida privada no debe interpretarse de forma restrictiva, de forma que para determinar si ha existido una injerencia no es preciso que se haya producido un uso posterior al almacenamiento o se haya derivado un perjuicio, ni que se trate de informaciones «sensibles»¹⁴.

⁷ No obstante, en algún caso este enfoque ha resultado un tanto forzado, a nuestro juicio. Así, en el asunto *Guerra* la información solicitada no era información personal (en el sentido de la legislación de protección de datos personales, esto es, referida a sujetos identificados o identificables), sino información a los vecinos sobre los riesgos para la población derivados del funcionamiento de una industria, que detentaba con exclusividad la Administración.

⁸ La propia Recomendación del Comité de Ministros de 21 de febrero de 2002, sobre acceso a la información oficial, y la de 13 de julio de 2000, sobre política europea en materia de acceso a archivos, invocan como normativa de referencia, entre otros, a los artículos 8 y 10 del CEDH.

⁹ Como pronunciamientos señeros pueden citarse las SSTEDH *Leander*, de 26 de marzo de 1987; *Gaskin*, de 7 de julio de 1989; *Guerra y otros*, de 19 de febrero de 1998; *Kopp*, de 25 de marzo de 1998; *Fressoz y Roire*, de 21 de enero de 1999; *Amann*, de 16 de febrero de 2000; *Rotaru*, de 4 de mayo de 2000; o *Odièvre*, de 13 de febrero de 2003.

¹⁰ Así, en la Sentencia *Leander*.

¹¹ En este sentido, en la Sentencia *Gaskin*.

¹² Así, en el asunto *Guerra*.

¹³ Vid., por todas, la Sentencia *Kopp*.

¹⁴ Así, Sentencias *Amann*, *Rotaru* y *Fressoz y Roire*.

Por lo demás, tanto la libertad de información como el respeto a la vida privada y familiar están supeditados, en el sistema del Convenio, a posibles restricciones. Si limitamos ahora nuestra atención a las referencias cruzadas, comprobamos cómo el derecho al respeto de la vida privada tiene como límite «la protección de los derechos y libertades de los demás», entre los cuales hemos de incluir el derecho a obtener información, derecho autónomo relacionado con el principio democrático, y en muchos casos presupuesto para el ejercicio de otros derechos, notablemente el de tutela judicial. Por su parte, el derecho a recibir información está limitado por «la protección de la reputación o de los derechos ajenos», y por la necesidad de «impedir la divulgación de informaciones confidenciales». En síntesis, el derecho a la privacidad y el derecho al acceso a la información son dos derechos «nuevos», propios de una nueva etapa social, la caracterizada por la relevancia de la información, lo que explica que queden aún en el sistema jurídico del Consejo de Europa muchas sombras por despejar y considerables indeterminaciones normativas, que se manifiestan en un cruce de reenvíos. En todo caso, creemos que el sistema del Consejo de Europa llama a ponderar ambos derechos fundamentales en juego. En el caso del derecho a la vida privada y familiar, se trata de un presupuesto para el ejercicio de los demás derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad; en el de la libertad de información, de una necesidad para la articulación del Estado democrático. En los supuestos de colisión habrá que ponderar ambos derechos, tratando de maximizarlos, y analizando caso por caso la relevancia del sacrificio del bien jurídico protegido.

2. *Derecho comunitario*

El *derecho de acceso a la información* en poder de las Instituciones y Agencias comunitarias, vinculado expresamente con el principio de democracia y transparencia y con la libertad de información, tiene hoy en el Derecho comunitario reconocimiento en los Tratados¹⁵, está consagrado de forma autónoma en la Carta de Derechos Fundamentales, independiente de la libertad de expresión y del derecho general a recibir información¹⁶, y tiene desarrollo legal en el Reglamento (CE) núm. 1049/2001, de

¹⁵ En el actual artículo 255, conforme al cual: «1. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3. 2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, determinará los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. 3. Cada una de las instituciones mencionadas elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos».

¹⁶ Según su artículo 42: «Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica

30 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. En su Exposición de Motivos se afirma que «en principio, todos los documentos de las instituciones deben ser accesibles al público. No obstante, deben ser protegidos determinados intereses públicos y privados a través de excepciones [...] Al evaluar las excepciones, las instituciones *deben tener en cuenta los principios vigentes en la legislación comunitaria relativos a la protección de los datos personales*, en todos los ámbitos de actividad de la Unión». Dispone que el acceso habrá de denegarse en todo caso cuando la divulgación del documento afecte a «*la protección de la intimidad y la integridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales*» y pueda perjudicar al sujeto¹⁷. Por lo demás, toda limitación ha de interpretarse restrictivamente, a la luz del derecho a la información y del principio de proporcionalidad, de modo que no se frustre la aplicación del principio general de libre acceso¹⁸. Esta línea directriz se manifiesta, en primer lugar, en la exigencia de apreciación singularizada y motivación para cada documento, en que se argumente por qué su comunicación puede efectivamente menoscabar uno de los intereses protegidos, sin que baste la mera referencia a las características generales de las categorías de documentos¹⁹ o al sector al que pertenezca²⁰, dando respuesta en su caso a la contraargumentación que haya expuesto el demandante de acceso en la solicitud confirmatoria que hace las veces de recurso²¹. Y, en segundo lugar, en la obligación de conceder el acceso parcial cuando sea posible limitado a los datos no amparados por las excepciones, siempre que el acceso a la información siga teniendo sentido²². Este principio, inicialmente de elaboración jurisprudencial, se recoge actualmente normativamente, al precisar el Reglamento que estas excepciones sólo se aplicarán a las partes del documento afectadas. Todos estos principios son de plena aplicación a la excepción por motivos de protección de la intimidad y la integridad de la persona²³.

que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión». Por lo tanto, para que estas excepciones sean aplicables, el riesgo de perjuicio debe ser razonablemente previsible y no puramente hipotético. Por todas, STPI de 13 de septiembre de 2000, asunto T-20/99, *Denkavit Nederland BV contra Comisión*.

¹⁷ Como la jurisprudencia se ha encargado de señalar de forma reiterada, la Institución debe examinar, para cada documento, si, vistas las informaciones de las que dispone, la divulgación es efectivamente susceptible de afectar a uno de los intereses protegidos (STPI de 7 de febrero de 2002, asunto T-211/00, *Aldo Kuijter contra Consejo de la Unión Europea*).

¹⁸ Como resume, por todas, la STPI de 7 de febrero de 2002, asunto T-211/00, *Aldo Kuijter contra Consejo de la Unión Europea*, apartado 54.

¹⁹ Así, por ejemplo, en la STPI de 6 de abril de 2000, asunto T-188/98, *Aldo Kuijter contra Consejo*.

²⁰ Por todas, STPI de 6 de febrero de 1998, asunto T-124/96, *Interporc Im- und Export GmbH contra Comisión*.

²¹ STPI de 6 de abril de 2000, asunto T-188/98, *Aldo Kuijter contra Consejo*.

²² Por todas, STPI de 19 de julio de 1999, asunto T-14/98, *Hautala contra Consejo*, apartado 87.

²³ Lo dicho hasta ahora se refiere al derecho de acceso a ejercitar frente a las Institu-

El *derecho a la protección de datos* ha sido objeto, también él, de reconocimiento autónomo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁴. En el plano legal, la normativa comunitaria está integrada, de una parte, por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, que regula los tratamientos de datos efectuados en los Estados miembros; y por el Reglamento (CE) núm. 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, que regula los tratamientos efectuados por dichos sujetos en los ámbitos regidos por el TCE. El régimen que diseñan tiene grandes similitudes. Ambas Exposiciones de Motivos parecen partir del principio de que el acceso a los documentos en poder de las Administraciones comunitarias y nacionales que contengan datos

ciones u órganos comunitarios. Por su parte, el derecho de acceso a la información en poder de las Administraciones nacionales, con la salvedad de la de carácter medioambiental, no se encuentra regulado por el Derecho comunitario, ni tan siquiera, como ocurre con el derecho a la protección de datos, por relación con la construcción de un mercado único de la información. La excepción se da en materia medioambiental, donde el texto de referencia es, hoy, la Directiva 2003/4/CE del Parlamento y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental, que deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo. Ésta, entre las excepciones al acceso previa solicitud, sitúa la confidencialidad de «*los datos y los expedientes personales respecto de una persona física si esta persona no ha consentido en la revelación de esa información al público, cuando dicho carácter confidencial está previsto en el Derecho nacional o comunitario*», añadiendo que ello no permite denegar una solicitud relativa a información sobre emisiones en el medio ambiente, y que los Estados miembros velarán porque se cumplan los requisitos de la Directiva 1995 —art. 4.2.f)—. Al regular la difusión de la información medioambiental establece, asimismo, la posibilidad de aplicar las mismas excepciones. Por tanto, una remisión a la normativa nacional reguladora de la publicidad y la reserva, constituida fundamentalmente por la normativa de acceso y de protección de datos. En ocasiones, la solicitud de acceso tiene como finalidad la reutilización con fines comerciales de información en poder de la Administración difundida por ésta en soporte digital, supuesto regulado en la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre, relativa a la reutilización de la información del sector público. Dicha Directiva dispone que su regulación no afecta a los actuales regímenes de acceso de los Derechos nacionales, ni es aplicable a aquellos casos en que ciudadanos o empresas deban demostrar, en virtud del régimen de acceso, un interés particular para poder acceder a los documentos, ni a la normativa sobre protección de datos; y contempla entre los documentos excluidos aquellos que estén cubiertos por alguna excepción relativa a la protección de la intimidad de las personas.

²⁴ Conforme a su artículo 8: «1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente». Como aclara la nota explicativa al texto de la Carta, dicho artículo se basa en el artículo 286 TCE («1. A partir del 1 de enero de 1999, los actos comunitarios relativos a la protección de las personas respecto del tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos serán de aplicación a las instituciones y organismos establecidos por el presente Tratado o sobre la base del mismo. 2. Con anterioridad a la fecha indicada en el apartado 1, el Consejo establecerá, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, un organismo de vigilancia independiente, responsable de controlar la aplicación de dichos actos comunitarios a las instituciones y organismos de la Comunidad y adoptará, en su caso, cualesquiera otras disposiciones pertinentes») y en la Directiva 95/46/CE, así como en el artículo 8 del CEDH y en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981.

personales se rige por la normativa sobre acceso²⁵. No obstante, en ambos casos se echa de menos la clarificación de un tema tan crucial en el articulado, que desapareció del proyecto de Directiva²⁶, ya que, a falta de la misma, la remisión por parte de la normativa sobre protección de datos a la legislación sobre acceso hay que extraerla de referencias más generales que permiten el tratamiento incontestado cuando sea necesario para el ejercicio de misiones públicas o el cumplimiento de obligaciones jurídicas, y plantea la duda de si no debe entenderse, por el contrario, que la materia ya se halla regulada en los artículos dedicados a la transmisión de datos, que prevén la necesidad de ponderación entre derechos e intereses enfrentados —uno de los cuales podría ser, precisamente, el derecho de acceso—. En todo caso, el resultado es el mismo: una nueva llamada a la ponderación de derechos e intereses públicos y privados.

Un tema capital es que el concepto de dato personal es interpretado hoy de la forma más amplia posible, con un cada vez más manifiesto exceso respecto a su sentido originario, fuente de cruciales consecuencias jurídicas. La normativa comunitaria —y, siguiéndola, las normativas estatales, entre ellas la española— define dato personal como «toda información sobre una persona física identificada o identificable» (*any information relating to an identified or identifiable natural person*). La aún embrionaria jurisprudencia comunitaria sobre protección de datos considera que toda información que incluya el nombre de una persona es un dato personal a los efectos de la aplicación de la protección de datos, y ello incluso cuando el objetivo pretendido por el solicitante de acceso es información sobre un bien o una actividad, y no sobre una persona²⁷, y, con más razón, cuando se trata de información sobre los ingresos salariales de una persona²⁸, que, expresamen-

²⁵ En el caso de la Directiva, la referencia es un tanto tímida, ya que se limita a señalar que «la presente Directiva autoriza que se tenga en cuenta el principio de acceso público a los documentos oficiales a la hora de aplicar los principios expuestos en la presente Directiva». Más clara resulta la dicción del Reglamento, según la cual «el acceso a los documentos, incluidas las condiciones de acceso a los documentos que contengan datos personales, depende de las normas adoptadas sobre la base del artículo 255 del Tratado CE, cuyo ámbito de aplicación abarca los Títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea».

²⁶ Tomamos esta referencia de J. M. SOUVIRÓN MORENILLA, «En torno a la juridificación del poder informativo del Estado y el control de datos por la Administración», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 40, 1994, pág. 167, quien, refiriéndose al entonces proyecto de Directiva, apuntaba que ésta admitía la legitimidad de la comunicación de datos personales obrantes en los depósitos informativos públicos a una persona física o jurídica privada que invoque un interés legítimo en las condiciones que precise la legislación estatal, pero estableciendo dos condiciones: deberá notificarse al interesado la realización de dicha comunicación y los archivos en que se incluyan los datos personales comunicables deben ser inscritos en un registro especial dependiente de la Autoridad de control.

²⁷ Así lo entienden las distintas normas comunitarias y las SSTJCE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-209/97, *Comisión contra Consejo*, o de 14 de septiembre de 2000, asunto C-369/98, *Fischer*, en la medida en que dan por supuesto que los datos sobre cultivos, producción, etc., de una determinada explotación son datos personales en la medida en que aparece el nombre de su titular.

