

Protección de datos, intimidad y acceso a la información pública. Ponderación y proporcionalidad

José Miguel Hernández López

Coordinador de protección de datos y transparencia en la Consejería de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes del Gobierno de Canarias

RESUMEN: Estudio de los criterios, test y principios determinados por la legislación, la jurisprudencia y las autoridades administrativas que coadyuvan a resolver los conflictos que plantean los límites de la protección de datos personales y el derecho a la intimidad al acceso a la información pública, especialmente en el contexto de la creciente digitalización y la importancia de la transparencia en la gestión pública.

Palabras clave: datos sensibles, categorías especiales de datos, derecho de acceso a la información pública, protección de datos, intimidad, transparencia.

ABSTRACT: Study of the criteria, tests and principles determined by legislation, jurisprudence and administrative authorities that help resolve conflicts arising from the limits of the protection of personal data and the right to privacy and access to public information, especially in the context of increasing digitalization and the importance of transparency in public management.

Keywords: sensitive data, special categories of personal data, the right of public access to documents, data protection, privacy, transparency.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. 2.1. Concepto. 2.2. Evolución histórica. 2.3. Marco normativo. 3. TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. 3.1. Conceptos. 3.2. Evolución histórica. 3.3. Marco jurídico. 4. EL LÍMITE DE LA PROTECCIÓN DE DATOS. 5. EL LÍMITE DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. 6. CRITERIO INTERPRETATIVO 02/2015 DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO Y LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. 7. TEST DEL DAÑO Y DEL INTERÉS PÚBLICO. 7.1. Test del daño. 7.2. Test del interés público. 8. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 9. ACCESO DEL PÚBLICO A LOS DOCUMENTOS DEL PARLAMENTO EUROPEO, DEL CONSEJO Y DE LA COMISIÓN: CRITERIOS. 10. TEST DE LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE PRIVACIDAD. 11. EPÍLOGO. 12. BIBLIOGRAFÍA GENERAL.

1. INTRODUCCIÓN

«How can the tension between transparency and privacy be reconciled? Must access to public records be sacrificed at the altar of privacy? Or must privacy evaporate in order for government to be disinfected by sunlight?»

Daniel J. Solove¹

La razón última de este artículo es hacer una recapitulación de los criterios, test y principios con los que conciliar el acceso a la información pública y los derechos a la protección de datos y a la intimidad, lo que tiene una importante proyección práctica. El impulso originario de este breve estudio procede de la celebración del curso «Reflexiones y propuestas para mejorar la transparencia y la participación ciudadana. A propósito del X Aniversario de la Ley 12/2014, de 26 de diciembre», desarrollado entre el 17 y el 19 de diciembre de 2024, y de la jornada «Ley Canaria de Transparencia: Balance y Retos», de 21 de enero de 2025, organizadas ambas actividades formativas por la Dirección General de Transparencia y Participación Ciudadana del Gobierno de Canarias, en las que tuve la oportunidad de exponer la relación entre protección de datos y transparencia en una ponencia y con las participaciones en las mesas de debate.

En 2006 inicié los estudios sobre el derecho de protección de datos personales y sus relaciones con los derechos a la intimidad y al respeto a la vida privada. Trabajaba en ese momento en el servicio de régimen jurídico de la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias, y su entonces Secretario General Técnico nos encargó que estudiáramos el impacto de la protección de datos personales en el ámbito educativo, a raíz de la publicación de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), primera ley educativa en España que hace referencias expresas a la protección de datos personales, en concreto en la disposición adicional vigesimotercera, que se dedica específicamente a los datos personales del alumnado.

¹ Tomamos la cita de la obra de Daniel J. Solove, *The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age*, New York University Press, 2004, pág. 150.

El profesor Solove, uno de los principales expertos mundiales en privacidad, plantea perfectamente el objeto de este debate siempre abierto: ¿cómo se puede conciliar la tensión entre transparencia y privacidad? ¿Debe sacrificarse el acceso a los registros públicos en aras de la privacidad? ¿O debe evaporarse la privacidad para que el gobierno sea desinfectado por la luz del sol?

Daniel J. Solove fue profesor de Propiedad Intelectual y Derecho Tecnológico en la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington. También es el fundador de TeachPrivacy, una empresa que ofrece programas de capacitación en privacidad y seguridad de datos a empresas, escuelas, instituciones de atención médica y otras organizaciones. Ha escrito numerosos libros, entre los que destacan *The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age* (NYU 2004), del que tomamos la cita que abre este artículo; *The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet* (Yale 2007); *Understanding Privacy* (Harvard 2008) y *The False Tradeoff Between Privacy and Security* (Yale 2011).

En 2012, con motivo de la presentación del estudio universitario *El derecho a la protección de datos personales en la doctrina del Tribunal Constitucional*, que se publicaría como libro un año después, en diciembre de 2013, en la colección de Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional², comencé a estudiar las relaciones entre el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales. Los profesores doctores que examinaron mi trabajo —el 1 de octubre de 2012, en la Facultad de Derecho de la UNED, en Madrid— me propusieron que profundizara en dos temas, la protección de datos como límite al derecho de acceso a la información pública y la intimidad como derecho autónomo y límite también al derecho de acceso. Recomendación que he tratado de seguir hasta la fecha, y que me ha sido de gran ayuda tanto para la práctica de la protección de datos como de la transparencia. Para contextualizar estas observaciones académicas, hay que tener en cuenta que en 2012 estaba en trámite la que sería la futura Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, Ley 19/2013). Precisamente, de 5 de junio de 2012 es el informe 2012-0203 de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) sobre el anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, donde se analiza el límite de la protección de datos. En concreto, en dicho informe la autoridad de protección de datos propone una redacción íntegra del artículo 11 del anteproyecto, que se acogería en gran parte en el texto final que se aprobaría como Ley, y que terminaría siendo el artículo 15 de la Ley 19/2013³, titulado protección de datos personales.

² Vid. José Miguel HERNÁNDEZ LÓPEZ, *El derecho a la protección de datos personales en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

<https://www.thomsonreuters.es/es/tienda/libro/el-derecho-a-la-proteccion-de-datos-personales-en-la-doctrina-del-tribunal-constitucional/p/24690>

³ Texto propuesto por la AEPD en su informe 2012-0203 sobre el Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno:

«Artículo 11. Protección de datos personales.

1. Cuando la solicitud de acceso se refiera a información pública que contenga datos de carácter personal se aplicarán las disposiciones previstas en esta Ley y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. No obstante, se aplicará la normativa de protección de datos personales cuando los datos que contenga la información se refieran únicamente al solicitante, sin perjuicio de que en este caso el otorgamiento del acceso permita el conocimiento por el solicitante no sólo de los datos contenidos en el documento, sino del documento mismo en que aquéllos consten.

2. Si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999 el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso. Si la información incluyese datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevasen la amonestación pública al infractor el acceso sólo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de Ley.

A partir de 2013 coordiné la materia de transparencia de la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias en la que prestaba servicios, formando parte a su vez de un grupo interdepartamental del gobierno autonómico sobre la materia de transparencia. En el año 2015 publicamos el *Código de Transparencia y derecho de acceso a la información pública*, editado por tirant lo blanch y el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)⁴, que se dividía en dos grandes bloques, «Legislación» y «Jurisprudencia», con un estudio introductorio. Nos pareció un momento oportuno —último trimestre de 2015— para compilar y reflexionar sobre el estado legal de la transparencia, teniendo en cuenta que se habían aprobado hasta ese momento la ley estatal, de carácter básico, y doce leyes que regulaban la transparencia en el ámbito autonómico.

La generación y el fundamento de los derechos de protección de datos y de acceso a la información pública constituyen por sí mismos temas de gran interés y actualidad. Si los analizamos conjuntamente se suscitan cuestiones jurídicas que en muchas ocasiones son complejas y controvertidas. Entre los múltiples aspectos que plantean estas materias, nos hemos centrado en sistematizar los límites de la protección de datos y la intimidad al derecho de acceso a la infor-

3. Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Para la realización de la citada ponderación, el órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:

f) El interés público en el conocimiento de la información relacionada con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano requerido.

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

h) Que los solicitantes justifiquen su petición en el ejercicio por los mismos de un derecho o tengan la condición de investigadores que motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.

i) El menor perjuicio de los derechos de los interesados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.

j) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad.

4. Cuando debiera denegarse el acceso en aplicación de lo dispuesto en los dos apartados precedentes, podrá no obstante concederse aquél siempre que se proceda previamente a la oportuna disociación de los datos de carácter personal, de modo que se impida la identificación de las personas afectadas.

