

Emilio Guichot
Subdirector general de estudios y propuestas normativas.
Ministerio de la Presidencia
Profesor titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

II Jornadas sobre acceso a los documentos públicos y oficiales
23-24 marzo 2010

**El derecho a la intimidad y el derecho a la información
pública**
Situación actual y perspectivas de futuro



El conflicto potencial

- Libertad de información/Transparencia vs. Intimidad/Protección de Datos
- Intrahistoria: Me acerqué tras haber estudiado el derecho de acceso en Europa (RAP) y el derecho a la protección de datos (Aranzadi). El punto más interesante: la colisión de dos intereses: transparencia y protección de datos. Tema por hacer, apenas esbozos resoluciones de Agencias y jurisprudencia.
- Método: Derecho europeo y comparado: vivero de soluciones.

Derecho del Consejo de Europa

- Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, de 18 de junio de 2009, aún no ha sido firmado por España. Establece unas normas de mínimos inspiradas en las experiencias y prácticas de los Estados Miembros del Consejo de Europa y de este modo positiviza los principios ya acogidos en la Recomendación Rec(2002)2 del Comité de Ministros a los Estados Miembro sobre acceso a los documentos públicos.

- Límite: *la vida privada y otros intereses privados legítimos*

Memoria: p. ej., los antecedentes penales o los historiales clínicos. Se parte del principio de que los documentos que contienen datos personales también entran en el campo de aplicación de la normativa y su comunicación no se ve impedida por la normativa sobre protección de datos si bien una vez se acuerda la comunicación el uso posterior queda sometido a dicha normativa. Se pondera.

Derecho comunitario

Tratado y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Reglamento (CE) n° 1049/2001 de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

- Se deniega *en todo caso, cuando la divulgación del documento pueda perjudicar* la intimidad y la integridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales. Ésta se refiere a la necesidad para interés legítimo, para misión pública, etc.
- Reglas de aplicación: necesidad de menoscabo efectivo, examen caso por caso a través de la técnica de la proporcionalidad, posibilidad de acceso parcial.



Postura de las Instituciones

Defensor del pueblo europeo: Crítica a la opacidad de una interpretación omnicomprendensiva de la protección de datos y necesidad de vincularla con la vida privada. No existencia de un principio general de confidencialidad en la Administración pública, que requiera una ponderación cada vez que un documento contiene un nombre, como casos de 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 efecto (Carta “Transparencia y protección de datos”, Informe especial). Necesidad de aclaración normativa. Parlamento: apoyo (selectivo)

Supervisor Europeo de Protección de Datos (I/II)

“Public access to documents and data protection” (julio 2005)

- 1) Acceso y protección de datos son derechos fundamentales que han de tratar de maximizarse.
- 2) Ante una solicitud, la normativa aplicable es la que regula el derecho de acceso (salvo que sea el propio afectado)
- 3) Analizar si el documento contiene datos personales y, además, si está en juego la privacidad y la integridad. No todo dato personal puede considerarse íntimo. La intimidad no excluye per se las actividades de carácter profesional o comercial, pero los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones deben ser conscientes de que sus datos personales pueden ser de interés público por razones de transparencia, más cuanto más relevante sea su función.

Supervisor Europeo de Protección de Datos (II/II)

- 4) Analizar la intensidad de la afectación, potencialmente mayor si se trata de datos sensibles en el sentido de la legislación sobre protección de datos, aunque puede darse en otros como dirección o nombre, en ciertos casos. Para medirlo, en casos particulares, está justificado contactar antes de conceder o no el acceso.
- 5) Enfoque *proactivo* (regulación particularizada, información previa al que aporta información que permita prever la publicidad o no) y *reactivo* (a solicitud o motu proprio, incluido internet, analizar y ponderar, contemplando posibilidad de acceso parcial y anonimización). 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 Datos.

Tribunal de Justicia CE (I/II)

Jurisprudencia inicial: aplicación de normativa sobre protección de datos, que incluye información sobre actividad empresarial (STJCE 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*) o ingresos salariales (STJCE de 20 de mayo de 2003, Asuntos acumulados C-465/00, C-138 y 139/01, *Österreichischer Rundfunk*)

Giro: Sentencia del TPI de 8 de noviembre de 2007, T-194/04, *Bavarian Lager* (empresa importadora de cerveza alemana en Reino Unido afectada por contratos de exclusividad permitidos por legislación británica, que pide nombres de asistentes a reuniones con la Comisión, que se deniega pese a opinión Defensor del pueblo y Parlamento. Finalmente se concede menos de los que se oponen expresamente).