²⁸ STJCE de 20 de mayo de 2003, asuntos acumulados C-465/00, C-138 y 139/01, *Österreichischer Rundfunk*.

te señala, entran dentro del concepto de «vida privada» del artículo 8 CEDH, a la luz del cual ha de interpretarse la Directiva²⁹. Sin embargo, esta aproximación omnicompreensiva está llamada a cambiar, a nuestro juicio, en un futuro muy cercano, y las consecuencias de este cambio en la dogmática de este «nuevo» derecho, que se encuentra aún en construcción, serán cruciales. En efecto, el Defensor del Pueblo europeo, de forma pionera³⁰, y, muy recientemente, el Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29 han puesto de relieve que no toda información que contenga el nombre de una persona es, necesariamente, un dato personal, sino aquella que por su objeto, finalidad o efectos deba reputarse como relativa al ciudadano, de tal forma que pueda influir en su libertad de actuación en sociedad y condicionar la actuaciones de terceros para con él³¹. Una concepción

²⁹ El TJCE hace una lectura de la Directiva a la luz del artículo 8 CEDH, entendiendo que: «La recogida de datos nominales sobre los ingresos profesionales de un individuo, para comunicárselos a terceros, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 8 del CEDH», recordando que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró, a este respecto, que los términos «vida privada» no debían interpretarse restrictivamente y que «ninguna razón de principio permite excluir las actividades profesionales [...] del concepto de vida privada» (véase, en particular, TEDH, Sentencias *Amann c. Suiza*, de 16 de febrero de 2000, *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-II, § 65, y *Rotaru c. Rumanía*, de 4 de mayo de 2000, *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-V, § 43).

³⁰ En su Carta de 14 de noviembre de 2001, titulada *Transparencia y protección de datos (Openness and data protection)*, disponible en su sitio web, el Defensor del Pueblo europeo ha expresado su más serio temor a que la normativa sobre protección de datos pueda suponer una amenaza al principio de transparencia de la actividad pública en la interpretación que le han dado las Instituciones, para las cuales cualquier documento que contenga el nombre de un individuo entra *per se* en el ámbito de cobertura de las normas sobre protección de datos. En su opinión, para interpretar y aplicar las normas sobre protección de datos correctamente es necesario partir de que su *ratio* es la de proteger la vida privada y familiar (como demuestran la jurisprudencia dictada en torno al artículo 8 CEDH —en que se inspira expresamente el derecho a la protección de datos consagrado por la Carta— y los preámbulos del Convenio 108 y de las Directivas comunitarias) y no restringir la información disponible a los ciudadanos sobre las actividades públicas. Ello no excluye la posibilidad de que haya datos que afecten a la vida pública de un individuo que puedan ser confidenciales por otros motivos, como los que acoge la normativa de acceso. De este modo, en otros documentos posteriores a esta primera llamada de atención llama a una reconducción del concepto de dato personal por su vinculación con la protección del derecho a la vida privada, reclamando a estos efectos una modificación normativa que lo exprese de manera diáfana. Insiste en ello en su Carta de 30 de septiembre de 2002 dirigida al Presidente de la Comisión.

³¹ Tiene una excepcional importancia la Opinión 4/2007, sobre el concepto de dato personal, adoptada el 20 de junio de 2007. La opinión parte del reconocimiento de la necesidad de llevar a cabo un análisis profundo de la cuestión, sobre la que existe incertidumbre y diversidad en la práctica en los Estados miembros que pueden afectar al buen funcionamiento del marco actual de la protección de datos en diferentes contextos. Constató que el legislador comunitario pretendió adoptar una noción amplia de dato personal, pero no ilimitada. La noción ha de interpretarse teniendo siempre presente que el objetivo de la normativa sobre protección de datos es proteger los derechos fundamentales y las libertades individuales, en particular el derecho a la intimidad, respecto al tratamiento de datos personales. Dicha normativa se diseñó, en consecuencia, para ser aplicada a situaciones en las que los derechos de los individuos podían estar en riesgo y por ello necesitados de protección. El alcance de las normas sobre protección de datos, por tanto, no debe ser extendido más allá de lo razonable, si bien a la vez ha de evitarse una restricción indebida del concepto de dato personal. La Directiva de 1995 ha definido su alcance, excluyendo

tal, que nos parece acertada y por la que hemos apostado en diversos trabajos³², tiene enormes repercusiones sobre el tema que abordamos a continuación, dado que múltiples informaciones en poder de la Administración y que no dicen relación con un sujeto, sino con un objeto, respecto de las que se puede pretender el conocimiento como forma de control de la actividad

una serie de actividades, y permite flexibilidad en la aplicación de normas a las actividades que están dentro de su ámbito de aplicación. Las autoridades de protección de datos están llamadas a jugar un papel esencial en la consecución de un equilibrio apropiado en esta aplicación. El documento disecciona la expresión «cualquier información relativa a una persona natural identificada o identificable» y aporta claves del máximo interés, regado con multitud de ejemplos prácticos. Considera que la expresión «toda información» supone una llamada a una amplia interpretación del concepto, con independencia de la naturaleza o contenido de la información, y del formato técnico en que se presente, lo que significa que tanto las informaciones objetivas como las subjetivas acerca de una persona en cualquiera de sus facetas (sanitaria, laboral, etc.) deben ser consideradas como «dato personal». Analiza el significado del requisito «identificada o identificable» y, en particular, qué debe considerarse como medios que puedan ser usados razonablemente por el responsable o por un tercero para identificar a una persona. Aborda la limitación de la aplicación de la Directiva a las personas naturales, identificadas como individuos vivos, y estudia los casos de los datos de personas fallecidas, *non natos* o personas jurídicas. En lo que a nuestros efectos más interesa, y por eso lo hemos dejado para el final, resulta clave la interpretación que debe darse a «sobre» (*relating to*). A juicio del Grupo de Trabajo, hasta el momento este punto ha sido a menudo descuidado, pero juega un rol crucial en la determinación del alcance sustantivo del concepto, especialmente en relación con objetos y nuevas tecnologías. En términos generales, la información es «relativa a» un individuo cuando es «sobre» ese individuo. A veces, la relación es fácil de establecer (información laboral, sanitaria). En otros casos no es tan claro, dado que se refiere en primera instancia a objetos, no a individuos, objetos que, eso sí, pertenecen a alguien, o están sujetos a particular influencia de uno o varios sujetos o mantienen algún tipo de vecindad física o geográfica con individuos o con otros objetos, es decir, que sólo indirectamente puede considerarse que la información se refiere a esos individuos o a esos objetos (se pone como ejemplo la valoración de un inmueble). Lo mismo puede decirse cuando los datos se refieren a procesos o eventos en primer lugar (por ejemplo, el historial de mantenimiento de un vehículo). En estos casos se proponen los criterios alternativos y en cascada del *contenido*, la *finalidad* y el *resultado*. El «*contenido*» se relaciona con el sentido más común de la expresión «relativa a», es decir, cuando, a la vista de las circunstancias del caso, se trata de información *sobre* una persona (p. ej., información sanitaria; clientes de una empresa; información incorporada a una tarjeta de identidad; etc.). La «*finalidad*» se da cuando, a la vista de las circunstancias del caso, los datos se usan o tienen probabilidad de serlo con el propósito de evaluar, tratar de una cierta forma o influenciar el estatus o el comportamiento de un individuo (p. ej., en muchos casos, el registro de llamadas desde un terminal). El «*resultado*» se verifica cuando, a la vista de las circunstancias del caso, el uso de los datos puede producir un impacto, de la entidad que sea, sobre ciertos derechos o intereses de la persona, que puede ser tratada de forma diferente del resto de las personas a resultas del tratamiento de tales datos (p. ej., la monitorización de la posición de los taxis para optimizar el servicio que tenga un impacto sobre los conductores). Como puede notarse, estos criterios se combinan con dos principios claves de la dogmática iusfundamental, íntimamente relacionados: la idea de flexibilidad y la de ponderación, que suponen el necesario análisis caso por caso y a la vista de las circunstancias de cada tratamiento. El documento reseñado tiene como confesado objetivo invitar a todas las partes interesadas a estudiar con detenimiento las guías que ofrece y tomarlas en cuenta a la hora de interpretar y aplicar la normativa estatal en línea con la Directiva 95/46/CE, y llama a los miembros del Grupo de Trabajo, en su mayoría representantes de autoridades nacionales de control en materia de protección de datos, a desarrollar las directrices expuestas en su ámbito de actuación y a asegurar una correcta aplicación de su Derecho nacional en línea con la Directiva. Además, anuncia su intención de aplicar y desarrollar estas directrices. La

pública, y no como medio de recopilar información sobre el sujeto, quedarían en principio, y a salvo del necesario enjuiciamiento de cada caso concreto, fuera del ámbito de protección del derecho a la protección de datos (p. ej., una licencia de obras).

Hecha la anterior reflexión, veamos ahora cómo se han manifestado distintas Instituciones (en sentido amplio) comunitarias acerca de las relaciones entre publicidad y reserva.

— La jurisprudencia comunitaria, cuando el documento al que se pretende acceder contiene el nombre de una persona, aplica como normativa de referencia la de protección de datos, y no la de acceso, y con ello la regla del interés legítimo, ponderando el del titular y el del reclamante de acceso, teniendo en cuenta el interés concreto de la publicidad de dicha información para el control democrático del poder y la naturaleza de la información (su mayor o menor proximidad al núcleo de lo íntimo)³³.

práctica de la jurisprudencia y de las Agencias de protección de datos españolas deberán tomar nota, ya que siguen ancladas en este concepto poco matizado y omnicompreensivo de dato personal.

³² Por todos, en E. GUICHOT, *Datos personales y Administración pública*, Civitas, Madrid, 2005.

³³ Así, en la Sentencia *Fischer* se trataba de dilucidar si, en el marco del sistema integrado de gestión y control relativo a determinados regímenes de ayudas comunitarias, el nuevo titular de unas explotaciones tiene derecho a que las autoridades nacionales le den información sobre los cultivos a que se habían destinado anteriormente sus explotaciones agrícolas. Dicha información se le denegó, invocando la normativa nacional sobre protección de datos. El TJCE estimó que la normativa comunitaria prevé la consulta de base de datos, sin limitarla a autoridades nacionales y comunitarias, y que un solicitante de ayudas tiene un interés esencial y legítimo en poder disponer de la información necesaria para presentar una solicitud de pagos compensatorios correcta y evitar ser objeto de sanciones. De este modo, no cabe condicionar la comunicación de estos datos al consentimiento del tercero. Su Abogado General Alber, en las conclusiones a esta Sentencia, ha precisado aún más, pudiendo sintetizarse su planteamiento del siguiente modo: a) No basta la mera invocación de la protección de datos para excluir todo acceso incontestado, ya que el derecho de acceso se basa en el principio de transparencia, que sólo puede limitarse cuando existan motivos especiales que lo justifiquen. b) El que pretende acceder a la información que contenga datos personales debe perseguir una finalidad legítima relacionada con el propio objetivo de la creación del sistema de información. c) Es preciso que los datos no sean accesibles por otro medio distinto. d) Es necesaria una cuidadosa ponderación de intereses, a la vista de las repercusiones que, en cada caso, puede tener para el demandante de acceso y para el titular de datos personales la decisión que se adopte, debiendo en todo caso prevalecer el derecho de acceso cuando la difusión no perjudique los intereses del sujeto de la información. Entiende que en este caso debe concederse el acceso. Por su parte, en la Sentencia *Österreichischer Rundfunk* se planteaba si ante una normativa sobre publicación de los salarios más elevados pagados por la Administración nacional había de prevalecer el principio de transparencia y control democrático (que, como sabemos, está en la base del derecho de acceso a la información pública) o el principio de consentimiento como integrante del derecho a la protección de datos. Resulta significativo que, junto al Gobierno austriaco, como parte implicada, se personaran para defender la prevalencia del primero, además del italiano, Gobiernos de países con una profunda tradición de transparencia y control democrático como los de Dinamarca, Suecia y Finlandia, que defendían que la protección de los datos debe ceder ante el principio de transparencia, que ocupa un lugar esencial en el ordenamiento jurídico comunitario, prueba de lo cual sería la mención de la Exposición de Motivos a la que antes hicimos alusión, así como las excepciones al principio de consentimiento

— El Defensor del Pueblo, en línea con su postura crítica a la excesiva amplitud con que se viene interpretando el concepto de dato personal, considera que, en relación con la dialéctica transparencia-privacidad, frente a la idea de que es necesaria siempre una ponderación, estima que la excepción al acceso por respeto a la privacidad tiene como sentido que las Administraciones pueden, en el ejercicio de sus funciones, recopilar información sobre la vida privada o familiar de los individuos (por ejemplo, datos de salud de sus agentes; o datos de la vida privada de los ciudadanos por los servicios de policía o inmigración). Sin embargo, no implica que deba entenderse existente un principio general de confidencialidad en la Administración pública, que requiera una ponderación cada vez que un documento contiene un nombre. Una interpretación excesiva como ésta dañaría no sólo al derecho al acceso público a los documentos, sino también a la finalidad genuina de la protección de datos³⁴. En efecto, el Defensor del Pueblo ha detectado una peligrosa tendencia consistente en denegar cualquier información que contenga un nombre como dato personal, aunque se refiera a actividades netamente públicas como la identificación del nombre de los asistentes de los parlamentarios, el listado de aprobados en los exámenes para entrar a formar parte de la función pública comunitaria, la identificación de los representantes de asociaciones empresariales que participan en un procedimiento administrativo, o la identificación de funcionarios que realizan actividades privadas, que figuran por tal motivo en el registro creado al efecto³⁵. Todos estos ejemplos sobre el mal uso de la protección de da-

autorizadas por la Directiva cuando los tratamientos son necesarios para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento; y los necesarios para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento a quien se comuniquen los datos. Asimismo, al amparo del artículo 13 de la Directiva 95/46, los Estados miembros pueden establecer excepciones para salvaguardar varios objetivos de interés general, y en particular «un interés económico y financiero importante de un Estado miembro». Es decir, la protección de datos no es absoluta, como no lo es tampoco el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH. Por ello, habría que ponderar, y para ello hay que atender a la naturaleza de los datos, si se trata de datos sensibles o que afectan a la intimidad o, por el contrario, de datos personales que afectan en menor medida a la identidad de la persona. Por el contrario, datos como éstos, de carácter económico, relativos a personas que actúan en el ejercicio de funciones públicas, y que son *de facto* públicos en la mayoría de los Estados, de tablas de salarios o de horquillas de retribuciones establecidas por ley, reglamento o convenios colectivos. Aun así, habría que plantearse si el objetivo puede cumplirse mediante la publicación anónima de los datos. En el caso de autos, los términos de comparación serían el interés de la República de Austria en garantizar la utilización óptima de los fondos públicos y, en particular, el mantenimiento de los salarios dentro de unos límites razonables con la gravedad de la lesión al derecho de las personas afectadas al respeto de su intimidad. La ponderación queda remitida al juez nacional, pero el Tribunal comunitario apunta a la anonimización de los datos personales e, incluso, a la publicación de las retribuciones generales de los diferentes puestos como medidas más proporcionadas.