5. La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los datos personales obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso».

<https://www.aepd.es/documento/2012-0203.pdf>

⁴ Vid. José Miguel HERNÁNDEZ LÓPEZ, *Código de Transparencia y derecho de acceso a la información pública*, tirant lo blanch, 2015.

<https://editorial.tirant.com/es/libro/codigo-de-transparencia-y-derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica-jose-miguel-hernandez-lopez-9788490869529>

mación pública. La búsqueda del equilibrio entre estos derechos involucra tantos criterios y principios que puede resultar difícil tener una idea clara de cómo se integran todos estos conceptos e ideas en un conjunto coherente. Para ello, vamos a ir mostrando los distintos elementos que debemos tener en cuenta para su análisis y que conforman una peculiar «caja de herramientas jurídica», con la que debemos trabajar: el derecho de protección de datos personales; el derecho a la intimidad; el derecho de acceso a la información pública y los criterios de ponderación junto al principio de proporcionalidad. Este artículo examina, por tanto, cómo la legislación, la jurisprudencia y las autoridades de protección de datos y transparencia han ido conformando criterios basados en los principios de necesidad y proporcionalidad para resolver estos conflictos.

2. EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

2.1. Concepto

Definición. Derecho fundamental por el que se garantiza a las personas físicas el control sobre sus datos de carácter personal, concebido para servir a la humanidad, e instituto de garantía de los derechos a la intimidad, al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos fundamentales y libertades públicas.

Por tanto, son cuatro los elementos que contiene la definición, a) naturaleza del derecho; b) objeto; c) concepción o finalidad última de su configuración; y d) instituto de garantía.

a) *Naturaleza del derecho.* El derecho de protección de datos personales se ha ido configurando gradualmente y ha adquirido finalmente carta de naturaleza como un derecho fundamental, pudiéndose apreciar su evolución jurídica tanto en los textos normativos como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y, en nuestro caso, en la doctrina del Tribunal Constitucional español (en adelante TC).

En este sentido, el considerando 1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, en adelante, RGPD), es concluyente al señalar la naturaleza de este derecho: «la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental». Por su parte, el artículo 1.a), párrafo segundo, de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDPyGDD) tampoco deja lugar a dudas: «el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo

18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en esta ley orgánica».

El artículo 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE también reconoce el derecho a la protección de datos: «toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan».

No obstante, también hay que subrayar que el derecho a la protección de datos no es ilimitado, como han declarado tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia de 15 de diciembre de 1983 y como el TC español en su Sentencia 292/2000, FJ 11. El propio RGPD, en su considerando 4, expresa con nitidez los límites de este derecho:

«(...) El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad. El presente Reglamento respeta todos los derechos fundamentales y observa las libertades y los principios reconocidos en la Carta conforme se consagran en los Tratados, en particular el respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones, la protección de los datos de carácter personal, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión y de información, la libertad de empresa, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo, y la diversidad cultural, religiosa y lingüística »

[RGPD, considerando 4]

b) Objeto. Garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales. El bien jurídico protegido es la información personal en sí misma y las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas en lo que concierne al tratamiento de sus datos personales.

c) Concepción o finalidad última de su configuración. El último aspecto de la definición del derecho de protección de datos, en referencia a la finalidad de la creación del derecho, lo obtenemos del considerando 4 del RGPD: «el tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad».

d) Instituto de garantía. La protección de datos, además de ser un derecho fundamental, es un instituto de garantía de las libertades públicas y de los derechos fundamentales de las personas físicas, como ha señalado el TC en reiteradas sentencias: «(...) instituto de garantía como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, pero que es también en sí mismo un derecho o libertad fundamental» (STC 254/1993); «(...) este precepto [18.4 Constitución española] contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos ciudadanos que es, además, en sí mismo un derecho fundamental» (STC 290/2000, fundamento jurídico 7).

2.2. Evolución histórica

En el año 2025 se cumplen ciento treinta y cinco años de la publicación del ensayo «The Right to Privacy», publicado en *Harvard Law Review*, en 1890, y considerado el artículo más citado e influyente sobre la privacidad. Samuel Warren (1852–1910), abogado, y Louis Brandeis (1856–1941), juez del Tribunal Supremo federal entre los años 1916-1939, son los autores de este trabajo sobre el derecho a la privacidad, donde defienden con brillantez el derecho a ser dejado solo —«the right to be let alone»—, a no ser molestados. En español se puede leer esta obra en una magnífica edición a cargo de Benigno Pendás, con traducción de Pilar Baselga, *El derecho a la intimidad*, Civitas, 1995.

En estos ciento treinta y cinco años la tecnología ha ido transformando las relaciones personales, tanto en el ámbito del trabajo, la economía, la educación, como en el entretenimiento, con incidencia directa en la consideración social y personal de lo que se considera privado, público o íntimo. Ante ello, ha sido necesario crear instrumentos jurídicos que permitan defendernos frente a nuevos riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas. Recordemos el caso Cambridge Analytica, cuando el 17 de marzo de 2018 *The New York Times*, *The Guardian* y *The Observer* denunciaron que Cambridge Analytica estaba explotando la información personal de los usuarios de Facebook, dando lugar a un uso indebido de los datos de millones de usuarios de esta red social. O años antes, en 2013, el caso Snowden, en relación con el cual los periódicos *The Guardian* y *The Washington Post* recibirían el premio Pulitzer de periodismo, en la categoría de servicio público, por sus informaciones sobre el espionaje y vigilancia masiva de Estados Unidos, a raíz de las revelaciones de Edward Snowden. Reflexionemos también sobre los novísimos retos que planteó también a la privacidad la pandemia mundial del COVID-19, siendo especialmente graves las incertidumbres que crearon en los sectores sanitario, educativo o laboral.

Con todos los cambios sociales producidos en este periodo de algo más de un siglo, y especialmente por los desafíos y oportunidades planteados por las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, se han creado problemas éticos y legales desconocidos hasta ahora relacionados con la privacidad, de los que han dado cuenta novelistas, juristas, filósofos, periodistas ... con incidencia en las regulaciones jurídicas. Así, para dar respuesta a algunos de los retos creados se ha ido configurando gradualmente un novedoso derecho fundamental, el derecho a la protección de datos personales, cuya construcción está directamente unida a la respuesta frente a recientes formas de abuso y arbitrariedades. Veamos a continuación algunos momentos esenciales en la formación de este derecho, desde las primeras referencias legales hasta la actualidad.

Sin perjuicio de la existencia de otras referencias históricas, debemos subrayar que el primer antecedente normativo del derecho a la protección de datos personales lo encontramos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 diciembre de 1948, cuyo artículo 12 establece que «nadie será objeto

de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia (...)». En el mismo sentido se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966.

Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa destaca el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), adoptado el 4 de noviembre de 1950, en cuyo artículo 8 se reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Aunque no se menciona directamente al derecho a la protección de datos, el TEDH considera que sí es una manifestación de la protección de la vida privada («La protección de los datos de carácter personal juega un papel fundamental en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado por el artículo 8 del Convenio», Sentencia de 18 de octubre de 2011, caso *Khelili contra Suiza*, § 103). Ya en el año 1981, el Consejo de Europa aprueba el Convenio 108, de 28 de enero, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

En los años setenta nacen las primeras leyes en materia de protección de datos. Así, la primera ley que reguló un marco normativo de protección de datos se aprobó en Alemania, la ley del *Länder* de Hesse, que estableció un comisionado parlamentario de protección de datos para velar por la confidencialidad en el manejo de los datos personales. Del año 1973 es la Ley sueca de datos (*Data Lag*), primera ley de ámbito estatal en materia de protección de datos. Entre otras leyes de esta década se encuentran la *Privacy Act*, de los Estados Unidos de América; la Ley de protección de datos de la República Federal alemana, de 1977; o la Ley francesa, de 1978.

La protección de datos también va a tener reflejo constitucional. Así, la Constitución portuguesa de 1976 reconoce en su artículo 35 el derecho al conocimiento sobre los datos personales con los contenidos básicos propios del derecho a la protección de datos personales. Por su parte, la Constitución española recoge en su artículo 18.4, artículo clave en la evolución posterior del derecho a la protección de datos en España, que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

En 1983 se dicta la Sentencia de 15 de diciembre de 1983, del Tribunal Constitucional Federal alemán, en la que reconoce el derecho a la protección de datos («derecho a la autodeterminación informativa») como nuevo contenido del derecho al desarrollo de la personalidad.