Tribunal de Justicia CE (II/II)

Principios:

- 1º) Las solicitudes deben analizarse a la luz de la normativa sobre acceso, que no obliga a justificar la solicitud ni, por ello, a demostrar interés alguno. El principio, conforme a dicha normativa, es el acceso, de modo que la denegación sólo cabe cuando concurre alguna de las excepciones previstas en dicho Reglamento, que deben interpretarse y aplicarse restrictivamente, de modo que no se frustre el principio general.
- 2º) La normativa de protección de datos permite la comunicación para dar cumplimiento a una obligación jurídica, como es dar información a los ciudadanos en los términos de la normativa de acceso, sin que se necesite consentimiento ni quepa oposición del interesado. Depende tan sólo de que objetivamente no haya lesión de la intimidad.
- 3º) Conforme al CEDH, que inspira el Derecho de la UE, las actividades profesionales y comerciales y el derecho a la protección de datos no están excluidas del ámbito de la vida privada pero no todos los datos personales entran en el mismo. La revelación de datos especialmente protegidos son los más susceptibles de afectar a la intimidad, lo que no significa que sean los únicos que pueden producir este efecto.

Revisión Reglamento (I/II)

Libro verde para revisión del Reglamento, 2007

Consideran los participantes que la práctica actual de omitir nombres y otros datos es demasiado restrictiva, sobre todo cuando se actúa en funciones públicas

Es aconsejable esperar a que haya jurisprudencia relativa a la colisión de estos dos derechos antes de esbozar normas prácticas sobre el estudio de las solicitudes de acceso a los datos personales. Sin embargo, en el marco jurídico existente, las instituciones podrían definir criterios para la divulgación de datos personales, basándose en los siguientes principios:

- existencia de un interés público en la divulgación de los datos personales; este podría ser el caso cuando se trate de personas que ostenten cargos públicos y actúen a título oficial, y que la información que deba divulgarse se refiera solamente al ejercicio de sus deberes oficiales, a menos que existan razones específicas para proteger su identidad (por ejemplo, investigadores);
- cuando sea obvio que la divulgación no afecta a la intimidad o integridad de la persona.

Revisión Reglamento (I/II)

Propuesta Comisión:

“Se divulgarán los nombres, cargos y funciones de los titulares de cargos públicos, funcionarios y representantes de intereses relacionados con la actividad profesional salvo que, en atención a circunstancias particulares, pudiera afectarles negativamente. Otros datos personales deben hacerse público de conformidad con las condiciones de tratamiento legal de tales datos establecidas en la legislación de la CE en materia de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales”

Informe SEPD: no apoya esta redacción

Propuesta Parlamento:

“la intimidad e integridad de las personas, de conformidad con la normativa comunitaria sobre protección de datos personales, en particular las normas aplicables a las instituciones, como establecen el artículo 286 del Tratado CE y el principio de buena administración y de transparencia administrativa recogido en el artículo 1, letra c), del presente Reglamento.” (“promover en las instituciones prácticas administrativas transparentes y buenas, a fin de mejorar el acceso a sus documentos”



Derecho comparado

Recogen la excepción, en las leyes más antiguas referida a intimidad y en las más modernas, distinguiendo intimidad y protección de datos, prevaleciendo en el segundo caso la publicidad de los más relevantes para transparencia y con mecanismos de procedimiento para hacer valer derechos de terceros.