³⁴ En su Carta de 14 de noviembre de 2001, titulada *Transparencia y protección de datos (Openness and data protection)*, disponible en su sitio web.

³⁵ En Carta de 30 de septiembre de 2002 dirigida al Presidente de la Comisión, el Defensor del Pueblo entiende que el objetivo de la protección de datos es el derecho a la privacidad del artículo 8 CEDH, e informa que ha solicitado a la Comisión que se clarifiquen las normas comunitarias sobre protección de datos para asegurar que las mismas no limitan el

tos parecen basarse, a su juicio, sobre la idea de la existencia de un derecho fundamental a la participación anónima en actividades públicas. Esta postura ha obtenido el refrendo del Parlamento³⁶.

— Para supervisar la aplicación de la Directiva de 1995 y del Reglamento de 2001 sobre protección de datos se crearon, respectivamente, dos órganos de control, a saber, el Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, creado por el artículo 29 de la Directiva de 1995; y el Supervisor Europeo de Protección de Datos, regulado en los artículos 41 a 48 del Reglamento (CE) núm. 45/2001. El *Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales*, que está integrado por las máximas autoridades nacionales en materia de protección de datos, la comunitaria y un representante de la Comisión, es el más cualificado intérprete de la normativa comunitaria sobre la misma, y ha dedicado varios Dictámenes a este asunto: uno, en general, sobre información del sector público y protección de datos³⁷; otro, más en parti-

principio de transparencia y el derecho de acceso público a documentos, exponiendo su preocupación «por una interpretación perversa de las reglas comunitarias sobre la protección de datos que ha derivado en la asunción de un presunto genérico derecho a la participación anónima en actividades públicas». «Esta mala interpretación amenaza socavar el principio de transparencia y de acceso público a documentos». Propone un cambio en la redacción del considerando 72, que diga: «Whereas this Directiva [allows] *is not intended to limit the principle of openness and the right of access to official documents* [to be taken into account when implementing the principles set out in this Directive] under national constitutions or laws» (las palabras entre corchetes corresponden a la redacción actual y las palabras en cursiva son los añadidos propuestos). Y en el Reglamento de 2001, que regula el tratamiento de datos por las Instituciones, añadir: «*This Regulation is not intended to limit the concept of openness enshrined in the second subparagraph of Article 1 of the Treaty on European Union. Nor is it intended to limit the right of access to documents, which is governed by Regulation 1049/2001/EC.*».

³⁶ Significativamente, eso sí, en un caso en que la vulneración del derecho de acceso por una interpretación expansiva del derecho a la protección de datos se imputaba a la Comisión, el de la solicitud de identificación de los representantes de una asociación empresarial en una reunión con la Comisión; no cuando era él mismo el afectado, en el asunto de la negativa a facilitar los nombres de los seleccionados para formar parte de su personal. Como respuesta al Informe especial del Defensor del Pueblo a que dio origen la Reclamación 713/98/IJH, el Parlamento se pronunció sobre este informe del Defensor del Pueblo en sesión de 11 de diciembre de 2001 e hizo suya esta aproximación, aprobando la conclusión del Defensor del Pueblo y considerando que la Comisión había interpretado erróneamente la Directiva, y añadiendo: «a menudo se producen conflictos entre la demanda de transparencia y la protección de la integridad personal; destaca que el principal objetivo de la protección de los datos es proteger la vida privada y la información confidencial; por consiguiente, no debería hacerse referencia a la protección de datos cuando, por ejemplo, las personas están actuando en calidad pública, cuando participan en un proceso de toma de decisiones público por propia iniciativa o cuando intentan influir en dicha toma de decisiones» (punto 3).

³⁷ En su *Dictamen 3/1999*, de 3 de mayo, relativo a la información del sector público y protección de los datos personales, se afirma que cuando un dato personal se hace accesible al público por decisión del legislador (así, los contenidos en registros públicos, en boletines oficiales, en decisiones judiciales o bien los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso), ello no implica que el mismo haya de convertirse en *res nullius*; esto es, el carácter público de un dato de carácter personal no priva *ipso facto* y para siempre a dicha persona de protección. Es por ello necesario valorar caso por caso si un dato personal puede publicarse o hacerse accesible y, en ese caso, en qué condiciones y en qué soporte (digitalización

cular, sobre derecho de acceso y protección de datos, en el que se viene a concluir que no puede hablarse de la prevalencia de uno o de otro, sino que ha de estarse a un análisis ponderado caso por caso, sin posibles automatismos³⁸; y otro sobre comercialización de información del sector público y protección de datos, que analiza las particularidades que plantea la comer-

o no, difusión en Internet o no); han de respetarse los principios de finalidad y legitimidad; informarse a la persona en cuestión; garantizar su derecho de oposición y utilizar las nuevas tecnologías para contribuir al respeto del derecho a la intimidad.

³⁸ En su *Dictamen 5/2001*, de 17 de mayo, estima que el derecho de acceso y el derecho a la protección de datos son de la misma naturaleza, importancia y grado, y deben aplicarse conjuntamente, buscando un equilibrio. La comunicación a terceros de datos personales es un tratamiento protegido por la Directiva sobre protección de datos y, en los casos en que ésta no se aplique, por el artículo 8 CEDH. Por tanto, tiene que respetar la normativa sobre protección de datos. Conforme al artículo 6 de la Directiva: *a)* los datos han de ser tratados de manera leal y lícita, lo primero teniendo en cuenta cada situación y lo segundo, por ejemplo, analizando si hay un deber de confidencialidad que derive de la naturaleza de los datos o de las circunstancias de la recogida; *b)* han de ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines. La concurrencia de dichos requisitos ha de analizarse caso por caso, teniendo en cuenta el carácter obligatorio o voluntario de la recogida (el primero permitirá otorgar un mayor peso a la reserva que el segundo), el tipo de datos personales tratados, la situación del interesado y las posibles consecuencias para el mismo de la divulgación de los datos, sin que se pueda decir de forma absoluta y automática que la difusión es compatible con los fines siempre por el hecho de que sea una Administración pública sometida al principio de transparencia. Conforme al artículo 7, el tratamiento, si es incontestado, debe estar legitimado por alguna de las siguientes circunstancias: *a)* Que sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado (p. ej., comunicación de datos de personal al servicio de la Administración a un banco para la gestión de nominas), excepción que no parece jugar en el derecho de acceso. *b)* Que sea necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento (así, en el caso de los registros públicos). Hay que tener en cuenta que la legislación comparada sobre acceso permite tener en cuenta la protección de la vida privada cuando puede perjudicar en un caso particular, o somete las posibilidades de acceso a interés legítimo en otros, o distingue tipos de datos o categorías de interesados (p. ej., permite acceder a datos de funcionarios y de sus actividades con más facilidad que a los de ciudadanos ordinarios). En definitiva, el cumplimiento de una obligación legal no puede servir de motivo válido para legitimar la difusión automática y sin restricciones de datos, sino que es necesario encontrar un equilibrio, con análisis de las circunstancias de cada caso. *c)* Que sea necesario para proteger el interés vital del interesado (p. ej., difusión de datos en casos de desapariciones, o comunicación de datos de salud para asistencia médica), que no parece comprender el derecho de acceso. *d)* Que sea necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos. El supuesto, como reconoce el propio Grupo de Trabajo, es difícil de distinguir del que responde al cumplimiento de una obligación jurídica, aunque ciertamente a veces puede precisarse instrumentalmente una comunicación sin que exista una obligación legal en este sentido. *e)* Que sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezcan el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado. Se trata de una cláusula general. El Grupo de Trabajo considera que entre los intereses legítimos se encuentra el derecho del público a acceder a los documentos administrativos (obsérvese como tal, no como instrumento de garantía de otros derechos). La normativa sobre protección de datos no establece, pues, prioridades, por lo que el balance habrá de llevarse a cabo caso por caso, tras un análisis exhaustivo de cada situación, teniendo en cuenta que existe una regulación específica sobre comunicación de datos sensibles. Sobre ellos, el Grupo de Trabajo, sin embargo, no profundiza en el análisis.

cialización de información a la luz de los principios sentados en los dos anteriores³⁹. Por su parte, el *Supervisor Europeo de Protección de Datos* elaboró en julio de 2005 un documento fundamental a nuestros efectos, titulado *Public access to documents and data protection*⁴⁰, en que se aborda monográficamente esta cuestión. Se trata del texto más completo y

³⁹ En el *Dictamen 3/1999*, el Grupo de protección considera que han de respetarse todos los principios establecidos en la normativa sobre protección de datos y, muy en especial, hay que considerar si la finalidad para la que se comercializan los datos es o no compatible con la finalidad para la que los datos fueron puestos a disposición de la Administración, informando previamente a los ciudadanos de esta posibilidad, dándoles derecho a oponerse a dicho uso o recabando su consentimiento, en su caso. Los argumentos han sido desarrollados en su *Dictamen 7/2003*. Se parte de la necesidad de compatibilizar los tres grupos normativos. Pese a que en principio el objeto de la información susceptible de comercialización no es información personal (sino geográfica, meteorológica, de empresas, etc.), ante la interpretación amplia del concepto de datos personales, es posible que aquella pueda incluir datos que se consideren personales, por lo que es necesario sentar algunos principios, el primero de los cuales es que no deben utilizarse datos personales cuando la finalidad comercial pueda alcanzarse con datos anónimos. En todo caso, habrán de respetarse los principios generales (de finalidad, adecuación y calidad) que integran el derecho a la protección de datos definidos en los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva sobre protección de datos. Sus peculiaridades cuando la solicitud tiene como finalidad la comercialización son las siguientes, aplicadas a los requisitos del artículo 7. Sobre el consentimiento, convendría solicitarlo para la reutilización desde la primera recogida de datos (en caso de que se prevean solicitudes en este sentido). La Directiva no genera la obligación de los poderes públicos nacionales de facilitar datos personales para su reutilización, decisión que la misma deja a los legisladores nacionales. No obstante, la cláusula del interés legítimo llama a un equilibrio entre el derecho a la intimidad y el interés del responsable o de los interesados en la reutilización. Cuando se trate de datos sensibles, sólo será posible con el consentimiento explícito o cuando se hayan hecho manifiestamente públicos. Un aspecto fundamental específico es si ha de considerarse que la finalidad de comercialización se adecua al principio de finalidad. El Grupo de Trabajo considera que la Directiva no prohíbe la reutilización con fines diferentes, sino con fines incompatibles, lo que en todo caso excluye una utilización que pueda perjudicar al sujeto. En todo caso, hay que tener en cuenta que el que recibe la información (previa solicitud o porque ya se haya hecho pública) actuará como responsable del tratamiento en el sentido de la normativa sobre protección de datos y deberá, asimismo, evaluar la compatibilidad del uso que pretende con el fin para el que se facilitaron los datos. Pese a que, con carácter general, la Directiva de 2003 no exige que el solicitante declare los fines para los que solicita la información (como tampoco lo hace, nótese, la normativa comunitaria sobre acceso a la información pública, ni la mayoría de las regulaciones nacionales), sí es preciso conforme a la Directiva sobre protección de datos, a fin de que la autoridad pueda determinar si la reutilización es compatible con el fin original y, de manera más general, si es lícita. Con carácter general, han de tenerse en cuenta criterios como el carácter obligatorio o no de la aportación de datos personales a la autoridad (en el primer caso, con efectos excluyentes); la finalidad del destinatario (así, el ejercicio de la libertad de prensa, por ejemplo, puede jugar a favor de la compatibilidad, a diferencia de la comercialización); la naturaleza de los datos (los sensibles pueden excluirse de raíz de los fines de comercialización); o, en el caso de los registros, cuál sea su finalidad específica (con medidas técnicas que impidan otros usos). Asimismo, deben tenerse en cuenta las consecuencias para el interesado de la difusión o de la reutilización, o garantías como la información al interesado o su posibilidad de exclusión voluntaria. En todo caso, en principio y si se aplica el criterio de las expectativas razonables, utilizado por diversos Derechos nacionales, los ciudadanos que comunican sus datos a la Administración normalmente no esperan que se comuniquen, menos aún para fines comerciales. En definitiva, si una clave se desprende de este complejo sistema es la necesidad de ponderación individualizada y exhaustiva, y de arbitrar soluciones no sólo jurídicas, sino también técnicas, que impidan un acceso que menoscabe desproporcionadamente el derecho a la protección de datos. En palabras del Grupo de Trabajo,