En el ámbito del derecho comunitario se aprueba la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos. Esta directiva ha constituido el texto de referencia en la Unión Europea en materia de protección de datos personales durante prácti-

camente veintitrés años, hasta la aplicación del RGPD, en el año 2018, cuando es derogada.

En el año 2000 se aprueba la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo artículo 7 se reconoce el derecho al respeto de la vida privada y en el artículo 8 el derecho a la protección de los datos de carácter personal. En este mismo año se dicta la Sentencia 292/2000 del TC, donde se reconoce el derecho a la protección de datos como un verdadero derecho fundamental, derivado del artículo 18.4 de la Constitución española, autónomo e independiente del derecho a la intimidad.

El 13 de mayo de 2014 se dicta la sentencia del TJUE (caso Google Spain S.L contra la AEPD), donde se viene a reconocer lo que se ha dado en llamar «el derecho al olvido», actualmente recogido expresamente en el artículo 17 del RGPD. Con este derecho se puede impedir la comunicación de información personal a través de internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia, por ser irrelevante o excesiva. Ahora bien, este derecho, que ha tenido un gran impacto mediático y social, está sujeto a límites, recogidos hoy en día en el artículo 17.3 del RGPD. Para darnos cuenta de la relevancia que ha tenido este «derecho al olvido», desde el 28 de mayo de 2014, fecha de inicio, hasta el 11 de febrero de 2025, se habían solicitado a Google la retirada de 6.778.711 URLs. Después de las revisiones, se retiraron el 51,2 % de las URLs⁵.

En el año 2016 se aprueba el RGPD, que comienza su aplicación el 25 de mayo de 2018, y para adaptar el ordenamiento jurídico español al RGPD, en España se aprueba la LOPDPyGDD. Los avances tecnológicos y la creciente digitalización han llevado a la creación de marcos legales más robustos para proteger los datos personales.

Como podemos comprobar, la estructura del derecho a la protección de datos personales, y con ella su evolución jurídica, no está concluida y muestra de ello es la definición del «derecho al olvido» y la garantía de los derechos digitales, reconocidos en la Ley Orgánica 3/2018, entre los que se encontramos el derecho de acceso universal a Internet; a la seguridad digital; a la educación digital; de rectificación en Internet; a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral; a la desconexión digital en el ámbito laboral; a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo. Esta nueva generación de derechos digitales se han de garantizar conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución española, el mismo artículo del que deriva el derecho fundamental a la protección de datos personales.

En definitiva, la formación histórica del derecho a la protección de datos personales continúa, y una de las claves de futuro estará en cómo se resuelvan

⁵ Pueden consultarse los datos actualizados en Google informe de transparencia: <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=es>

las relaciones cada vez más complejas entre los derechos fundamentales y los avances tecnológicos. Sin garantizar el derecho a la protección de datos personales y los derechos digitales el respeto a la privacidad no será posible, pero el reconocimiento de estos derechos no será suficiente para protegernos de los nuevos riesgos en una sociedad democrática en plena transformación digital. Es imprescindible también un esfuerzo educativo que permita transmitir el respeto a los derechos fundamentales, y tomar conciencia de lo que puede suponer un mal uso de los datos personales.

Concluimos este apartado con la reflexión certera que ya nos hicieron hace ciento treinta y cinco años Samuel Warren y Louis Brandeis, en su artículo «The Right to Privacy»: «la protección de la sociedad debe venir, principalmente, del reconocimiento de los derechos de la persona». En consecuencia, reclamemos un uso de la tecnología respetuoso con la dignidad humana y los derechos fundamentales, evitando la creación de un 'Gran hermano global' que todo lo controle y vigile.

2.3. Marco normativo

El 25 de enero de 2012 la Comisión propuso al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones una reforma generalizada de las normas de protección de datos de la UE, con el fin de afianzar los derechos a la privacidad en Internet e impulsar la economía digital en Europa. En concreto, se planteaba la aprobación de dos textos jurídicos, un reglamento que sustituyera a la Directiva (UE) 95/46/, y en el que se fijara el marco jurídico general de protección de datos de la UE, y una directiva que derogara la Decisión Marco 2008/977/JAI16 y fijara las normas sobre la protección de los datos personales tratados con fines de prevención, detección, investigación o persecución de delitos y para las actividades judiciales correspondientes.

En 2016 se aprobaron las dos normas clave que constituyen el actual marco de referencia en materia de protección de datos personales en la Unión Europea:

- Reglamento general de protección de datos. De acuerdo con el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el reglamento tiene alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. En consecuencia, el RGPD no requiere ninguna norma de transposición por las autoridades nacionales. No obstante, cada Estado puede modificar su legislación nacional para regular algunas cuestiones específicas.
- Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la

libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

En el ordenamiento jurídico español es la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, la que adapta el RGPD, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos. En cuanto a la transposición de la Directiva (UE) 2016/680, se aprueba la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

3. TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

«La razón de ser del servicio público de información radica en la necesidad democrática de garantizar, de forma permanente y continuada, **el derecho a saber de los ciudadanos**, no solo respecto a las cuestiones que afecten a sus derechos o intereses legítimos, sino también en relación con la gestión pública y los asuntos de interés general».

[Miguel Ángel Blanes Climent: *La transparencia informativa de las administraciones públicas. El Derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Aranzadi, 2014]

La transparencia es un principio esencial en los Estados democráticos, permitiendo el control ciudadano sobre la gestión pública. La publicación o el acceso a la información pública puede incluir datos personales, lo que plantea un conflicto con el derecho a la protección de datos.

3.1. Conceptos

Transparencia. El *Diccionario del español jurídico*⁶ de la Real Academia Española y del Consejo General del Poder define la transparencia como la «obligación de las administraciones públicas y otras entidades públicas y privadas, como los partidos políticos o las entidades subvencionadas, de dar a conocer periódicamente los datos más relevantes de su actividad, con los elementos económicos y presupuestarios correspondientes, así como facilitar a las personas el acceso a la información pública contenida en documentos y archivos que aquellas custodian». Por tanto, la transparencia tiene una doble dimensión, como publicidad

⁶ *Diccionario del español jurídico*, Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial, Espasa Libros, Barcelona, 2016.

activa, con un contenido obligacional, y como derecho al acceso a la información pública.

Publicidad activa. Consiste en la obligación de todas las entidades que conforman el sector público de publicar la información cuya divulgación resulte relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública. Esta obligación se extiende a los partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales y entidades privadas que perciban ayudas o subvenciones con cargo a los presupuestos públicos.

Derecho de acceso a la información pública. Derecho por el cual las personas que lo ejerciten pueden acceder a la información que obre en poder de las Administraciones Públicas y de cualesquiera otras entidades incluidas en el ámbito de aplicación de las leyes de transparencia, sin más requisitos que los establecidos en la normativa estatal, de carácter básico, y autonómica.

Naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública. La Constitución española de 1978 (CE) prescribe en el apartado b) del artículo 105 que la ley regulará «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos». Por su parte, los artículos 20.1.a) y d) y 23 CE reconocen los derechos «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción», «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» y «el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes». Todo ello lleva a preguntarse por la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública. En la actualidad, la jurisprudencia no lo reconoce como un derecho fundamental —ni tampoco la legislación, como veremos a continuación—, sino como un derecho constitucional de configuración legal.

«(...) el derecho al acceso a los archivos y registros administrativos, que es la petición denegada, no está incluida en los preceptos constitucionales que abarca este proceso preferente y sumario, sino en el artículo 105-2 de la Constitución, derecho que habrá de ser regulado por Ley, por lo que habría de ser desestimada dado el cauce procesal elegido por la recurrente, para hacer valer su derecho».

[STS de 30 de enero de 1989, Sala de lo Contencioso, procedimiento especial Ley 62/1978, FJ 3]

No cabe duda de que el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, reconocido en el artículo 105 b) CE, ubicado dentro del Título V, dedicado al Gobierno y la Administración, no es en sí mismo un derecho fundamental, y así lo ha declarado el TC.

«No todas las normas constitucionales que se invocan por los demandantes pueden ser objeto de garantía directa en este proceso, pues las reglas y principios contenidos en los arts. 9.3, 53.1, 103.1, 105 b) y 111.1 de la Constitución

son inadecuadas para fundamentar una petición de amparo en cuanto que en ninguno de ellos se reconocen derechos fundamentales y libertades políticas de los incluidos como amparables en el art. 53.2 de la Constitución».