España. Intimidad y Protección de Datos

- El art. 18.1 CE: derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen
- El art. 18.4 contiene un derecho fundamental instrumental y autónomo que desarrollan ambas leyes (STC 292/2000), distinto del derecho a la intimidad en su “función” (otorgar al titular del derecho un poder de control sobre los datos personales, y no sólo la posibilidad de evitar injerencias de terceros); “objeto” (cualquier dato personal, y no sólo los “íntimos”); “contenido” (todas las facultades que permiten el control sobre los datos, y no sólo el derecho a exigir una abstención de un tercero). Contradicciones: 1/ Enunciado del “derecho” y aplicación a tratamientos no automatizados de LOPD 2/ Supuestas diferencias con intimidad que en realidad dependen del enfoque procesal y en que las facultades de la protección de datos actúan como justificantes de la proporcionalidad de la intervención en la intimidad. Si bien en línea con CEDF, con determinado concepto de intimidad como núcleo reducido que se maneja en legislación y con categoría de “datos especialmente protegidos” 3/ Rango de ley orgánica parcial que afecta a facultades esenciales (ficheros públicos) que además se declaran por TC parte del “contenido esencial”



España. Acceso a la información y libertad de información



Título IV: “Del Gobierno y de la Administración”

105.b) CE: “La ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas” (junto a la audiencia como forma de participación de los ciudadanos en los procedimientos de elaboración de disposiciones y actos)

¿Incluido en libertad de información del art. 20 CE? La jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo lo descarta, aunque admite sus relaciones

Actualmente, desarrollado en Leyes ordinarias, no sólo en LRJAP-PAC y LPH



Desarrollo legal general en el ámbito estatal

Ley 9/1968, de Secretos oficiales, reformada por la Ley 48/1978

-Art. 57 Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en relación con el 49, que define el “patrimonio documental”

- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local

-Art. 37 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común

-Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente

-Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público

El art. 37 LRJAP-PAC a la luz del Derecho europeo y comparado y de la Ley 11/2007: Limitaciones. Privacidad. Derecho español

105.b) CE: salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos *y la intimidad de las personas*

37.2 LRJAP-PAC:

2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.

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

Crítica: no conecta con LOPD, que alude a “datos especialmente protegidos” y permite excepción por ley en art. 11 y regula comunicación de datos de salud en situaciones excepcionales. Alude a interés legítimo y directo y no a importancia para la transparencia



El art. 37 LRJAP-PAC y la Ley de Patrimonio Histórico Español



37.6 LPPC: “Se regirán por sus disposiciones específicas: G) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.”

Art. 57 LPHE: “c. Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos.

Derecho a la protección de datos y derecho de acceso a la información administrativa

Doctrina contradictoria AEPD y escasa jurisprudencia: ponderación en datos no íntimos con necesidad de publicidad y control:

- STS de 6 de junio de 2005 (acceso de un opositor a exámenes de otros. Accede, incluso si el acto es firme, por transparencia)
- STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 1996 (acceso a expedientes de liquidaciones por el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos derivados de transmisiones en las que no había sido parte respecto de fincas que quería comprar. Se concede)
- STSJ de Madrid de 27 de enero de 2004 (acceso a información sobre licencias de obras y a Declaración de Incompatibilidades, Actividades, y Bienes Patrimoniales de un Concejal. La acción pública en urbanismo implica el acceso a la información. Al tratarse de datos nominativos y no haber un interés prevalente, porque el concejal no había participado en la decisión, se deniega lo segundo).
- STSJ de Castilla y León de 10 de octubre de 2003 (acceso a todos los expedientes tramitados en orden a la concesión, y en su caso a la renovación, de Licencias de Actividad y Apertura de una Clínica de Radiología por parte de una Comunidad de Propietarios. Se concede)



Otras disposiciones sobre publicidad de la información administrativa en la LRJAP-PAC que pueden afectar a datos personales






Los artículos 59 y 60 regulan la publicación de los actos administrativos:

- Sustitutiva de una notificación que no puede realizarse, se dirija a pluralidad indeterminada y en procedimientos selectivos o de concurrencia (en este caso, puede indicar lugares de publicación sucesiva) (no transparencia)
- Adicional a la notificación cuando ésta es insuficiente por referirse a un colectivo, lo establezca la norma de procedimiento o cuando aconsejen razones de interés público apreciadas por órgano competente (transparencia)



De conformidad con los artículos 11 y 12 Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos la publicidad por medios electrónicos: publicación electrónica de boletines oficiales, y publicación en sede electrónica sustitutiva o adicional de tablones

Otras disposiciones sobre publicidad de la información administrativa fuera de la LRJAP-PAC (I/III)