extenso sobre el particular emanado de una autoridad pública del que tenemos conocimiento, en el que se aportan claves para resolver el potencial conflicto entre el derecho de acceso y el derecho a la protección de datos, partiendo del principio de que ambos son derechos fundamentales que han de tratar de maximizarse. Considera que ante una solicitud de acceso a documentos que contengan datos personales, la normativa a aplicar es la que regula el derecho de acceso (salvo que sea el propio afectado), máxime en la medida en que contempla expresamente excepciones relacionadas con la intimidad e incluso, en el caso del Reglamento 1049/2001, hace una referencia expresa a su aplicación, de conformidad con la normativa sobre protección de datos, en su artículo 4.1.b). Lo primero que habrá que analizar es si el documento contiene datos personales y, además, si están en juego la privacidad y la integridad (concepto éste que, en el contexto de la normativa sobre acceso público, se considera que no aporta nada al de intimidad, salvo en los casos en que la revelación puede poner en peligro la integridad física del sujeto). Y ello por cuanto el hecho de que un documento contenga datos personales no implica la aplicación automática de la excepción basada en la protección de la intimidad, pues no todo dato personal puede considerarse íntimo. Por el contrario, la noción de intimidad (a la que se reconoce de difícil delimitación) hace referencia, en la jurisprudencia del CEDH y en la comunitaria, que en ella se inspira, a la vida privada y familiar y al domicilio, a la integridad física y moral, al honor y la reputación, a la garantía frente a la imputación de hechos inciertos, a la prohibición de revelación de hechos irrelevantes o comprometedores, a la publicación no autorizada de fotos privadas, a la protección contra el mal uso de las comunicaciones privadas, a la protección frente a la revelación de información dada o recibida por un sujeto confidencialmente. Ello no quiere decir que la noción de intimidad excluya *per se* las actividades de carácter profesional o comercial. No obstante, y en lo que hace a las actividades de los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones (que son, con diferencia, las que han planteado más polémica a nivel comunitario, como vimos en algunos de sus ejemplos), éstos deben ser conscientes de que sus datos personales pueden ser de interés público por razones legítimas vinculadas al valor de la transparencia, y que mientras más relevante sea la función del agente, más poderoso puede ser el interés legítimo del público a ser informado sobre sus actividades. Una vez determinado, en su caso, que la información a la que se pretende acceder dice relación con la intimidad, hay que preguntarse si la revelación de la misma es susceptible de afectar sustancialmente al sujeto al que se refiere, como exige expresamente el Reglamento 1049/2001. Para de-

«la evaluación deberá llevarse a cabo caso por caso, el resultado de lo cual no será normalmente un simple “sí” o “no”, sino más bien una diferenciación en el sentido de que puede prohibirse el acceso a determinados datos, pueden prohibirse determinados usos, se puede permitir el acceso a un grupo reducido de personas, se pueden imponer condiciones para el acceso (por ejemplo, la necesidad de justificar una petición) o permitir únicamente el acceso no informatizado (por ejemplo, un ejemplar de un documento en papel)».

⁴⁰ Publicaciones de la Comisión, *Background Paper Series*, julio 2005, núm. 1.

terminar la «medida» de la afectación, un criterio orientador es que dicha condición es más susceptible de darse cuando el acceso revela datos sensibles, en el sentido de la legislación sobre protección de datos. No obstante lo cual, es tan sólo una directriz, puesto que la revelación, incluso de datos personales «inocentes», como la dirección o el nombre del sujeto, puede, en ciertos casos, afectarle seriamente. Al efecto, considera que en casos particulares está justificado contactar, antes de conceder o no el acceso, con el sujeto afectado para recabar su opinión sobre los efectos que tendría la revelación, y tomarla en consideración (sin que, no obstante, sea sustitutiva o vinculante respecto de la decisión a adoptar por la Institución). Establecido que se trata de datos relacionados con la intimidad de la persona cuya revelación puede afectar sustancialmente a la misma, hay que comprobar si la revelación está permitida conforme a la legislación sobre protección de datos; en este caso, el Reglamento 45/2001. El Supervisor considera que dicho Reglamento permite la transmisión cuando regula la licitud del tratamiento y de la transmisión de datos, al establecer entre las causas que lo legitiman la necesidad para el cumplimiento de una misión de interés público o el ejercicio del poder público, o de una obligación jurídica, entre las que se encontraría precisamente el deber de facilitar el acceso a la información pública derivado del principio de transparencia. Ahora bien, otros preceptos de la normativa sobre protección de datos son también relevantes y llaman a los denominados *proactive approach* y *reactive approach*. Desde un punto de vista proactivo, se trata de intentar atenuar el conflicto potencialmente conflictiva y la información al sujeto, coetánea a la recogida de datos, acerca de en qué casos sus datos podrán hacerse públicos. Esta aproximación se conecta con el principio establecido en la normativa sobre protección de datos conforme al cual no caben posteriores tratamientos (en este caso, consistente en la comunicación de datos) para una finalidad incompatible con aquella que motivó la recogida de los datos, lo que lleva a analizar cuál fue ésta y cómo pudo el sujeto entender razonablemente dicha finalidad. Resulta relevante a este respecto conocer si el sujeto fue informado en el momento de la recogida sobre la posibilidad de revelación posterior, que puede hacerse por referencia a los textos normativos que lo permiten, en cuyo caso lo normal será que se conceda el acceso. Por el contrario, si el sujeto fue informado de que los datos se mantendrían en la confidencialidad, lo normal será la denegación del acceso. Ha de analizarse también, en estrecha relación, si el sujeto ha dado su consentimiento inequívoco para la revelación, teniendo en cuenta si fue obtenido voluntariamente y previa una información adecuada; y evaluando su valor y grado sobre la base del modo en que fue obtenido, de modo que si el sujeto dio su consentimiento inequívoco el acceso debe concederse, sin que juegue la excepción de la intimidad. El enfoque reactivo surge una vez producida una solicitud de acceso, o cuando una Institución se plantea si procede o no publicar información que contiene datos personales, o bien cuando éstos han sido revelados y se produce una queja del sujeto afectado. En los dos primeros casos, ha de anali-

zarse si la revelación puede afectar negativamente al sujeto y si éste puede tener razones de peso relacionadas con su situación particular para oponerse a la revelación, en cuyo caso puede ser necesario consultarle para tener en cuenta su argumentación. El paso final es el *test de proporcionalidad*, que implica un acercamiento necesariamente casuístico, en que hay que analizar qué tipo de daño provocaría (o ha provocado, si se actúa *ex post facto*) en la práctica la revelación, daño que debe ser sustancial para que aquélla pueda considerarse desproporcionada, sin que en ningún caso la revelación pueda tener como resultado que una persona se vea privada o indebidamente restringida en su derecho fundamental a la protección de datos. Si (y sólo si) se considera que se produciría esta situación, hay que plantearse si el acceso parcial (borrando únicamente los elementos del texto que causan un daño sustancial) o la anonimización serían una solución, ya que se trata de una excepción a la regla general de la plenitud del derecho de acceso. Puede ser, por tanto, una solución práctica si el daño a la intimidad del sujeto es sustancial y si el sujeto en cuestión no es la fuente primaria de interés para el público. Si el trabajo administrativo que ocasiona el acceso parcial fuera irrazonable, se debe contactar con el solicitante del documento para encontrar una solución, ampliando en su caso, y tal y como permite la normativa, el breve plazo general de quince días para otorgar el acceso. En el caso de los datos sensibles, en principio el acceso debe denegarse en base a la excepción por razones de intimidad e integridad, salvo que el sujeto haya dado su consentimiento o los haya hecho públicos de forma manifiesta, o bien por motivos de interés público importantes, con las garantías adecuadas y requiriéndose su previsión en los Tratados, en otros actos legislativos adoptados en virtud de los mismos o, si fuera necesario, por decisión del Supervisor Europeo de Protección de Datos⁴¹.

En conclusión, frente a la primera jurisprudencia, que habrá de ser cuanto menos matizada, parece ir imponiéndose un acercamiento a la cuestión a partir de la normativa sobre acceso y, por tanto, en el que la pondera-

⁴¹ Es éste, a nuestro juicio, el aspecto más descuidado del análisis, porque nos parece que el propio artículo 10 del Reglamento 45/2001 ofrece elementos muy válidos para la profundización, en la medida que él mismo establece las excepciones a la prohibición de tratamiento, entre las que figuran el consentimiento del interesado (salvo cuando las normas internas de la institución o del organismo comunitario dispongan que la prohibición no puede quedar sin efecto por el consentimiento del interesado, como podría ser la revelación de información que contuviera datos personales pero estuviera afectada por cualquiera de las excepciones al derecho de acceso); cuando el tratamiento es necesario para cumplir las obligaciones y derechos específicos del responsable del tratamiento en materia de Derecho laboral, en la medida en que esté autorizado por el Tratado de la Unión Europea u otros instrumentos jurídicos adoptados sobre la base del mismo o, si fuera necesario, en la medida en que lo haya aprobado el Supervisor Europeo de Protección de Datos, con la aportación de garantías suficientes; cuando el tratamiento es necesario para salvaguardar los intereses esenciales del interesado *o de otra persona*, cuando el interesado está física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento (así, en especial, datos sanitarios); o cuando el tratamiento se refiere a datos que el interesado ha hecho manifiestamente públicos *o es necesario para el reconocimiento, el ejercicio o la defensa de un derecho en un procedimiento judicial* (excepción ésta que puede resultar clave a nuestros efectos).

ción es necesaria tan sólo cuando el mismo puede menoscabar el derecho a la intimidad o a la integridad, en sentido amplio, no reducido a lo estrictamente personal o familiar, pero que no llega a cubrir, con carácter general, las actividades llevadas a cabo por cuenta o en relación con la Administración pública. Al respecto, y junto a los posicionamientos que se han puesto de relieve, una de las últimas iniciativas sobre transparencia es el Libro Verde de la Comisión, *Iniciativa europea a favor de la transparencia*, publicado el 3 de mayo de 2006, y que afecta a la publicidad de datos personales, ya que plantea la necesidad de regular la publicidad de las relaciones entre las Instituciones y los grupos de presión (*lobbies*), así como el nombre de los beneficiarios de fondos comunitarios.

II. DERECHO COMPARADO

Dentro del Derecho comparado, hemos focalizado nuestra atención sobre los Derechos francés e italiano, por su mayor proximidad y porque son, a nuestro juicio, los más elaborados en el tema que nos ocupa. Además, en el caso francés, la redacción del artículo 37 de la Ley 30/1992 se inspiró principalmente en la regulación del derecho de acceso en aquel ordenamiento.

1. *Derecho francés*

Al igual que ocurriera en España, el legislador francés dirigió su atención al derecho de acceso a la información en poder de la Administración y al derecho a la protección de datos de forma coetánea. Eso sí, bastante antes, entre 1978 y 1979, y con la creación simultánea de sendas Comisiones encargadas de velar por el respeto a ambos derechos, la *Commission d'accès aux documents administratifs* (CADA) y la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL). En su versión inicial, la Ley 78-17, de 6 de enero, relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades, no hacía ninguna referencia expresa a las relaciones entre el derecho a la protección de datos y el derecho de acceso a la información pública. La Ley definía el concepto de «informaciones nominativas» como aquellas que permiten, en la forma que sea, directamente o no, la identificación de las personas físicas a las que se refieren; incluía en el concepto de tratamiento las comunicaciones de dichas informaciones, y establecía el deber de toda persona que llevara a cabo un tratamiento de tomar todas las medidas necesarias para evitar, entre otros, que las informaciones fueran comunicadas a terceros no autorizados. Por su parte, la Ley 78-753, de 17 de julio, por la que se establecen diversas medidas de mejora de las relaciones entre la Administración y el público y diversas disposiciones de orden administrativo, social y fiscal, reguló el derecho de acceso. Limitó su ámbito de aplicación al derecho de acceso a los documentos administrativos de carácter no nominativo y precisó el concepto de

documento administrativo, incluyendo los escritos, las grabaciones sonoras y visuales y *los tratamientos automatizados de informaciones no nominativas*. De este modo, reconoció el derecho de toda persona a conocer las informaciones contenidas en un documento administrativo que pretenda hacerse valer frente a la misma, con reserva de las disposiciones de la Ley 78-17, en relación con las informaciones nominativas que figuran en los ficheros informatizados. Entre las excepciones del derecho de acceso, se sentó que éste había de denegarse cuando pudiera afectar «al secreto de la vida privada, de los expedientes personales y médicos». Se preveía para todos los casos, incluidos éstos, la fijación por *arrêt ministériel* adoptado previo *avis* de la CADA de las categorías de documentos que entran en algunas de las excepciones⁴². Finalmente, la *Ley 79-18, de 3 de enero, de archivos*, permitía el acceso a documentos obrantes en los mismos por razones de interés público, tanto por necesidad de la gestión y la justificación de derechos de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, como por razones de documentación histórica de la investigación, y preveía, respecto a los documentos que contuvieran informaciones personales, los plazos a partir de los cuales se transformarían en accesibles, más o menos amplios en función de la potencialidad lesiva de la publicidad de las mismas⁴³. No se preveía la extensión de las competencias de la CADA para este tipo de solicitudes de acceso.