[STC 161/1988, de 20 de septiembre de 1988, FJ 4]

Ahora bien, la cuestión podría tener una solución diferente cuando se vincule el derecho de acceso a la información pública con alguno de los derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección primera, del Capítulo segundo, de la Constitución española, como es el caso del derecho fundamental a la libertad de información del art. 20.1.d) CE. En este sentido, el TEDH afirma que «la noción de ‘libertad de recibir información’ incluye el derecho de acceso a la información» (STEDH de 25 junio 2013, caso *Youth Initiative for Human Rights* contra Serbia, apartado 20).

Aunque la doctrina científica no es unánime, sí se constata que son cada vez más los autores que consideran el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental. En definitiva, aunque ni los tribunales ni la legislación en España reconozcan en la actualidad su carácter de derecho fundamental, la estructura dogmática del derecho de acceso a la información pública y, con ella, su evolución jurídica, no está plenamente concluida. Muestra de ello es su reconocimiento como derecho fundamental en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su vinculación con el derecho a recibir libremente información, como se pronuncia el TEDH.

3.2. Evolución histórica

«La publicidad es justamente elogiada como un remedio para las enfermedades sociales e industriales. La luz del sol se dice que es el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica es el policía más eficiente».

[Louis Brandeis, *El dinero de los demás y de cómo lo utilizan los banqueros*, 1914]

La primera referencia normativa la encontramos en la Ley para la libertad de prensa y del derecho de acceso a las actas públicas (Suecia, 1766). Reproducimos a continuación por su gran interés el artículo 10 de este texto, dado que reconoce con gran amplitud el acceso a los archivos públicos con el fin de consultar documentos y obtener copias.

Artículo 10. Se permitirá, además, la impresión de todas las sentencias y laudos, decisiones, resúmenes, instrucciones, normas, reglamentos y privilegios, de cualquier clase y naturaleza que se hayan emitido en el pasado o se emitan en el futuro desde Nuestra Cámara y Cancillería del Consejo, departamentos u oficinas gubernamentales, así como por los tribunales de apelación y superiores y las juntas oficiales del reino, junto con la correspondencia pública

de sus funcionarios; entre los que también se incluyen todos los memoriales, solicitudes, proyectos y propuestas, informes, recursos, con las decisiones y respuestas a los mismos de las sociedades y organismos públicos, así como de los particulares, incluyendo las actuaciones documentadas y los deberes oficiales, tanto legítimos como ilegítimos, de todos los funcionarios, junto con lo que entonces se produzca, ya sea ventajoso o perjudicial. **Y para ello se debe permitir el libre acceso a todos los archivos, con el fin de copiar dichos documentos *in loco* u obtener copias certificadas de los mismos,** cuya responsabilidad está sujeta a la sanción establecida en el artículo 7 de esta ordenanza.

[Art. 10 de la Ley para la libertad de prensa y del derecho de acceso a las actas públicas, Suecia, 1766]⁷

Otro texto de gran valor es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 26 de agosto de 1789, cuyo artículo 8 dispone que «la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público sobre su administración»⁸.

El siguiente antecedente normativo lo encontramos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 19 prescribe que «**todo individuo tiene derecho** a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y **recibir informaciones** y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión». Hay que subrayar que, de acuerdo

⁷ Tomamos la cita [la traducción al español y el subrayado en negrita son nuestros] de la obra *The World's First Freedom of Information Act*, Anders Chydenius Foundation's Publications 2, 2006, pp. 10 y 11:

«§10. The printing shall moreover be permitted of all the judgments and awards, decisions, rescripts, instructions, rules, regulations and privileges, with more of the same of whatever kind and nature they may be that have been issued in the past or will be issued in future from Our Council Chamber and Chancellery, government departments or offices, as well as the appeal and superior courts and the official boards of the realm, together with the public correspondence of their and other officials; also included among which are all memorials, applications, projects and proposals, reports, appeals, with decisions and responses to them from societies and public bodies as well as private individuals, including the documented proceedings and official duties, both legitimate and illegitimate, of all officials, together with whatever then occurred, whether advantageous or harmful. And to that end free access should be allowed to all archives, for the purpose of copying such documents *in loco* or obtaining certified copies of them; responsibility for the provision of which is subject to the penalty laid down in §7 of this ordinance».

Teniendo en cuenta que *in loco* es una expresión latina que significa «en su lugar», la copia de documentos, de acuerdo con el artículo 10, se debía realizar en los mismos archivos donde se custodiaban.

⁸ Tomamos la cita a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que encabeza este trabajo, de la obra dirigida por Gregorio Peces-Barba Martínez, *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1987, p. 115.

con el artículo 10.2 de la Constitución Española, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. No obstante, debe precisarse que «aunque los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 constituyen una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional, la interpretación a que alude el citado artículo 10.2 del texto constitucional no los convierte en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es decir, no los convierte en canon autónomo de constitucionalidad» (STC 64/1991, FJ 4).

En el mismo sentido que el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, que proclama en su artículo 19.2 que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, **recibir** y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

En el ámbito del Consejo de Europa destaca el CEDH, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en cuyo artículo 10.1 se reconoce que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la **libertad de recibir** o de comunicar **informaciones** o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de frontera ...». Debemos resaltar que el CEDH, ratificado por España el 4 de octubre de 1979 (BOE de 10 de octubre de 1979), ocupa un papel muy destacado en la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española. En este sentido, hay que destacar, como ejemplo de su relevancia, que el CEDH es citado por el TC en más de ciento ochenta sentencias⁹.

No obstante estos importantísimos antecedentes normativos, solo es a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando se ha extendido la aprobación de leyes de acceso a la información en el mundo (Finlandia, 1951; EEUU, 1966; Dinamarca, 1970; Noruega 1970; Francia, 1978; ...) ¹⁰.

⁹ Este dato lo recogemos de la «Sinopsis del artículo 10 CE», elaborado por María Merino Norverto (diciembre de 2003) y actualizado por Sara Sieira (enero de 2011), y que puede consultarse en el portal temático creado por el Congreso de los Diputados con ocasión del 25 aniversario de la Constitución de 1978: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2>

¹⁰ En la actualidad, son más de cien los países que han aprobado leyes sobre esta materia. *Vid.* el ranking denominado *Global Right to Information Rating*, que analiza la calidad de las leyes de acceso a la información, elaborado por la organización *Access Info Europe* y la canadiense

En España, la primera ley estatal de transparencia se aprueba en 2013, la Ley 19/2013. Precisamente, los estudios sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública han tenido en los últimos años un desarrollo significativo, que han de valorarse especialmente a raíz de la aprobación de esta ley.

No cabe duda de que la transparencia ha ganado importancia con el tiempo, especialmente con la creciente demanda de rendición de cuentas en la gestión pública. La evolución histórica de este derecho muestra un movimiento hacia una mayor apertura y accesibilidad de la información de las administraciones públicas.

3.3. Marco jurídico

«(...) **El acceso del público a documentos oficiales puede considerarse de interés público.** Los datos personales de documentos que se encuentren en poder de una autoridad pública o un organismo público deben poder ser comunicados públicamente por dicha autoridad u organismo si así lo establece el Derecho de la Unión o los Estados miembros aplicable a dicha autoridad u organismo. Ambos Derechos deben conciliar el acceso del público a documentos oficiales y la reutilización de la información del sector público con el derecho a la protección de los datos personales y, por tanto, pueden establecer la necesaria conciliación con el derecho a la protección de los datos personales de conformidad con el presente Reglamento (...)».

[Considerando 154, fragmento, del Reglamento general de protección de datos]

La transparencia y el acceso a la información pública se regulan en varios instrumentos normativos:

- Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.
- Artículo 105 de la Constitución española.
- Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.
- Leyes autonómicas de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Gobierno Abierto.
- Leyes sectoriales.

Centre for Law and Democracy. Puede consultarse este ranking, incluyendo los textos legales correspondientes, en la página web.
<https://www.law-democracy.org/live/rti-rating/global/>
<https://www.rti-rating.org/>

- Reglamento general de protección de datos

Del marco normativo solamente vamos a destacar en este momento dos puntos, la regulación constitucional y el tratamiento del acceso al público de documentos oficiales en el RGPD.

El artículo 105.b) de la Constitución española, que dispone que la ley regulará «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas», ha sido desarrollado por la Ley 19/2013 y así se señala expresamente en su artículo 12: «todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley».

Como se indica en su exposición de motivos, la Ley 19/2013 tiene un triple alcance: a) incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública —que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas—; b) reconocer y garantizar el acceso a la información y c) establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos.