- Empleo público: art. 62.1.b de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del empleado público regula la publicación del nombramiento y, para la AGE, RD 364/1995, de 10 de marzo: publicación en BOE de relación de aprobados en las pruebas selectivas, el nombramiento de funcionarios de carrera y la adjudicación de puestos de trabajo.
- Subvenciones: art. 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones: publicidad en B.O. de las subvenciones concedidas y en menos 50.000 en tablones
- Contratos públicos: art. 138 de la Ley 30/2007, de Contratos del sector público: publicidad de adjudicaciones.
- Sanciones: diversas leyes prevén su publicidad en los supuestos de conductas graves para la salud humana (por ejemplo, medio ambiente, narcotráfico, blanqueo de capitales, etc)
- Otros supuestos: cambios de apellidos, concesión de indultos o recursos gubernativos contra calificaciones registrales.



Otras disposiciones sobre publicidad de la información administrativa fuera de la LRJAP-PAC (II/II)



Publicidad de las actividades y bienes de los responsables políticos: *Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado:*

- Constitución de un Registro de Actividades-carácter público- y un Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales, con carácter reservado y al que sólo podrán tener acceso, además del propio interesado, diversos órganos de control- Congreso de los Diputados y el Senado, órganos judiciales y Ministerio Fiscal. Desarrollada recientemente por el Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo que recoge la posibilidad de que las personas que deseen conocer las declaraciones depositadas en el Registro de Actividades de Altos Cargos podrán, previa identificación de su personalidad, solicitar certificación de su contenido
- Publicación en el BOE de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado.



En el ámbito local y autonómico



- Art. 75 LBRL: consignación en los presupuestos de las retribuciones, indemnizaciones y asistencias de los cargos locales, y publicación íntegra en el *Boletín Oficial* de la Provincia y la fijación en el tablón de anuncios de la Corporación de los acuerdos plenarios referentes a retribuciones de los cargos con dedicación exclusiva y parcial y régimen de dedicación de estos últimos, indemnizaciones y asistencias, así como los acuerdos del Presidente de la Corporación determinando los miembros de la misma que realizarán sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial.
- Ley gallega 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas de la Administración pública (Materias: programas de gasto, contratos, convenios, concesiones, subvenciones, retribuciones nominales de altos cargos. Medios: Cartas de servicios, acceso electrónico, web)



“Los diez mandamientos”



- 1º) Son dos derechos constitucionales que han de compatibilizarse hasta donde sea posible
- 2º) Hay que distinguir el valor constitucional en juego: si los datos son personales y si afectan a la intimidad o a otros derechos, en particular, si se trata de datos especialmente protegidos.
- 3º) 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
- 4º) Los datos íntimos deben ser los más resistentes a una publicidad incontestada, y sólo pueden ceder ante derechos prevalentes, como la vida y la integridad física. Su acceso debe obtenerse, como norma general, por vía judicial.

“Los diez mandamientos”

- 5º) Deben considerarse datos nominativos los datos personales no íntimos y en esos casos hay que ponderar entre la importancia que para la transparencia administrativa tiene en el caso concreto la concesión o denegación del acceso. 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. (por ejemplo, la información sobre actos emanados de la propia Administración, como licencias, ayudas o subvenciones, 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 todo caso, hay que ponderar si incluso en los casos en que a priori prevalece el acceso hay razones singulares que justifican la reserva (p. ej., peligro para la integridad del afectado)

“Los diez mandamientos”

- 6º) Medidas procedimentales: información al sujeto en la recogida sobre destino posible y posibilidad de ejercer el derecho de oposición, análisis de los riesgos de cada tipo de publicidad y medidas para conjurarlos; pertinencia de motivación de las solicitudes de acceso a informaciones personales, *motu proprio* o a requerimiento de la Administración, traslado de la solicitud al afectado.
- 7º) Análisis de efectividad de anonimización o acceso parcial
- 8º) Motivación de la decisión y notificación a los interesados
- 9º) 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 se pronuncie 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. Papel clave de las Agencias de Protección de Datos. Todo ello a salvo de la posibilidad final de recurso judicial
- 10º) El tratamiento posterior de los datos personales queda sometido a la normativa sobre protección de datos



CONCLUSIÓN

¿Qué ocurre si no se pondera y se establece la protección de datos como límite absoluto?

http://www.youtube.com/watch?v=yJDeJxt-u0&feature=player_embedded