Pese al esfuerzo realizado por las respectivas Comisiones y por la jurisprudencia, la ausencia de coordinación legislativa provocaba dificultades de coordinación entre las legislaciones de acceso, de archivos y de protección de datos, que fueron puestas de relieve por la doctrina⁴⁴ y por las propias Instituciones concernidas: el CNIL, la CADA y el propio *Conseil d'État*⁴⁵, a resultas de lo cual se formó un grupo de trabajo en el seno del

⁴² La Ley 79-587, de 11 de julio, relativa a la motivación de los actos administrativos y a la mejora de las relaciones entre la Administración y el público —aparte cambios de redacción para desterrar el término «administrado» de la redacción de la Ley y sustituirlo por «persona» o «solicitante»—, introdujo un artículo 6 bis para precisar que la excepción para la protección de la vida privada y de los expedientes personales y médicos no era de aplicación al propio afectado, con la peculiaridad de que en el caso de los datos sanitarios el acceso había de llevarse a cabo con la intermediación de un médico elegido por el solicitante. Sobre el derecho de acceso en Francia, nos remitimos a la bibliografía exhaustiva sobre derecho de acceso citada por F. MODERNE, en «Conception et élaboration de la loi du 17 juillet 1978», en *Actas del Coloquio Transparence et Secret*, organizado por el XXV aniversario de la Ley de 17 de julio de 1978 sobre acceso a los documentos administrativos, y editadas por La Documentation Française, Coloquio que, por su parte, constituye la referencia más importante sobre la dialéctica transparencia *versus* protección de datos en Francia.

⁴³ Artículo 7: ciento cincuenta años, a contar desde el nacimiento, los que contienen datos sanitarios; ciento veinte, desde la misma fecha, los expedientes de personal; cien, para los relativos a asuntos judiciales, minutas notariales o registros de estado civil; cien, desde su elaboración, para los documentos que contienen información individualizada relativa a la vida personal y familiar y, de manera general, a hechos y comportamientos de orden privado, recogidos en el marco de encuestas estadísticas de los servicios públicos; sesenta, para los que contienen informaciones que afectan a la vida privada.

⁴⁴ Como certifica F. MODERNE, «Conception et élaboration de la loi du 17 juillet 1978», en *Actas del Coloquio* citado.

⁴⁵ Importantes estudios pusieron de relieve esta contradicción; entre otros, el Informe público del *Conseil d'État* de 1991 y de 1995; el octavo Informe de actividad de la CADA; el

Conseil d'État, en el que se integraron representantes de la CADA y de la CNIL, con la intención de coordinar las tres Leyes. Sus conclusiones fueron acogidas, *in integrum*, en el proyecto de Ley y en la Ley posterior, núm. 2000-321, de 12 de abril, relativa a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones, que supuso un notable y modélico esfuerzo de aclaración y mejora, a través de una reforma simultánea de las tres Leyes citadas. Veamos en qué sentido:

— Se consagró el principio según el cual las disposiciones de la Ley sobre protección de datos no impiden la comunicación a terceros de informaciones nominativas en las condiciones y con los límites previstos en las Leyes que regulan el acceso a la información pública y el acceso a los archivos, cualquiera que sea el soporte, informático o no, en que consten, de tal forma que no puede ser considerado tercero no autorizado en el sentido de dicho artículo el titular de un derecho de acceso a los documentos administrativos o a los archivos públicos ejercido conforme a las leyes citadas. En coherencia, se suprimió en la Ley sobre acceso la noción de documento nominativo⁴⁶.

décimo sexto Informe de la CNIL; el informe de G. BRAIBANT al Primer Ministro, titulado *Los archivos en Francia*, de 1996, y *Datos personales y sociedad de la información*, de 1998, y, sobre todo, el estudio llevado a cabo por el *Conseil d'État*, entre mayo y julio de 1997, titulado *Para una mejor transparencia de la Administración. Estudio sobre la armonización de los textos y la mejora de los derechos del ciudadano en materia de acceso de los ciudadanos a los datos públicos*, La Documentation Française, 1998, págs. 11 y ss.

⁴⁶ El concepto de «carácter nominativo» era objeto de interpretaciones dispares por la CNIL y por la CADA. Para la primera, desde la perspectiva de la Ley de protección de datos, constituían informaciones nominativas todas aquellas que contuvieran el nombre de una persona, cualquiera que fuera la información asociada al mismo (llevada por la consideración, fuertemente asentada desde las primeras formulaciones doctrinales del derecho a la protección de datos, de que incluso las informaciones aparentemente más inicuas, cruzadas, pueden resultar potencialmente lesivas para los ciudadanos y sus posibilidades de libre desenvolvimiento en la sociedad). Desde la perspectiva de la Ley de acceso, era necesario determinar el encaje entre la propia exclusión *ad initio* de los documentos nominativos del campo de aplicación de la Ley, *ex* artículo 1; y la mención, en su artículo 6, a la protección del secreto de la vida privada, de los expedientes personales y del secreto médico, entre las excepciones al derecho a la información, que parece presuponer que se trata de documentos no excluidos *ex radice* por la exclusión de los nominativos del artículo 1. Tras algunas vacilaciones, pronto se impuso en la doctrina de la CADA un concepto que podemos calificar como «moderado» de «documento nominativo». Esto es, ni siquiera en los casos en que no es posible la «anonimización» de un documento cuyo acceso ha sido solicitado por un ciudadano, porque le haría perder su sentido, había de denegarse necesariamente el acceso, por entender que se trata de un documento nominativo en el sentido del artículo 1 y, con ello, excluido del campo de aplicación de la Ley, ya que no todo documento que contuviera el nombre de una persona era nominativo, a los efectos de excluir el derecho de acceso por terceros, sino tan sólo aquellos que dijera relación con la vida privada de las personas, esto es, sólo los que comportan una apreciación personal o incluyen la descripción del comportamiento de una persona, de tal forma que la exclusiva mención al nombre de una persona en un documento no basta para conferirle carácter nominativo. La consecuencia disfuncional era que dependiendo de algo tan instrumental y mutable como el soporte, informático o no, en que constaran las informaciones, éstas eran comunicables o no, puesto que se consideraba que el acceso a toda información nominativa obrante en un fichero informático se regía por la Ley 78-17, de 6 de enero, caía bajo la competencia de la CNIL y el principio era el de reserva, cualquiera que fuese su contenido (por todas, CE de 19 de mayo

— Para paliar una segunda dificultad de coordinación representada por la no previsión, en la Ley de acceso, de la posibilidad por los propios interesados de acceder a información sobre su vida privada en poder de la Administración, prevista, sin embargo, en la Ley sobre protección de datos, se precisó que los documentos afectados por la excepción basada en el derecho a la intimidad sólo pueden ser comunicados al interesado.

— En tercer lugar, en el caso de informaciones nominativas, se daba una potencial colisión entre dos principios contenidos, respectivamente, en la Ley de protección de datos y en la de archivos: el «derecho al olvido», que obliga a la cancelación de los datos una vez han cumplido con la finalidad para la que fueron recabados; y la finalidad de servicio a la documentación histórica de la investigación a la que sirve el sistema archivístico, por lo que se hacía necesario regular qué ocurre con los ficheros que contienen datos personales y que son destruidos antes de que sean accesibles según la Ley de archivos. Para solventar esta contradicción se modificó la Ley sobre protección de datos, acogiendo una distinción entre la finalidad «administrativa» inicial del tratamiento y la finalidad de investigación histórica, estadística o científica, con la consiguiente necesidad de seleccionar los datos nominativos que presentan un interés para la investigación en las condiciones previstas en el artículo 4.1 de la Ley 79-18, de 3 de enero. Dichas informaciones sólo podrían ser objeto de tratamiento para dichos fines salvo autorización de los interesados o autorización por la CADA en el interés de las

de 1983), mientras que, de hallarse en soporte papel, la solicitud de acceso entraba en el campo de aplicación de la 78-753, de 17 de julio, se encontraba bajo la competencia de la CADA y procedía distinguir si la información comportaba una apreciación sobre una persona (en sentido amplio, incluyendo, p. ej., los datos sanitarios, CE de 30 de marzo de 1990). Habida cuenta la informatización progresiva de la Administración, la lógica se orientaba, pues, a la restricción del acceso. El *Conseil d'État* acabó acogiendo la interpretación de la CADA, y considerando, pues, que en las demandas de acceso por terceros a información en que figuraran datos personales de un sujeto, cualquiera que fuera el soporte en que lo hicieran, era de aplicación la Ley de acceso y que, a estos efectos, sólo pueden ser considerados documentos nominativos, en el sentido de dicho artículo, los documentos que permiten una apreciación o un juicio de valor sobre una persona física designada por su nombre o fácilmente identificable, como se deduce de los propios trabajos preparatorios de dicha Ley (por todas, CE de 3 de julio de 2002). De esta forma, aquellos que dan cuenta del nombre, cargo u otras circunstancias que no se relacionan con la vida privada, sino con una actividad relacionada con el ejercicio de competencias administrativas, no son considerados documentos nominativos a estos efectos. En todos estos casos, eso sí, siempre ha precisado que habrán de omitirse, en su caso, las circunstancias que afecten a la vida privada, como la fecha de nacimiento o el domicilio. Ha denegado, por contra, el acceso a datos personales relativos a la salud, a circunstancias familiares o relacionales o a sanciones disciplinarias. Así, se ha denegado el acceso a un listado de las personas afectadas por una intoxicación y de su estado de salud (si bien se concede el acceso a los informes o atestados, omitiendo en su caso los nombres de los implicados, CE de 31 de enero de 1996); a la baremación de cada uno de los candidatos en un concurso de méritos, alegando en este caso que, habida cuenta la naturaleza de éstos, afectaría al secreto de los expedientes personales (CE de 21 de diciembre de 1994); al dictamen de una Comisión que resuelve un procedimiento de mutación de plaza entre dos funcionarios, teniendo en cuenta que se concede a la vista del conjunto de situaciones individuales de los agentes en cuestión, porque afectaría al secreto de los expedientes personales; al expediente disciplinario incoado a un colegiado por parte de otro (CE de 18 de febrero de 1994).

personas afectadas, autorización que, tratándose de datos sensibles, debía fundarse en motivos de interés público y en el interés de las personas afectadas mediante Decreto en *Conseil d'État* a propuesta o *avis* conforme de la CADA. De esta forma, se distinguían tres fases en el ciclo de vida de una información nominativa: la fase de tratamiento administrativo de la información; a la expiración del plazo necesario para la realización de los fines para los que esta información fue recogida o tratada, una fase durante la cual se prohíbe todo tratamiento de información, salvo en el interés de las personas concernidas, lo que no impide su conservación para un tratamiento ulterior con fines de investigación; a la expiración de los plazos fijados por la Ley sobre los archivos, una fase de tratamiento para fines de investigación histórica, estadística o científica.

— Finalmente, tampoco se hallaba bien coordinada la relación entre la Ley sobre acceso y la Ley de archivos, y la interpretación de los criterios para conceder el acceso a datos nominativos en aplicación de una y otra, fundamentalmente por no extenderse la competencia de la CADA a la aplicación de la segunda, lo que sí se previó en la reforma.

Estas reformas legales no hicieron sino plasmar los principios que habían ido elaborando las respectivas Comisiones, y en especial la CNIL, así como el Consejo de Estado, que, además, establecieron otras reglas interpretativas adicionales de gran interés. Por una parte, en cuanto a la previsión, en el artículo 6 bis, de que la excepción relativa a la protección del secreto de la vida privada, de los expedientes personales y del secreto médico no es aplicable al propio interesado, la CADA y el *Conseil d'État* precisaron que sí puede denegarse el acceso cuando la comunicación pueda comportar revelación de datos de terceros potencialmente perjudiciales para éstos, muy en especial para su seguridad personal. Es el caso, especialmente, de la comunicación de informes valorativos en el seno de procedimientos de actuación de los servicios sociales⁴⁷ o policiales⁴⁸, salvo que sea posible eliminar los nombres de los declarantes y ello haga imposible reconstruir su identidad, aplicando la excepción de seguridad pública contenida en el propio artículo 6⁴⁹. Pero también hay otras excepciones que pueden jugar frente al propio interesado, como la necesidad de reserva en las inspecciones laborales o fiscales⁵⁰. En definitiva, incluso en estos casos, es necesario huir de todo automatismo y ponderar cabalmente los intereses en presencia. Por

⁴⁷ Por todas, CE de 12 de julio de 1995.

⁴⁸ Por todas, CE de 16 de marzo de 1998.

⁴⁹ Por la misma línea discursiva, se ha denegado a un profesor el acceso a los informes remitidos por padres de alumnos denunciando su conducta, salvo que la omisión de los nombres haga imposible la identificación del alumno del que son progenitores (CE de 14 de octubre de 1992). Incluso, el secreto de la vida privada de terceros que convivan con el solicitante es un límite al acceso por parte de éstos a información que le concierne, y, de este modo, se ha denegado el acceso por el titular de la línea telefónica a datos sobre los números a los que se ha telefonado desde su línea, ya que desvelaría información sobre la vida privada de las demás personas que la utilizan (CE de 6 de febrero de 1991).

⁵⁰ CE de 12 de octubre de 1990.

lo demás, se hizo necesario perfilar, también, el concepto de interesado a estos efectos, la jurisprudencia administrativa es estricta en la protección de la vida privada de las personas, lo que incluye vedar el acceso también a los progenitores o al cónyuge a los datos (académicos, médicos y de todo tipo que entren en la excepción del artículo 6), salvo que actúen en representación legal del interesado, cuando se trata de mayores de edad⁵¹. Por otra parte, destaca la insistencia en la maximización de las posibilidades de acceso a la información siempre que sea posible omitir las menciones nominativas sin que por ello la información pierda su sentido, lo que requiere un examen *ad casum* a la luz de dicha guía. La jurisprudencia es, como decimos, uniforme y abundante en este punto. Asimismo, y en su caso, ha de analizarse siempre la posibilidad de conceder un acceso parcial⁵².

2. Derecho italiano

Al igual que ha ocurrido en el Derecho francés, en el Derecho italiano las relaciones entre la normativa de acceso y la de protección de datos han sido objeto de sucesivas clarificaciones obra de las Autoridades de control⁵³, seguidas de cambios normativos, a resultas de los cuales las relaciones entre ambos bloques normativos se regulan actualmente, en síntesis, del siguiente modo.