En cuanto al RGPD, hemos de subrayar que dedica el artículo 86 al tratamiento y acceso del público a documentos oficiales, reglamentando que «los datos personales de documentos oficiales en posesión de alguna autoridad pública o u organismo público o una entidad privada para la realización de una misión en interés público podrán ser comunicados por dicha autoridad, organismo o entidad de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a fin de conciliar el acceso del público a documentos oficiales con el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento». De gran interés es la lectura del considerando 154 del RGPD, dedicado íntegramente a esta materia, y del que hemos reproducido un fragmento en el encabezamiento de este apartado, donde se subraya la necesidad de conciliar derechos.

4. EL LÍMITE DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

«(...) el conflicto entre el derecho de acceso y derecho a la protección de datos ha de resolverse conforme a la Constitución, esto es, realizando una ponderación constitucionalmente adecuada y, por tanto, superadora de la literalidad de las pautas y criterios contenidos en el artículo 15.3 LTAIBG (...)».

[Manuel Medina Guerrero, «Prólogo» a la obra *El Derecho al Acceso a la Información Pública en España*, de Severiano Fernández Ramos y José María Pérez Monguió, Aranzadi, 2017, p. 25]

La disposición adicional segunda de la LOPDPyGDD instituye con claridad este límite al establecer que «la publicidad activa y el acceso a la información

pública regulados por el Título I de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, así como las obligaciones de publicidad activa establecidas por la legislación autonómica, se someterán, cuando la información contenga datos personales, a lo dispuesto en los artículos 5.3 y 15 de la Ley 19/2013, en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica».

En el mismo sentido se expresa el artículo 5.3 de la Ley 19/2013, al indicar que «serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15 (...)».

En todo caso, el artículo central en esta materia es el artículo 15 de la Ley 19/2013, dedicado expresamente a la protección de datos personales, en el que se distinguen distintos supuestos según sean las categorías de datos de la información solicitada y donde se indican criterios de ponderación, y que esquematizamos a continuación:

Límites al acceso según la naturaleza de los datos:

- «Si la información solicitada contuviera **datos personales que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias**, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso» [art. 15.1 párrafo primero, Ley 19/2013].

Este párrafo primero del artículo 15.1 otorga máxima protección a categorías especiales de datos personales de los establecidos en el artículo 9 del RGPD.

- «Si la información incluyese **datos personales que hagan referencia al origen racial, a la salud o a la vida sexual, incluyese datos genéticos o biométricos o contuviera datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor**, el acceso solo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquel estuviera amparado por una norma con rango de ley» [art. 15.1 párrafo segundo, Ley 19/2013].

El párrafo segundo del artículo 15.1 concede máxima protección, aunque requiere en estos supuestos consentimiento expreso y no necesariamente escrito, a categorías especiales de datos personales de los establecidos en el artículo 9 del RGPD, a los que suma, y no son categorías especiales de datos, los relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor.

- «Con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá

el acceso a información que contenga **datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano**» [art. 15.2, Ley 19/2013].

- «Cuando la información solicitada **no contuviera datos especialmente protegidos**, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa **ponderación suficientemente razonada** del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (...)» [art. 15.3, fragmento, Ley 19/2013].

Criterios de ponderación.

- «Para la realización de la citada ponderación, dicho órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:
 - a) El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.
 - b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.
 - c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.
 - d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan **afectar a su intimidad** o a su seguridad, o se refieran a menores de edad» [art. 15.3, fragmento, Ley 19/2013].

Disociación de datos personales. «No será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas» [art. 15.4, Ley 19/2013].

Tratamiento posterior de los datos obtenidos. «La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso» [art. 15.5, Ley 19/2013].

Como vemos, el legislador configura un delicado equilibrio entre el acceso a la información pública y el derecho a la protección de datos personales. Este precepto legal, al exigir una ponderación razonada de ambos intereses en conflicto, pone de manifiesto la complejidad de las relaciones entre la transparencia y la protección de datos en la era digital.

En cuanto a los criterios de ponderación preceptuados en el artículo 15.3 de la Ley 19/2013, hay que subrayar que no son exhaustivos ni excluyentes, ya que el propio artículo señala que «para la realización de la citada ponderación, dicho

órgano **tomará particularmente en consideración los siguientes criterios**». Ofrecen un marco de referencia para poder analizar cada caso concreto. Estos criterios, no absolutos, ayudan a las administraciones públicas evaluar el impacto de la divulgación de la información en los derechos de los afectados. Así, se tendrá en cuenta el carácter de los datos, por ejemplo, la edad de los afectados, por si afecta a menores, lo que hace más delicado el análisis, y el plazo transcurrido desde la producción de los documentos.

5. EL LÍMITE DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

«La persona que pierde su intimidad, lo pierde todo (...) Y la persona que se priva de ella voluntariamente, es un monstruo».

[Milan Kundera, *La insostenible levedad del ser*, 1984]

«Si la información es reservada o íntima, los peligros se incrementan, pues cualquier quiebra en la seguridad o pérdida de control sobre esos datos supondría la, más que probable, afectación del derecho a la vida privada. Este es el elemento detonante de la condición especial de, por ejemplo, los datos sobre la vida sexual, la información genética o la relativa a la salud».

[Daniel Jove Villares, *La protección de lo sensible, o cuando la naturaleza del dato no lo es todo*, Valencia, tirant lo blanch, 2023¹¹]

Concepto del derecho a la intimidad personal y familiar. Derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución española, que tiene por objeto disfrutar de un ámbito propio y reservado para desarrollar una vida personal y familiar plena y libre, excluido tanto del conocimiento como de las intromisiones de terceros. Deriva de la dignidad de la persona, elemento básico y preeminente del ordenamiento jurídico. De acuerdo con el artículo 20.4 de la Constitución española, también es un límite del derecho a la libertad de expresión e información.

La intimidad implica, como ha señalado el TC, «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —

¹¹ La obra de Daniel Jove Villares, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo, constituye un detallado y documentado trabajo doctrinal sobre una de las cuestiones más complejas del derecho de protección de datos: las categorías especiales. La obra tiene su origen en su tesis doctoral, *Tratamiento frente a dato. El problema de las categorías especiales*, que obtuvo la calificación de sobresaliente cum laude y mención internacional por la Universidad de La Coruña (2022).

Sobre esta obra realizamos una reseña en la *Revista Española de Transparencia*, núm. 19, primer semestre, enero-junio 2024, pp. 305-308.

<https://www.revistatransparencia.com/ojs/index.php/ret/article/view/342>

según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STC 231/1988).

La intimidad como límite al derecho de acceso a la información pública. Es el propio artículo 105.b) de la Constitución española el que prescribe expresamente a la intimidad como límite al derecho de acceso a los archivos y registros administrativos: «la ley regulará: (...) b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas». Y no podemos olvidar que de este artículo constitucional deriva la Ley 19/2013, como señala expresamente su artículo 12, cuando señala que «todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley».

Si la intimidad es uno de los límites al derecho de acceso recogidos expresamente en la Constitución española, ¿dónde se instituye este límite de la intimidad en la Ley 19/2013? Sorprendentemente, en la ley solamente aparece una vez la palabra intimidad. En concreto, entre los criterios de ponderación del artículo 15.3. Pero la realidad es que el derecho a la intimidad sí está presente en otros apartados del artículo 15.

La protección del derecho a la intimidad se encuentra también, aunque no se le cita explícitamente, en el artículo 15.1 de la Ley 19/2013, al recoger las categorías especiales de datos reguladas en el artículo 9 del RGPD, para otorgarles la máxima protección. Aunque la ecuación [categorías especiales de datos ≈ datos íntimos] no sea exacta, ya que hay otras fuentes además de la intimidad para considerar un dato como categoría especial, sí que hemos de estimar que las categorías especiales de datos se conforman en gran medida por datos íntimos, como, entre otros, las convicciones religiosas; los datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

Algunas leyes ya están reconociendo esta equiparación general entre datos de categorías especiales y datos íntimos. Por ejemplo, en la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura, en su artículo 17, al regular la protección de datos personales, establece que a efectos de este artículo se «considerarán, en todo caso, íntimos los datos referidos a la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud y sexualidad». Por su parte, el artículo 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, regula el derecho a la intimidad de los datos referentes a su salud¹².

¹² Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

«Artículo 7. **El derecho a la intimidad.** 1. Toda persona tiene derecho a que se **respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud**, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley».

Los «Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad», adoptados en la 31 Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, celebrada el 5 de noviembre de 2009 en Madrid, recogen en su apartado 13.1 que «**serán considerados sensibles aquellos datos de carácter personal: a. Que afecten a la esfera más íntima del interesado; o b. Cuya utilización indebida pueda: i) Dar origen a una discriminación ilegal o arbitraria, o ii) Conllevar un riesgo grave para el interesado**».