⁵¹ Así, CE de 21 de junio de 1995, en que se deniega a un padre información sobre datos académicos de su hijo. Así, se deniega el acceso a las calificaciones escolares de su hija menor de edad a un padre que no ostenta su representación legal, exclusivamente otorgada a la madre (CE de 31 de julio de 1996), así como a la información sobre las prestaciones sociales percibidas por ella, incluso si conocimiento pudiera tener repercusión en las relaciones económicas entre los ex cónyuges (CE de 31 de julio de 1996), o información sobre su salud (CE de 21 de febrero de 1996). Igual rigor se muestra frente a las demandas de acceso provenientes de hijos o cónyuges de personas fallecidas, que pretenden acceder a datos que no sean estrictamente necesarios para su propia actuación ante la Administración (como sí puede serlo la tramitación de la herencia; así, CE de 29 de julio de 1994, en la que se deniega el acceso al hijo de un notario que pretendía acceder al expediente de su padre fallecido en el que no se le había negado una distinción, siendo así que éste en su día no recurrió la decisión).

⁵² Así, por todas, CE de 27 de marzo de 1995.

⁵³ En 1998, el *Garante per la protezione dei dati personali* aprobó un documento de respuesta a una consulta sobre las relaciones entre ambas Leyes (con fecha 8 de junio de 1998, Boletín de 6 de septiembre de 1998, pág. 10), en el que subrayó que la entrada en vigor de la normativa sobre protección de datos no suponía un régimen de absoluta reserva de los datos, de tal modo que debe verificarse caso a caso la existencia de otros derechos o de intereses legítimos de igual o superior tutela. Entre ellos se encuentra el acceso a los documentos administrativos. Se trata, pues, de compatibilizar el principio de transparencia del procedimiento con el ulterior principio de pertinencia y adecuación de la normativa sobre protección de datos. En estos casos, al ser sujetos públicos los que facilitan los datos, la normativa sobre protección de datos permite prescindir del consentimiento. La comunicación o la difusión de datos por parte de sujetos públicos a sujetos privados o a entes públicos económicos se basa no en el consentimiento, sino en la existencia de una norma con rango de ley o de un reglamento que lo prevea, entre los que se encuentra, notablemente, la Ley reguladora del acceso a los documentos administrativos.

El artículo 19.3 del Código de Protección de Datos Personales, aprobado por Decreto legislativo núm. 196, de 30 de junio de 2003, establece actualmente que la comunicación de un sujeto público a sujetos privados o a entes públicos económicos y la difusión por parte de un sujeto público se admiten únicamente cuando están previstas en una norma con rango de ley o en un reglamento. Además, de forma expresa, el artículo 59 regula el acceso a los documentos administrativos, disponiendo que los presupuestos, las modalidades, los límites para el ejercicio del derecho de acceso a los documentos administrativos que contengan datos personales, y su tutela judicial, permanecen regulados en la Ley de 7 de agosto de 1990 y su normativa de desarrollo, también en lo que se refiere a los datos sensibles y judiciales y a las operaciones de tratamiento derivadas de la ejecución de una solicitud de acceso, salvo en lo relativo a los datos que puedan revelar el estado de la salud y la vida sexual, como dispone el artículo 60, respecto de los cuales se permite el tratamiento si la situación jurídicamente relevante que se pretende tutelar con la demanda de acceso a los documentos administrativos es de rango al menos similar a los derechos del interesado, esto es, consiste en un derecho de la personalidad o en otro derecho o libertad fundamental e inviolable.

Por su parte, la Ley 241/1990, sobre acceso a los documentos administrativos, reconoce este derecho a los que sean titulares de un interés personal y concreto en relación a la tutela de situaciones jurídicamente relevantes. Dicha Ley proclama que el acceso a los documentos administrativos, habida cuenta sus relevantes finalidades de interés público, constituye un principio general de la actividad administrativa para favorecer la participación y asegurar la imparcialidad y la transparencia. Por ello, todos los documentos son accesibles salvo los afectados por una excepción de las previstas en la propia Ley, siempre que tengan forma de documento administrativo —con la excepción en este punto del «derecho de acceso» del propio interesado a sus datos personales regulado en la normativa sobre protección de datos— y durante el tiempo en que la Administración tiene el deber de conservarlos. Entre las exclusiones se encuentran, en los procedimientos selectivos, los documentos que contienen informaciones de carácter psico-actitudinales relativas a terceros. Mediante reglamento, el Gobierno puede prever, además, casos de sustracción al acceso de documentos administrativos que atañen a la vida privada o a la reserva de las personas físicas y jurídicas, grupos, empresas y asociaciones, en particular referidos a los intereses de confidencialidad de las comunicaciones (*epistolare*), sanitarios, profesionales, financieros, industriales y comerciales de los que sean titulares, siempre que tales datos hayan sido suministrados a la Administración por los mismos sujetos a los que se refieren. No obstante, en todo caso, debe garantizarse al reclamante el acceso a los documentos administrativos cuyo conocimiento sea necesario para tutelar o defender los propios intereses jurídicos. La doctrina general elaborada por ambas instituciones pone de relieve que el acceso prevalece cuando está justificado por un interés relevante, y se trata de un acceso directo y limitado a lo estrictamente necesario

para la consecución de la finalidad perseguida. Son casos (como, p. ej., las solicitudes de acceso a los ejercicios de los demás candidatos en procedimientos selectivos que han obtenido una calificación superior al reclamante de información) en que existen lo que la Ley califica de «contrainteresados» (*controinteressati*), definidos como todos los sujetos, identificados o fácilmente indetectables con base en la naturaleza del documento solicitado, cuyo derecho a la privacidad quedaría afectado por el ejercicio del acceso. Estos contrainteresados, de conformidad con el reciente Reglamento sobre acceso aprobado por DPR 184/2006, tienen derecho a ser notificados de las solicitudes de acceso, para que puedan formular en su caso oposición motivada a la demanda de acceso. En el caso de los documentos que contienen datos sensibles y judiciales, el acceso se permite en los límites en los que sea estrictamente necesario y en los términos previstos en el artículo 60 del Decreto legislativo núm. 196, de 30 de junio de 2003, en el caso de que sean datos susceptibles de revelar el estado de la salud o la vida sexual.

La demanda de acceso debe ser motivada por el solicitante, como también debe serlo la eventual denegación por parte de la Administración al amparo de algunas de las excepciones. Como autoridad de tutela existe una *Commissione per l'accesso*, en el caso de la Administración estatal, y puede constituirse un defensor cívico, en el caso de la regional, provincial y municipal. Se prevén, además, mecanismos de coordinación y audiencia entre la *Commissione per l'accesso* y el *Garante per la protezione dei dati personali*, en los casos en que, por aplicación de una u otra Ley, un sujeto pretende acceder a información que contiene datos de un tercero.

III. DERECHO ESPAÑOL

Dedicamos la última parte de este trabajo a analizar la cuestión desde la perspectiva del Derecho español. Si fuera de nuestras fronteras la cuestión se encuentra aún en plena fase de asentamiento, dentro de ellas, y salvo escasas excepciones, nos encontramos aún en suelo virgen. A ello han contribuido múltiples factores: una legislación claramente insuficiente y restrictiva en el tema de acceso a la información pública y casi ininteligible en lo tocante a la protección de datos; la ausencia de una Autoridad independiente en materia de acceso que hubiera podido sentar una doctrina al respecto; una escasez de jurisprudencia en torno al tema, explicable por las trabas en forma de costes temporales y monetarios de acceso a la jurisdicción y por la escasa conciencia ciudadana de la importancia de ambos derechos, etc. Lo cierto es que todos estos factores se han unido y, probablemente, hayan contribuido a un cierto olvido doctrinal —con encomiables excepciones— a la hora de enfrentarse a una cuestión que, en todo caso, no puede continuar obviada por más tiempo.

Como es sabido, el artículo 20 de la Constitución consagra la libertad de información, y el 105 el derecho de acceso a la información en poder de la Administración. El desarrollo legal de este derecho se encuentra en los

artículos 35.n) y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en adelante, LRJAP-PAC)⁵⁴. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha considerado que el artículo 18.4 supone el reconocimiento en nuestra Carta Fundamental del derecho a la protección de datos⁵⁵, que tuvo su primer desarrollo legal en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (en adelante, LORTAD), y actualmente se encuentra regulado en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), y en sus reglamentos de desarrollo⁵⁶.

En nuestro Derecho hay un puro y simple silencio en ambos bloques normativos acerca de las relaciones entre acceso y protección de datos⁵⁷, silencio especialmente criticable cuando concurre la circunstancia de que la LORTAD y la LOPD son coetáneas, respectivamente, a la LRJAP-PAC y a su modificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero⁵⁸. El «olvido» legal de la necesidad de compatibilizar derechos e intereses se agudiza si tenemos en cuenta dos datos. En primer lugar, que la LOPD, a diferencia de la Directiva comunitaria, no ha acogido la cláusula de la ponderación de derechos e intereses para el tratamiento incontestado; y que no ha establecido excepciones a la aplicación de la normativa sobre protección de datos respecto a los tratamientos con fines periodísticos, conectados directamente con la libertad de información del artículo 20 CE, en contra de lo permitido por el ar-

⁵⁴ Entre la doctrina que se ha ocupado del derecho de acceso en España, baste citar a S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997; J. F. MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a Archivos y Registros administrativos. Análisis del art. 105.b) de la Constitución*, Madrid, 1998; R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1999; L. A. POMED SÁNCHEZ, «El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa», núm. 142 de esta REVISTA, 1997; *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989; «La intimidad de las personas como límite al derecho de acceso a la documentación administrativa», en VV.AA., *La protección jurídica del ciudadano. Libro Homenaje al profesor González Pérez*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993; I. VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995.

⁵⁵ Desde su Sentencia 254/1993, de 20 de julio.

⁵⁶ Sobre el derecho a la protección de datos frente a la Administración pública, en general, nos remitimos a nuestra monografía *Datos Personales y Administración Pública*, Civitas, 2005, y al artículo «Derecho a la protección de datos y actividad administrativa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 71, 2005, págs. 81-120

⁵⁷ En nuestro Derecho administrativo sí contamos con la cláusula moderadora del artículo 61 LRJAP-PAC, conforme a la cual si el órgano competente apreciase que la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesionan derechos o intereses legítimos, se limitará a publicar en el Diario Oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento. Como puede apreciarse, esta previsión (referida sólo a la publicación de actos administrativos) manifiesta una preocupación por compatibilizar la necesaria difusión de los mismos y la protección de los derechos.

⁵⁸ Falta de la necesaria conexión ésta pese a la contemporaneidad en la aprobación de estas regulaciones, que ha sido constatada por el propio Tribunal Supremo en la STS de 31 de octubre de 2000, Ar. 9119 (Ponente: González Navarro).

título 9 de la Directiva de 1995 y lo previsto en la Recomendación 1/1997 del Consejo de Europa, sobre la normativa sobre protección de datos y los medios de comunicación. La regulación del derecho de acceso se encuentra reducida a lo contenido en el artículo 37 LRJAP-PAC, que aborda la relación entre acceso e intimidad en sus apartados segundo y tercero. La Ley parte de una distinción básica en el régimen aplicable entre los documentos que contengan datos íntimos, cuyo acceso está vedado de forma absoluta a terceros; y aquellos que siendo nominativos no contengan dato íntimo alguno, figuren en procedimientos de aplicación del Derecho y puedan hacerse valer para el ejercicio de derechos, a los que podrán tener acceso los terceros que acrediten un interés legítimo y directo. A este régimen la Ley equipara el acceso a todo documento nominativo obrante en expedientes o ficheros de naturaleza sancionadora o disciplinaria. Como categoría intermedia entre los datos íntimos y los datos impersonales, la Ley se refiere a los documentos que contengan «datos nominativos» no íntimos, en cuyo caso se exige un interés directo para obtener el acceso. La expresión «datos nominativos» fue tomada del Derecho francés, pero sin la precisión de que en dicho Derecho la excepción actuaba, como vimos, sólo en el caso en que dichos datos conllevaran una apreciación o un juicio sobre la persona, como ya en esa época era doctrina asentada por la CADA. La LOPD, por su parte, sencillamente, ignora la cuestión. Su artículo 11, que regula con carácter general el régimen de la comunicación de datos, no contempla específicamente este supuesto, que queda por tanto bajo el paraguas general que pueda otorgarle una ley específica que autorice la comunicación incontestada. Por su parte, el régimen específico de los ficheros públicos, que sí regula la comunicación de datos de una Administración pública a otra en el artículo 21, no contiene ninguna previsión respecto a su comunicación a particulares, salvo la relativa a la prohibición general de comunicación de datos recogidos de fuentes accesibles al público, que no podrá efectuarse a ficheros de titularidad privada sino con el consentimiento del interesado o cuando una ley prevea otra cosa⁵⁹.

La Agencia Española de Protección de Datos no se ha pronunciado aún claramente acerca de las relaciones entre ambos derechos. Es más, ha mantenido posturas contradictorias: la prevalencia de la normativa sobre acceso, la de la normativa sobre protección de datos, o la necesidad de un análisis caso por caso atendiendo al interés en juego y al principio de finalidad⁶⁰.

⁵⁹ Por lo demás, un cotejo de las disposiciones generales de creación de ficheros públicos permite comprobar que éstos no prevén la cesión de sus datos a sujetos privados, salvo que el fichero tenga precisamente por finalidad, exclusiva o concurrente, la información a los directamente implicados (como, p. ej., en materia de accidentes de tráfico).

⁶⁰ Así, en su Memoria de 1995 constata, en referencia a la cesión a particulares de datos del padrón, que la excepción a la exigencia de consentimiento por previsión legal, a que hacía referencia el artículo 11.2.a) LORTAD, en conexión con el artículo 37.3 LRJAP-PAC, «determina que el acceso a datos personales, podrá llevarse a cabo además de por el titular, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo, salvo las excepciones del apartado 37.4 de la misma ley». En esa misma Memoria señala que las Administraciones públicas consultan frecuentemente a la APD sobre las relaciones entre derecho a la protección de datos y

Por su parte, la doctrina que ha analizado el derecho de acceso, y se ha ocupado al hilo del estudio del régimen de los datos nominativos, ha sido en general muy crítica con la exigencia de acreditación de un interés para acceder a los datos nominativos⁶¹, así como en los obrantes en expedientes sancionadores y disciplinarios⁶², obviando profundizar en el encaje de esta regulación con la normativa sobre protección de datos. La que ha estudiado el tema desde la óptica de la protección de datos ha llegado, en ocasiones, a opiniones maximalistas conforme a las cuales no cabe en ningún caso la co-

derecho de acceso, señalando que «la respuesta debe valorarse caso por caso, poniendo en conexión la finalidad de los datos con el carácter de interesado del solicitante, junto con la pertinencia y el carácter adecuado de los datos para el ejercicio de los derechos del interesado». En la Memoria de 1996 afirma que el acceso por particulares a datos del padrón se rige por la LRJAP-PAC. En la Memoria de 2001 puede leerse: «Se informa también que, la posibilidad del derecho de acceso a los archivos y registros de las Administraciones Públicas, consagrado por el artículo 105.b) de la Constitución y regulado por los artículos 35 y 37 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tal y como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo, no puede entenderse prevalente sobre la garantía del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, quedando el acceso limitado en los supuestos en que los archivos y registros contuvieran datos de carácter personal a las previsiones reguladoras de la protección de datos. Así se desprende también de la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre».

⁶¹ I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 121, considera inconstitucional la restricción a los interesados del acceso a documentos meramente nominativos. Para S. FERNÁNDEZ RAMOS, *op. cit.*, pág. 105, la exigencia de acreditación de un interés para el acceso al resto de los datos nominativos no íntimos sería inconstitucional, en cuanto supone un límite sin acomodo constitucional, teniendo en cuenta que el nombre es un dato objetivo, que no implica juicio de valor alguno que pueda atentar contra la intimidad de las personas. En definitiva, lo que parece una flexibilización en realidad sería una grave e injustificada restricción, al exigirse una especial legitimación. L. A. POMED SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 466, estima que la limitación del acceso a los datos nominativos «puede vaciar de contenido el derecho de acceso, y es de una constitucionalidad más que discutible», ya que «entendido en su literalidad, el artículo 37.2 LAP convierte el ejercicio del derecho de acceso en una pura entelequia. En puridad, salvo algunos de los documentos contenidos en los expedientes confeccionados para la elaboración de disposiciones de carácter general, todos los documentos de la Administración tienen carácter nominativo». R. PARADA VÁZQUEZ, *op. cit.*, págs. 165-166, se muestra crítico con la limitación en el acceso a los documentos nominativos, que parece en realidad servir a un deseo de evitar la transparencia de la actividad administrativa cara a los profesionales de los medios de comunicación.

⁶² Se ha dicho que este tipo de datos no pertenece a la intimidad de las personas, y que por ello se trataría de una limitación inconstitucional, máxime cuando se contraponen al principio general de publicidad del proceso penal (L. A. POMED SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 467), que duda asimismo de la constitucionalidad de la exclusión de los expedientes sancionadores y disciplinarios), llegando a insinuarse (así, PARADA VÁZQUEZ, *op. cit.*, págs. 165-166) que esta restricción pretende, en realidad, evitar el control público sobre la potestad sancionadora y disciplinaria de la Administración. No obstante, hay posturas intermedias. Así, para C. GAY FUENTES (*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, mientras que, en opinión de S. FERNÁNDEZ RAMOS, la limitación al acceso no puede en ningún caso extenderse a los que fueron parte en el procedimiento (ni, en su caso, al denunciante), y debe ceder respecto de aquellas sanciones respecto a las que se prevé expresamente su posible publicación. Finalmente, J. F. MESTRE DELGADO, *op. cit.*, defiende que en estos casos se conceda el acceso a los que acrediten la existencia de un interés legítimo, empalmado así, en realidad, con el régimen de los documentos nominativos en una interpretación *contra legem*.

municación a terceros de ningún dato personal en poder de la Administración⁶³, lo que nos parece que, amén de no tener encaje en ninguno de los modelos que aporta el Derecho europeo o comparado, resulta absolutamente irreconciliable con el carácter no absoluto de los derechos fundamentales y su necesaria compatibilidad con el resto de derechos, bienes y principios constitucionales. Es por ello que se precisa, a nuestro juicio, de un replanteamiento serio de la cuestión, que tenga en cuenta todos los derechos, principios y bienes en cuestión, y huya de planteamientos absolutos⁶⁴.

Creemos que es posible formular una serie de directrices acerca de cómo habría de interpretarse la relación entre el derecho de acceso y el derecho a la protección de datos, la mayoría de las cuales, como veremos, se encuentran ya apuntadas o consolidadas en el Derecho europeo y el comparado, pero no así en el español:

1.^a Las relaciones entre publicidad y reserva de la información en poder de la Administración vinculada a personas determinadas han de ser resueltas, como todo conflicto entre valores, bienes, derechos y libertades constitucionales, mediante una delimitación del alcance y contenido de cada uno de ellos y una ponderación que permita compatibilizarlos en caso de conflicto, alcanzando la solución que en cada caso entrañe el menor sacrificio posible de cada uno de ellos.

2.^a Para la delimitación del alcance y contenido debe tenerse en cuenta que la publicidad que se pretende al ejercitar el llamado «derecho de acceso» puede dar cobertura a finalidades diversas. El solicitante de acceso lo puede hacer como puro ejercicio de participación y control democrático (que es propiamente el fundamento del reconocimiento constitucional de este derecho) o bien como medio para la defensa de otros derechos o intereses. Por su parte, una información asociada al nombre de una persona puede afectar a ésta en su propia integridad física en determinados supuestos (p. ej., información sobre funcionarios de prisiones), en su intimidad, o en su derecho a la protección de datos, en casos en que se trata de información personal no íntima o en que pueden quedar afectados otros derechos dignos de protección que pueden conectar, en último extremo, con sus posibilidades de libre desarrollo de la personalidad, y que instrumentalmente obtienen protección mediante el derecho a la protección de datos. Ahora bien,

⁶³ Así, P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 96, estima que la comunicación de datos desde ficheros públicos requiere, en todo caso, consentimiento del interesado, lo que equivale a negar el derecho de acceso a la información pública e incluso el derecho a la tutela judicial efectiva en el caso de documentos que incorporen información personal.

⁶⁴ Sobre la dialéctica entre publicidad y reserva en el ámbito de los Registros públicos, y en concreto del Registro de la Propiedad, remitimos a nuestra monografía *Publicidad registral y derecho a la privacidad. Una necesaria conciliación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, y al artículo «La publicidad registral a la luz de la normativa sobre protección de datos. En especial, las cuestiones jurídicas que plantea el acceso telemático al contenido de los libros del Registro», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 697, 2006.

no toda información que contiene el nombre de una persona es un dato personal. El concepto de dato personal se ha extendido a toda información nominativa de cualquier género. Esta concepción onnicomprensiva, justificada por la potencialidad lesiva del cruce de información nominativa, que puede resultar «inofensiva» aisladamente considerada, comienza a ponerse en tela de juicio, y se apunta a los criterios del contenido, la finalidad y el resultado como guías para decidir cuándo una información asociada a una persona identificada o identificable es o no un dato personal. Hay que partir, pues, de que no toda información que contiene el nombre de una persona es *ipso facto* información sobre dicha persona, y por ello dato personal, y, por ende, que en muchos casos no se hallará en juego este derecho (ni, menos aún, el derecho a la intimidad). Dentro de los datos que sí dicen relación con una persona determinada, la normativa que regula el derecho de acceso presta una ayuda incuestionable para distinguir entre dato íntimo y dato nominativo. En especial, esta última, con su diferenciación de un régimen más garantista respecto a los datos denominados «especialmente protegidos» o «sensibles» (relativos a ideología, creencia, religión, raza, vida sexual, salud, a los que se une un régimen también diferenciado de los datos sobre condenas penales o administrativas). Ciertamente, ni los datos íntimos —cuya definición no puede hacerse *a priori*, dada la congénita indefinición del concepto de intimidad⁶⁵— se reducen a los especialmente protegidos, ni los datos especialmente protegidos tienen una conexión exclusiva con el ámbito de la intimidad (ya que se conectan a su vez con otros derechos, muy en especial con el principio de no discriminación). Pero, en todo caso, la categoría de los datos especialmente protegidos supone una importante directriz para dilucidar cuándo una publicidad incontestada por la vía del otorgamiento del acceso puede implicar una mayor injerencia en los derechos constitucionales de los afectados y, por ende, debe ser excepcional, sólo justificada por la prevalencia de otro derecho fundamental. Por el contrario, otro tipo de datos, como los «relacionales», fuera del ámbito familiar (laborales, económicos y, sobre todo, muchos de los referidos a relaciones con la propia Administración pública), caen fuera de esta protección reforzada pero pueden entrar en el concepto de dato personal. La ponderación, pues, entre publicidad y reserva ha de tener en cuenta, en consecuencia, cuál es el valor constitucional en juego en cada caso.

3.^a La normativa reguladora del derecho de acceso a la información pública es la determinante de la legalidad o no de la comunicación de información que incluya datos personales desde la Administración a los ciudadanos, salvo cuando se trata del propio afectado, en cuyo caso es de aplicación la normativa sobre protección de datos, que regula el también denominado derecho de acceso, y que bien pudiera calificarse, de forma probablemente más expresiva, derecho de información individualizada

⁶⁵ Sobre el particular, véanse el análisis de la jurisprudencia constitucional y las reflexiones que le dediqué en el capítulo segundo de la monografía *Datos personales y Administración Pública*, *op. cit.*, y la bibliografía allí citada.

(que, a su vez, ha de compatibilizarse en algunos casos con la protección del anonimato de terceros cuyos datos puedan figurar en dicha información). Esta regla debería tener consagración legislativa expresa, coordinando así bloques normativos en aras de la seguridad jurídica.

4.^a Tal y como apunta la normativa de acceso, los datos íntimos, en principio, deben ser los más resistentes a una publicidad incontestada. No obstante, no puede excluirse tampoco de forma absoluta la publicidad de estos datos, cuando haya motivos de interés público o derechos individuales prevalentes, por lo que siempre es necesario un juicio *ad casum* (piénsese en la lucha contra los delitos, la protección de la integridad de las personas, la tutela de la salud, etc.). Por tanto, no cabe una exclusión *in genere* y *a priori* absoluta de la publicidad de este género de datos. Puede pensarse que, en estos casos, sobre una importancia decisiva cuál sea la finalidad de la pretensión de acceso: si está vinculada al control general de la actuación administrativa, con base en un principio de transparencia, o si está asociada a la necesidad de tutelar un bien o derecho constitucional diferente. Como apuntamos, en no pocas ocasiones, la demanda de acceso no tiene por objeto el mero control de la actividad pública, sino que conecta con la efectividad de otro derecho fundamental del demandante (p. ej., información sobre ingresos de una persona a la Administración tributaria por su ex cónyuge o por sus hijos; demandas de datos sanitarios por personas que han sido contagiadas por el afectado; derecho a la igualdad en el acceso a la función pública, etc.). En estos casos, en realidad, el acceso es presupuesto para el ejercicio por el demandante de sus derechos constitucionales, y la ponderación ha de ser realizada, en realidad, entre el derecho en cuestión y el derecho a la protección de datos o, en su caso, a la intimidad (p. ej., dando en todo caso prevalencia al derecho a la vida y a la integridad física, en el supuesto de datos sanitarios). Es planteable si la normativa no debiera prever en estos casos que la revelación debiera someterse en todo caso, o salvo excepciones extremas en que esté en juego la integridad o seguridad de las personas, a autorización judicial, como ocurre con las manifestaciones «geográficas» de la intimidad (domicilio, comunicaciones).

5.^a En el caso de solicitudes de acceso a datos no íntimos pero sí personales —categoría que debiera tender a la identificación con los «datos nominativos» de la actual normativa sobre acceso, hasta tanto no desaparezca esta categoría equívoca que ya ha sido suprimida en el Derecho francés, del que se importó— ha de valorarse, por una parte, la importancia que para la transparencia administrativa tiene en el caso concreto la concesión o denegación del acceso, sin olvidar lo dicho sobre que no todo dato que contiene el nombre de una persona es un dato personal. Para este juicio habrá de tenerse en cuenta el tipo de información al que pretende accederse (p. ej., la información sobre actos emanados de la propia Administración, como licencias, ayudas o subvenciones concedidas, contribuye de forma clave e indiscutible a la transparencia administrativa, así como la relacionada con la identidad y actividades de agentes o contratistas de la Administración; no así, por ejemplo, el acceso al expediente disciplinario o a la declaración de

la renta de un ciudadano cualquiera). En la medida en que la información sea más reveladora del modo de administrar el bien común, mayor valor habrá de darse al interés por obtenerla. También conviene atender al sujeto que la reclama, en conexión con la finalidad de la demanda. Así, cuando son los profesionales de los medios los que tratan de obtener información respecto de la cual resulta clave el conocimiento de la identidad de una persona (p. ej., subvenciones recibidas por actividades empresariales desarrolladas por un alto cargo), en conexión con el papel estelar del derecho a la libertad de información como garantía del Estado democrático. Como directriz puede apuntarse que cuando la información tenga directa conexión con la fiscalización pública de la actividad administrativa debe prevalecer, en principio, el derecho de acceso sobre el derecho a la reserva de los datos nominativos no íntimos. Por otra, habrá de medirse el perjuicio que pudiera causar al sujeto de los datos la revelación (para lo que habrán de ponderarse todas las circunstancias concurrentes, como el que hayan sido ya puestos de manifiesto previamente por el propio sujeto, los antecedentes —piénsese en revelar la dirección de correo electrónico de un funcionario que ha sufrido previas amenazas por este medio—, la actividad del sujeto —piénsese, p. ej., en desvelar la propia identidad de funcionarios de prisiones, asistentes sociales, etc., en determinados casos—).