No ofrece dudas, por ejemplo, que los datos de salud tienen el carácter de íntimos. En este sentido se manifiesta de forma rotunda la STC 159/2009, al pronunciarse que «resulta evidente que el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y que se trata de un **dato íntimo** que puede ser preservado del conocimiento ajeno. **El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas** (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2)».

En cuanto a los datos relativos a la vida sexual o a la orientación sexual de una persona física, también hemos de considerarlos información reservada o íntima. En este sentido, puede consultarse la definición que se da al concepto de identidad sexual y/o de género en el artículo 3.c) de la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía: «la **vivencia interna** e individual del sexo y/o género tal y como cada persona la siente y autodetermina (...)».

Las creencias, convicciones filosóficas o religiosas, también pertenecen al ámbito reservado de las personas, además de estar protegidos también por la libertad ideológica o religiosa (art. 16 de la Constitución española). Por ejemplo, en cuanto a las creencias, la Orden SSI/81/2017, de 19 de enero, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, por el que se aprueba el protocolo mediante el que se determinan pautas básicas destinadas a asegurar y proteger el derecho a la intimidad del paciente por los alumnos y residentes en Ciencias de la Salud, asevera que «el deber de confidencialidad afecta no solo a '**datos íntimos**' (**incluidos los psicológicos relativos a ideas, valores, creencia, vivencias personales...**) sino también a datos biográficos del paciente y de su entorno (sean íntimos o no) cuyo conocimiento por terceros pueda afectar a los derechos de la persona objeto de tratamiento».

La Resolución de la AEPD PS-00070-2023, de 26 de enero de 2024, analiza el tratamiento de datos personales relativos a la identidad sexual o de género de los interesados, que son categorías especiales de datos personales prohibidas por el artículo 9.1 del RGPD. En la Resolución se afirma que «**no se ha de obligar** a las personas a manifestar o **a declarar sobre sus creencias personales e íntimas**».

Con respecto a la libertad de creencias, el profesor Souto Paz nos muestra la hondura de esta libertad pública, al afirmar que se refiere «a ese ámbito de autonomía personal que alberga la propia concepción del mundo y de sí mismo,

la propia cosmovisión, que constituye el **estrato más profundo de nuestra vida**», y que «garantiza así esa dimensión de la autonomía individual inmune a cualquier acción exterior»¹³.

Las opiniones políticas también han de ser protegidas por el derecho a la intimidad, además de estar garantizadas por los derechos a la libertad ideológica y la libertad de participación política. El TC tiene declarado que «en rigor, en el ámbito de los procesos electorales, solo en casos muy extremos cabrá admitir la posibilidad de que un mensaje tenga capacidad suficiente para forzar o desviar la voluntad de los electores, dado el **carácter íntimo de la decisión del voto** y los medios legales existentes para garantizar la libertad del sufragio» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 16).

En definitiva, es cierto que el concepto de intimidad no es estático y que adquiere su contenido de acuerdo con el contexto histórico, social y cultural en que se aplica. Nos enfrentamos ante un hecho ineludible: la intimidad cambia con el devenir histórico. Lo que hoy consideramos íntimo puede no haberlo sido en el pasado y viceversa. No es un concepto inmutable: evoluciona con la sociedad. Y en estos momentos todo nos lleva a considerar que las categorías especiales de datos garantizan en muchos casos, además del derecho a la protección de datos, la intimidad de las personas. Es un ejemplo de cómo el derecho a la protección de datos se constituye en instituto de garantía de otros derechos, en este caso del derecho a la intimidad, cumpliendo así con lo establecido por el artículo 18.4 de la Constitución española, del que deriva la protección de datos, que ha de «**garantizar** el honor y la **intimidad personal y familiar** de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

6. CRITERIO INTERPRETATIVO 02/2015 DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO Y LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

La disposición adicional quinta de la Ley 19/2013 regula la colaboración del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la AEPD, quienes «adoptarán conjuntamente los criterios de aplicación, en su ámbito de actuación, de las reglas contenidas en el artículo 15 de esta Ley, en particular en lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información y la garantía de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma (...)». En cumplimiento de esta previsión legal se dictó el Criterio interpretativo 02/2015.

Hemos de tener en cuenta al estudiar este criterio que la LOPDPyGDD modificó la redacción del apartado 1 del artículo 15 de la Ley 19/2013, para su adecuación a la terminología y contenidos RGPD.

¹³ Vid. José Antonio Souto Paz, *Comunidad Política y Libertad de Creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 14.

Son varios los criterios interpretativos y conclusiones que contiene el informe al que nos remitimos¹⁴. Por nuestra parte, debemos subrayar varios puntos de este importantísimo texto:

Límite a la publicidad activa y al derecho de acceso. Los artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013 establecen los límites del derecho de acceso a la información pública que, de conformidad con el artículo 5.3 del mismo texto legal, resultan también aplicables a las obligaciones de publicidad activa regulados en la norma.

Orden de ponderación. Opera desde el artículo 15 al 14 de la Ley 19/2013.

Sin automatismos. Los artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013, que regulan los límites del derecho de acceso a la información, no operan de forma automática, sino que habrán de ser aplicados de acuerdo con las reglas de aplicación y los elementos de ponderación que disponen la Ley 19/2013, el RGPD y la LOPDPyGDD.

A raíz de la emisión de este criterio, distintos organismos han publicado protocolos y manuales de aplicación en esta materia. Especialmente interesante por su carácter eminentemente práctico es la «Guía sobre la aplicación del límite de la protección de datos en el derecho de acceso a la información pública»¹⁵, de la Delegación de Protección de Datos de la Generalitat Valenciana. Esta guía contiene apartados con su objeto y finalidad (1); la normativa de aplicación, incluyendo el RGPD y la LOPDPyGDD (2); el derecho de acceso a la información pública en la Ley 19/2013 y en la Ley 1/2022, de 13 de abril, de la Generalitat, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana (3); los límites al derecho de acceso (4); la regulación de la protección de datos de carácter personal en el derecho de acceso a la información pública (5); los criterios para la aplicación del límite de protección de datos (6); criterios aplicables a la ponderación de derechos del artículo 15.3 de la Ley 19/2013 (7); y un caso particular de acceso a la información por parte de los diputados. A todo ello se le añaden dos anexos sobre los procedimientos de acceso de la información pública (I) y los principales criterios interpretativos en la ponderación de derechos (II).

7. TEST DEL DAÑO Y DEL INTERÉS PÚBLICO

«El capítulo III configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública, del que son titulares todas las personas y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud. Este derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información —derivado de lo dispuesto en la Constitución Española— o por su

¹⁴ Criterio interpretativo 2/2015, Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y AEPD: Aplicación de los límites al derecho de acceso a la información: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/criterios.html

¹⁵ <https://www.aepd.es/documento/guia-evaluar-necesidad-tratamientos-en-politicas-y-medidas-legislativas.pdf>

entrada en conflicto con otros intereses protegidos. En todo caso, **los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño** (del interés que se salvaguarda con el límite) **y de interés público** en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad».

[Preámbulo, apartado III, de la Ley 19/2013]

Aunque los test del daño y del interés público se circunscriben en principio a la aplicación del artículo 14 de la Ley 19/2013¹⁶, también son criterios que coadyuvan a una correcta ponderación, junto con los establecidos en el artículo 15.3 de la Ley 19/2013, dedicado a la protección de datos. En modo alguno son incompatibles los criterios del artículo 15.3 de la Ley 19/2013 con los test del daño y del interés público. El propio artículo 15.3 así lo apunta en su primer inciso, antes de pasar a detallar los criterios de ponderación, que por otra parte no son excluyentes:

«Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa **ponderación** suficientemente razonada del **interés público** en la divulgación de la información y los **derechos de los afectados** cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (...)».

[Artículo 15.3, fragmento, Ley 19/2013]

7.1. Test del daño

Concepto y finalidad. Mecanismo jurídico utilizado para valorar si el acceso a información con datos personales puede causar un perjuicio concreto, definido y evaluable, realizando una aplicación justificada y proporcional atendiendo a las circunstancias del caso. No podrá afectar o ser relevante para un determinado ámbito material, porque de lo contrario se estaría excluyendo un bloque completo de información. Su finalidad es evitar que el acceso a la información produzca perjuicios a la reputación, integridad física o psicológica, o a otros intereses legítimos de las personas afectadas.