6.^a El juicio de proporcionalidad deberá llevarse a cabo conforme a las técnicas habituales en dicho género de razonamientos, elaboradas en especial en el juicio constitucional. Toda una serie de directrices procedimentales han de ponerse a su servicio. Las normas sectoriales pueden contribuir a aclarar la cuestión, determinando cuándo un dato personal recabado es susceptible *a priori* de ser objeto de posterior publicidad, informando al sujeto de ello, siempre que responda en efecto a una finalidad de transparencia que justifique, en abstracto, la restricción del derecho. En todo caso, debe tenerse en cuenta que el sujeto puede también en estos casos ejercitar el derecho de oponerse a dicha comunicación (que es una modalidad de tratamiento), que le garantiza la normativa sobre protección de datos cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. El juicio abstracto debe también realizarse a la hora de decidir, respecto a aquellos datos cuya publicidad se prevé, el medio y el soporte, a la luz de los potenciales riesgos para los derechos e intereses de los afectados. Aunque la no necesidad de motivar las solicitudes de acceso sea actualmente el principio general hoy vigente en nuestro Derecho —aunque, como hemos visto, otros Derechos, como el italiano, sí lo exijan—, cabe plantearse si debe motivarse la solicitud de acceso, bien desde un inicio, bien a requerimiento de la Administración, si comprueba que la información solicitada incluye datos personales, para permitir una ponderación más afinada. Por la misma razón, habría de darse traslado de la solicitud de acceso al afectado (regulando los plazos), de manera que pudiera alegar lo que estimare oportuno acerca de la gravedad de la afectación a sus derechos que puede suponer la revelación de datos personales, o sobre la posibilidad de proceder a una previa anonimización.

7.^a Al estar en juego valores, bienes y derechos constitucionales, ha de intentarse su maximización. Por ello, habrá de procederse siempre al otorgamiento del acceso cuando mediante la anonimización de la información solicitada pueda alcanzarse dicha finalidad de conocimiento y control, ya que, como establece la normativa sobre protección de datos, la información una vez despersonalizada cae fuera del ámbito de protección del derecho. No obstante, habrá de tenerse en cuenta que se considera dato personal, conforme a la citada normativa, toda información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, de modo que la Administración habrá de cerciorarse que la información despersonalizada que facilita no es susceptible de asociación. Asimismo, hay que considerar la posibilidad de conceder el acceso parcial cuando determinadas partes de la información deban quedar reservadas, a la vista del juicio de proporcionalidad emitido.

8.^a La decisión denegatoria habrá de ser, en todo caso, motivada cuando restrinja derechos, sea el de acceso (y los derechos que se pretendan tutelar con la obtención de información, cuando el acceso es instrumental, como hemos expuesto), sea el derecho a la intimidad o a la protección de datos (o los derechos a los que instrumentalmente éstos contribuyen a tutelar). Así lo impone el artículo 54.1.a) de la Ley 30/1992. Asimismo, debe ser notificada a los interesados, incluidos los sujetos afectados por la revelación de sus datos que supone la concesión del acceso a un tercero, como impone el artículo 58.1 de la citada Ley.

9.^a La institución de un organismo de control del funcionamiento del sistema de acceso a la información (bien burocrático en cada Administración, bien con la naturaleza de una Administración independiente) que pudiera pronunciarse sobre las decisiones administrativas, dando una respuesta rápida y gratuita (lo que resulta clave en materia informativa) y sentando gradualmente los criterios generales de ponderación, resulta clave en una materia como ésta en que la Ley carece del mínimo grado de concreción. A falta de la misma, las Agencias de Protección de Datos están llamadas a jugar un papel clave en el establecimiento de los criterios. Evidentemente, como todos los actos administrativos, las decisiones sobre acceso son susceptibles de control por los tribunales contencioso-administrativos, como establece el artículo 1.1 de la Ley 29/1998.

10.^a El tratamiento posterior de los datos personales queda sometido a la normativa sobre protección de datos.

A la luz de las directrices que expusimos al comienzo de este trabajo y de la comparación con los principios que se extraen del Derecho europeo y comparado, puede valorarse la regulación contenida en el artículo 37 LRJAP-PAC.

— En cuanto al régimen del acceso a los *datos íntimos*, se echa de menos una flexibilización de lo que aparece en la Ley como un límite absoluto, ya que en ocasiones puede haber un interés público superior en la transparencia de actividades públicas relevantes, amén de que, como dijimos, en

determinados casos la prohibición al acceso por terceros puede pugnar con la necesaria garantía de otros derechos fundamentales, muy en especial con el derecho a la tutela judicial efectiva, pero no sólo (piénsese, p. ej., en la necesidad imperiosa que puede haber de conocer datos de salud de una persona para proceder al tratamiento médico de otra, en un supuesto de contagio), por lo que una exclusión radical, creemos, se enfrenta a la necesaria vigencia y ponderación de todos los derechos y bienes constitucionales en conflicto.

— Respecto a la exigencia de acreditación de un interés para acceder a *datos nominativos*, que, como dijimos, ha sido objeto de durísimas críticas por parte de la doctrina que se ha acercado al tema desde el estudio del derecho de acceso, hay que señalar que una comprensión acorde con la dogmática del derecho a la protección de datos debiera llevar a suprimir el concepto de documento nominativo o reconducirlo, como en Francia, a aquellos que digan relación con el sujeto, por su contenido, finalidad o efectos, acompañándolo, de este modo, con la noción de dato personal que comienza a hacerse paso en el Derecho europeo. De este modo, no sería necesaria la ponderación en todos los casos por el mero hecho de que incluyan la mención al nombre de una persona entre su contenido. Cuando sí se trate de un documento nominativo en este sentido (léase, contenga auténticos datos personales) habrá que proceder a la ponderación, con los criterios apuntados.

— En cuanto al acceso a datos obrantes en *expedientes sancionadores o disciplinarios*, lo cierto es que la normativa europea, la comparada y la española sobre protección de datos otorgan a los mismos una especial protección, consistente en que sólo pueden ser incorporados a ficheros públicos en los términos que establezcan las leyes, por lo que también a la luz de dicho bloque normativo parece justificarse una especial cautela en el acceso a datos que incorporan una valoración negativa y tienen, pues, un potencial lesivo para el sujeto. Ello no quiere decir que haya de denegarse el acceso en cualquier caso, pero sí que en estos supuestos debería ponderarse teniendo en cuenta esta consideración, de forma que sólo en casos en que su conocimiento sea esencial para el fin de transparencia y control, o bien exista otro derecho o valor constitucional en juego en la demanda de acceso, debería prevalecer la publicidad sobre la reserva.

Una reforma de la normativa sobre acceso debería, a nuestro juicio (y limitándonos al aspecto estudiado en este trabajo), tener en cuenta estos principios⁶⁶. Además, debería comenzar por incorporar una referencia clara al encaje entre la dicha normativa y la reguladora del derecho a la protección de datos, en los términos expuestos, y en aras del principio de seguridad jurídica. Sería necesario regular el procedimiento, incorporando también las di-

⁶⁶ Reforma que podría haberse llevado a cabo al calor de la tardía transposición de la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre, relativa a la reutilización de la información del sector público, ahora en trámite parlamentario, cuya ubicación natural sería inserta en una norma general que regulara el derecho de acceso, como ocurre en el Derecho francés

rectrices antes mencionadas, por no hablar de la deseable creación de una Autoridad en materia de acceso, cuya labor podría ser crucial, en general, y en todo caso a la hora de marcar pautas en la dialéctica publicidad-protección de datos. A ello se le suman los problemas de armonización de la regulación general del derecho de acceso establecida en el artículo 37 LRJAP-PAC con el régimen, extremadamente deficiente, diseñado en la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico. Creemos que estos mismos principios han de ser de aplicación a los documentos obrantes en archivos históricos⁶⁷.

Finalmente, hay que señalar que, en múltiples ocasiones, la demanda de acceso dice relación con procedimientos en tramitación. En estos casos no es de aplicación el artículo 37 de la Ley 30/1992, que limita su ámbito a los «procedimientos terminados en la fecha de la solicitud». Se plantea entonces cuáles son los principios aplicables a estas solicitudes y su compatibilidad con el derecho a la intimidad y a la protección de datos. La respuesta hay que empezar a buscarla en el artículo 35, que en su letra a) reconoce entre los derechos de los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones públicas, el de «conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesa-

⁶⁷ De acuerdo con el artículo 37.6.g) LRJAP-PAC, se regulará por sus disposiciones específicas la consulta de fondos documentales existentes en los *Archivos Históricos*. Por su parte, el artículo 57 LPH regula el acceso a los documentos concluida la tramitación de un documento, y tras el depósito y registro en los *Archivos Centrales* de cada entidad. Reconociendo que existe en este caso un defecto de técnica legislativa, creemos que la regulación más acorde con el sentido de la exclusión del artículo 37.6.g) LRJAP-PAC es reservar la aplicación del régimen de la LPH al acceso a documentos obrantes en Archivos Históricos. El artículo 57 LPH dispone que si los documentos contienen 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. Como puede comprobarse, de una parte, una vez el documento forma parte de un Archivo Histórico, sólo se protege cuando afecte a su intimidad y en tanto no haya transcurrido un lapso temporal prolongado. Ahora bien, puede pensarse que tampoco en estos casos la prevalencia puede ser absoluta, sino que, cuando lo exija la efectividad de otro derecho o bien constitucional, habrá en su caso de procederse a la ponderación, en los términos y con las garantías antes indicados. Lo que cabe plantearse es si la Ley de 1985, anterior por tanto a la normativa sobre protección de datos, ha de entenderse como que cubre también los datos no íntimos pero sí personales (o «nominativos», en los términos de la LRJAP-PAC). A nuestro juicio, ha de responderse en armonía con los principios generales antes vistos. Parece evidente que la LPH, con su referencia a «la intimidad de la vida familiar y personal», permaneció sencillamente ignorante de lo que sería el posterior «nacimiento» del derecho a la protección de datos, y que, por tanto, es precisa una interpretación armónica con las exigencias de él emanadas, en los términos expuestos. Además, como muestra el Derecho francés, es preciso coordinar la normativa sobre archivos con la normativa sobre protección de datos, en particular en lo que hace a la contraposición entre la finalidad de servicio a la documentación histórica de la investigación a la que sirve el sistema archivístico, de una parte, y la previsión en la segunda obligación de cancelación de los datos una vez han cumplido con la finalidad para la que fueron recabados, unida a la previsión de que no son finalidades incompatibles a los efectos de la normativa sobre protección de datos los tratamientos posteriores para fines históricos, estadísticos o científicos. En fin, esta necesidad particular se une a la más general de ordenación de la regulación general del sistema archivístico, una gran falla de nuestro Derecho.

dos, y obtener copias de documentos contenidos en ellos». Ello plantea varias cuestiones. La primera se refiere a quién tiene la condición de interesado en un procedimiento, y su resolución ha de remitirse al concepto de interesado del artículo 31 de la Ley 30/1992 y la jurisprudencia que lo interpreta. El problema se plantea, en especial, respecto de los procedimientos concurrenciales o triangulares. En los procedimientos concurrenciales, los juicios emitidos por la Administración respecto de una persona pueden tener repercusión directa en la situación jurídica de otra que forma parte del mismo procedimiento (p. ej., en un procedimiento de selección de personal, la puntuación de los exámenes de cada candidato). En otros casos no se da esta situación concurrencial, pero hay una «unidad procedimental» que hace que el conocimiento de los juicios emitidos sobre un sujeto por la Administración sea necesario para poder valorar la actuación discriminatoria o no de la misma (p. ej., en un procedimiento de evaluación de conocimientos de alumnos en una Universidad). En otros casos se trata de conocer decisiones adoptadas en procedimientos individuales que pueden dar origen a actos favorables para un interesado y generar efectos desfavorables para otros (p. ej., otorgamientos de licencias de actividades que suponen molestias para los vecinos). En todos estos casos se plantea si debe prevalecer el derecho contenido en el artículo 35.a) de la Ley 30/1992 o el derecho a la intimidad o a la protección de datos. En definitiva, se trata de supuestos en que no se busca, por lo general —aunque así puede ocurrir—, una finalidad de mero conocimiento o transparencia. Téngase en cuenta, además, que en este caso, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de acceso del artículo 37 de la Ley 30/1992, la titularidad del derecho exige, precisamente, tener la condición de interesado. Se trata, por tanto, de ponderar entre este derecho del artículo 35.a), que podemos calificar como integrante de los derechos de defensa procedimentales, y los derechos a la intimidad y a la protección de datos. A nuestro juicio, estos supuestos deben resolverse conforme a las directrices antes apuntadas.

CONCLUSIÓN

Hemos comprobado que las relaciones publicidad-reserva en relación con la información personal en poder de la Administración constituyen un tema clave del Derecho público de la información en pleno proceso de elaboración dogmática. Con estas páginas hemos tratado de aportar algunos materiales para el debate jurídico, no limitándonos al estudio del Derecho positivo europeo, comparado y español, sino registrando además sus más actuales tendencias e incluso apuntando directrices que, entendemos, deberían regir dichas relaciones. Se hace necesario un debate jurídico que pueda dar lugar a una norma integral reguladora del tratamiento administrativo de la información que abarque el acceso a la información y su reutilización, el régimen de los archivos y el derecho a la intimidad y a la protección de datos.