¹⁶ Vid. el criterio CI/002/2015, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la AEPD, de 24 de junio de 2015, dedicado a la aplicación de los límites al derecho de acceso a la información, que detalla los test del daño y del interés público en relación con los límites del artículo 14 de la Ley 19/2013.
<https://www.aepd.es/documento/ci-002-2015.pdf>

Elementos para considerar:

- a) *Naturaleza de los datos.* Se evalúa la sensibilidad de los datos. Datos como los relativos a la salud, la orientación sexual o las creencias religiosas son considerados más sensibles y, por tanto, su divulgación puede causar un daño mayor.
- b) *Probabilidad del daño.* Se analiza la posibilidad real de que se produzca un perjuicio como consecuencia de la divulgación.
- c) *Gravedad del daño.* Se evalúa la intensidad del daño que se puede producir. Un daño grave puede ser la pérdida del empleo, el aislamiento social o el daño a la reputación

7.2. Test del interés público

Concepto y finalidad. El test del interés público es un mecanismo jurídico fundamental en el contexto de la transparencia y el acceso a la información pública, especialmente cuando esta información contiene datos personales. Su objetivo principal es evaluar si la divulgación de información con datos personales está justificada por un interés público superior que pueda prevalecer sobre el derecho a la protección de datos.

Este test se erige como una herramienta esencial para garantizar un equilibrio adecuado entre la transparencia y el derecho a la protección de datos. Por un lado, busca fomentar la transparencia y el control ciudadano sobre la gestión pública, permitiendo que los ciudadanos accedan a información relevante para la toma de decisiones y la participación democrática. Por otro lado, protege los derechos fundamentales de las personas, evitando que la divulgación de datos personales pueda generar un daño injustificado a su privacidad e intimidad.

En esencia, el test del interés público busca responder a la pregunta de si la divulgación de la información solicitada responde a un interés público significativo que justifique la afectación a la protección de datos. La respuesta a esta pregunta determinará si la divulgación es legítima y conforme a la normativa vigente.

Elementos para considerar. Para llevar a cabo el test del interés público de manera efectiva, es necesario analizar una serie de elementos clave:

- a) *Relevancia de la información.* Hay que evaluar si la información solicitada es realmente relevante para el interés público. No toda información que pueda ser de interés para un individuo o un grupo específico se califica como de interés público. La información debe ser trascendente para la sociedad en su conjunto, y su divulgación debe contribuir a un debate público informado o a la toma de decisiones relevantes para la comunidad. Por ejemplo, la información sobre la gestión de fondos públicos, la contra-

tación pública o la comisión de delitos por parte de funcionarios públicos son consideradas con carácter general de interés público.

- b) *Interés público en su difusión.* Procede analizar si la divulgación de la información contribuye de manera efectiva al interés público. No basta con que la información sea relevante; es necesario que su difusión aporte valor a la sociedad. La divulgación debe fomentar la transparencia, la rendición de cuentas, el debate público o la prevención de daños a la sociedad. Por ejemplo, la divulgación de información sobre riesgos ambientales o sobre prácticas corruptas puede contribuir a proteger el interés público.
- c) *Alternativas para proteger la protección de datos.* Es necesario buscar alternativas que permitan satisfacer el interés público en la divulgación de la información sin menoscabar la protección de datos. Se trata de minimizar la afectación a la privacidad de las personas afectadas, recurriendo a técnicas como la anonimización de los datos o la limitación del acceso a la información.

8. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD¹⁷

«Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. **Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias** y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

[Artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea]

Concepto. «Principio general del derecho» (STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 5), que se configura como una garantía frente a toda actuación de los poderes pú-

¹⁷

Vid.:

Referencia normativa: art. 35 RGPD.

Sentencia: STC 14/2003, de 28 de enero.

Bibliografía: González Beilfuss, Markus: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2003.

Guías:

AEPD, Gestión del riesgo y evaluación de impacto en tratamientos de datos personales.

<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-evaluaciones-de-impacto-rgpd.pdf>

Supervisor Europeo de Protección de Datos, Directrices del SEPD sobre la evaluación de la proporcionalidad de las medidas que limitan los derechos fundamentales a la privacidad y a la protección de los datos personales

https://www.edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/guidelines/edps-guidelines-assessing-proportionality-measures_en

blicos que entrañe una restricción de derechos. Consta de un triple juicio: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Exige que las autoridades encuentren un equilibrio entre los medios utilizados y el objetivo perseguido.

El TC explica el triple juicio de proporcionalidad en los siguientes términos:

«En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (**juicio de idoneidad**); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (**juicio de necesidad**); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (**juicio de proporcionalidad en sentido estricto**; SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.e; 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8; 186/2000, de 10 de julio, FJ 6)».

[Fundamento jurídico 9 STC 14/2003]

El principio de proporcionalidad obliga a evaluar si la divulgación de datos es adecuada, necesaria y equilibrada. En el contexto de los derechos fundamentales, la proporcionalidad es clave para informar cualquier actividad de los poderes públicos susceptible de restringir, limitar o lesionar de alguna forma estos derechos. En este sentido, el derecho fundamental a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto, sino que «debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad» (RGPD, considerando 4).

Veamos a qué responden los tres juicios que conforman el test de proporcionalidad:

Juicio de idoneidad. Al realizar una evaluación para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, hay que determinar en primer lugar si la solución propuesta alcanza la eficacia necesaria para cumplir los fines que persigue, si da respuesta a determinadas carencias, demandas, exigencias, obligaciones y si puede conseguir los objetivos propuestos con la eficacia suficiente. Por tanto, con el juicio de necesidad hay que responder a la pregunta ¿la medida propuesta es adecuada a los fines que persigue? Si la medida restrictiva de un derecho fundamental no es susceptible de conseguir el objetivo propuesto no supera el juicio de idoneidad.

Juicio de necesidad. Hay que determinar si la finalidad perseguida por la medida propuesta puede alcanzarse de forma menos lesiva o invasiva. En defini-

tiva, hay que responder a la pregunta ¿existe una medida alternativa que sea igualmente eficaz para el logro de la finalidad perseguida? No se superaría el juicio de necesidad si existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. En definitiva, este juicio exige que la divulgación de datos personales sea indispensable para el objetivo de transparencia. La jurisprudencia juega un papel crucial en la evaluación de la necesidad.

Juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Hay que valorar la gravedad del riesgo para los derechos y libertades del tratamiento, y su intromisión en la privacidad. La medida propuesta ha de ser adecuada al objetivo perseguido y proporcionada a la urgencia y gravedad de esta. En el juicio de proporcionalidad en sentido estricto la clave es la ponderación. Hay que ponderar entre el beneficio que el acuerdo que se va a adoptar, desde el punto de vista de la protección de datos, proporciona a la sociedad y el impacto que representa sobre otros derechos fundamentales. Si se derivan de la medida propuesta más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto se supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

9. ACCESO DEL PÚBLICO A LOS DOCUMENTOS DEL PARLAMENTO EUROPEO, DEL CONSEJO Y DE LA COMISIÓN: CRITERIOS

La Sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 16 de julio de 2015, en el asunto C-615/13 P, aborda los criterios aplicados por el TJUE en relación con el acceso no consentido a documentos que contienen datos personales, a la luz del Reglamento (CE) n.º 1049/2001. En ella se exige de forma gradual analizar los criterios de necesidad, perjuicio y ponderación. Veamos el apartado § 47 de la sentencia, que trata esta materia:

«(...) corresponde en primer lugar a quien solicita esa transmisión demostrar su necesidad. Si aporta esa prueba, incumbe entonces a la institución interesada verificar si no hay ningún motivo para suponer que esa transmisión podría perjudicar los intereses legítimos de la persona interesada. En defecto de un motivo de esa clase, debe accederse a la transmisión solicitada, mientras que en caso contrario la institución interesada ha de ponderar los diferentes intereses contrapuestos para pronunciarse sobre la solicitud de acceso (véanse, en ese sentido, las sentencias Comisión/Bavarian Lager, C-28/08 P, EU:C:2010:378, apartados 77 y 78, y Strack/Comisión, C-127/13 P, EU:C:2014:2250, apartados 107 y 108; véase también, en el mismo sentido, la sentencia Volker und Markus Schecke y Eifert, C-92/09 y C-93/09, EU:C:2010:662, apartado 85)».

[§ 47, STJUE, Sala Segunda, de 16 de julio de 2015, en el asunto C-615/13 P]

Veamos con más detalle cada uno de los criterios que, como podemos comprobar, son de aplicación escalonada.

Primer criterio: acreditación de la necesidad de la transmisión de datos personales. Los datos personales solo pueden transmitirse si se demuestra que es necesario para una finalidad específica de interés público. Esto incluye demostrar que la transmisión es la medida más adecuada y proporcional para alcanzar dicho objetivo.

Segundo criterio: verificación de la existencia de perjuicios a intereses legítimos. Solamente es de aplicación este segundo criterio si el solicitante acredita la necesidad de la transmisión. En ese caso, la institución debe considerar si la divulgación pudiera perjudicar los intereses legítimos de la persona afectada. Para poder valorar la existencia de posibles perjuicios a las personas afectadas por el acceso a la información, debiera concedérseles a estas terceras personas un trámite de audiencia.

Tercer criterio: ponderación de intereses. Procede en el supuesto de no producirse un perjuicio a los intereses legítimos de los interesados. Si así fuera, el tercer criterio requiere sopesar, de forma verificable, los intereses concurrentes entre la protección de datos personales y el interés público en la transparencia y el control de los fondos públicos.

10. TEST DE LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE PRIVACIDAD

«Un concepto objetivo —no ya subjetivo— de expectativa razonable de privacidad, ligado a la dignidad humana, sería crucial para la protección de la intimidad digital. No podemos, sin más, descartar la expectativa razonable de privacidad en espacios abiertos o públicos como las redes sociales».

[Antoni Roig Batalla, *La expectativa razonable de privacidad. Orígenes y recepción jurisprudencial en España*, Barcelona, JM Bosch Editor, 2024, p. 319]

La expectativa razonable de privacidad¹⁸ tiene su origen en la sentencia del Tribunal Supremo federal norteamericano, caso *Katz v. United States* —389 U.S. 347 (1967)—, al pronunciarse sobre la Cuarta Enmienda. En concreto, proviene del voto concurrente del Juez Harlan en esta sentencia.

El TEDH ha incorporado la expectativa razonable de privacidad a su doctrina jurisprudencial, en relación con el artículo 8 del CEDH, que reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Y lo ha hecho en casos referidos al control de los medios puestos a disposición de los trabajadores por la empresa (STEDH de 25 de junio de 1997, demanda 20605/92, caso *Halford* contra Reino Unido; STEDH de 3 de abril de 2007, demanda 62617/00, caso *Copland* contra Reino Unido).

¹⁸ Vid. la obra citada de Antoni Roig Batalla, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona, especializado en derechos fundamentales y nuevas tecnologías, *La expectativa razonable de privacidad. Orígenes y recepción jurisprudencial en España*, Barcelona, JM Bosch Editor, 2024.

Aunque no se relaciona expresamente en este artículo 8 CEDH un derecho a la protección de datos personales, el TEDH considera que el citado artículo sí comprende al derecho a la protección de datos de carácter personal, como una manifestación de la protección de la vida privada.

«La protección de los datos de carácter personal juega un papel fundamental en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado por el artículo 8 del Convenio. Por tanto, la legislación interna debe ofrecer unas garantías apropiadas que impidan toda utilización de datos de carácter personal que no sea conforme a las garantías previstas en dicho artículo.»

[STEDH, de 18 de octubre de 2011, caso *Khelili contra Suiza*, § 103]

El test de la expectativa razonable de privacidad establece que, para que una expectativa de privacidad sea considerada suficiente, debe ser doblemente razonable.

- Razonable subjetivamente. Se examina la perspectiva de una persona en un determinado lugar o situación.
- Razonable objetivamente. Se examina la perspectiva reconocida por la sociedad, lo que la sociedad reconocería como expectativa razonable.

Esto significa que, en primer lugar, la persona debe tener una expectativa subjetiva de privacidad, es decir, debe creer que su privacidad está siendo protegida. En segundo lugar, esta expectativa debe ser objetivamente razonable, lo que implica que la sociedad en general debe reconocer y aceptar que dicha expectativa de privacidad es legítima y ¹⁹justificada.

La expectativa razonable de privacidad ya es un concepto que se aplica en el ámbito de la protección de datos. Así, en el Dictamen 2/2017 del Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29, sobre el tratamiento de datos en el trabajo, se señala expresamente que el informe «reevalúa el equilibrio entre los intereses legítimos de los empresarios y las expectativas razonables de privacidad de los trabajadores, describiendo los riesgos que plantean las nuevas tecnologías y evaluando la proporcionalidad de una serie de escenarios en los que podrían aplicarse». O, por ejemplo, el Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE²⁰ se refiere igualmente a las expectativas razonables de los interesados en relación con el uso y la revelación de sus datos.

¹⁹ Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29, Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo.
<https://www.aepd.es/documento/wp249es.pdf>

²⁰ Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29, Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE.
https://www.aepd.es/documento/wp217_es_interes_legitimo.pdf

Pues bien, el test de la expectativa razonable de privacidad podría incorporarse como un criterio adicional a los previstos en el artículo 15.3 de la Ley 19/2013, en la ponderación de derechos en conflicto entre la protección de datos y el acceso a la información pública. Hay que tener en cuenta que este criterio permitiría ponderar mejor el acceso a la información pública, al tener en cuenta si los datos personales que se incluyen en la información pública solicitada afectan o no a personas que tienen, por ejemplo, la condición de altos cargos, ejerzan funciones públicas o sean particulares. En todos estos supuestos las expectativas razonables de privacidad son diferentes.

11. EPÍLOGO

«Sin preguntas no hay respuestas y sin respuestas no hay información profunda, y la calidad de la democracia y la gobernanza no es tan alta».

[Daniel Cerdán Elcid, *IUS*, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife, núm. 31, diciembre 2018]

- La transparencia es un pilar fundamental de la democracia, y el acceso a la información pública permite a los ciudadanos controlar la actuación de las administraciones y participar en la vida política. Sin embargo, este interés debe ser sopesado con los derechos constitucionales, especialmente cuando se trata de datos personales.
- El derecho a la intimidad es un derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución española.
- El derecho de protección de datos es un derecho fundamental derivado del artículo 18.4 de la Constitución española.
- El derecho de acceso a la información pública es un derecho constitucional de configuración legal (art. 105.b Constitución española).
- Los derechos de protección de datos, intimidad y de acceso a la información pública no son absolutos.
- El artículo 15 de la Ley 19/2013 prescribe un marco jurídico de referencia para la ponderación entre el derecho de acceso a la información pública y los derechos a la protección de datos personales e intimidad. Es una disposición clave para buscar el equilibrio entre estos derechos. Las administraciones públicas deben realizar una evaluación exhaustiva de todos los factores relevantes.
- En el contexto del acceso a la información pública es necesario proteger la intimidad y los datos de carácter personal de los ciudadanos, especialmente cuando estos datos pueden revelar aspectos sensibles de su vida privada, como los recogidos en el artículo 15.1 de la Ley 19/2013.

Protección de datos, intimidad y acceso a la información pública. Ponderación y proporcionalidad

- Los principios de necesidad y proporcionalidad permiten equilibrar estos derechos, garantizando que la divulgación de información pública no vulnere la privacidad de las personas. La jurisprudencia del TEDH, del TJUE, del TC y del TS han consolidado estos principios, exigiendo un análisis detallado caso por caso para determinar si la divulgación es justificable.
- Tanto el test del daño como el test del interés público son herramientas esenciales para equilibrar la transparencia y la protección de datos en el ámbito de la información pública. Su correcta aplicación garantiza que la divulgación de información con datos personales se realice de manera justificada y proporcional, contribuyendo a una sociedad más transparente y democrática, pero siempre respetando los derechos fundamentales de las personas.
- El test de expectativa razonable de la privacidad debiera incluirse expresamente entre los criterios de ponderación del artículo 15.3 de la Ley 19/2013.

12. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- BLANES CLIMENT, Miguel Ángel: *La transparencia informativa de las administraciones públicas. El Derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Pamplona, Aranzadi, 2014.
- BRINES ALMIÑANA, Javier: *Todo Administración Local: Transparencia y Protección de Datos*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021.
- FERNÁNDEZ RAMOS S. Y PÉREZ MONGUIÓ: *El derecho al acceso a la información pública en España*, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2020.
- GUICHOT REINA, Emilio y BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: *El Derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2023.
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, José Miguel: *Esquemas de protección de datos I*, 2ª edición, Valencia, tirant lo blanch, 2022.
- JOVE VILLARES, Daniel: *La protección de lo sensible, o cuando la naturaleza del dato no lo es todo*, Valencia, tirant lo blanch, 2023
- LEFEBVRE, *Diccionario Protección de datos*, Madrid, 2023.
- ROIG BATALLA, Antoni: *La expectativa razonable de privacidad. Orígenes y recepción jurisprudencial en España*, Barcelona, JM Bosch Editor, 2024.
- SOUTO PAZ, José Antonio: *Comunidad Política y Libertad de Creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio (director): *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Cizur Menor, editorial Civitas, 2021.

