



El conflicto entre la transparencia y la protección de datos tras la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos

Manuel Medina Guerrero¹

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de Sevilla

España

ORCID: [0000-0002-2227-813X](https://orcid.org/0000-0002-2227-813X)

RECIBIDO : 28/04/2023

ACEPTADO : 7/07/2023

El presente artículo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación DATATRANSCO con referencia n.º PID2021-128309NB-I00.

RESUMEN: La entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos ha supuesto un cambio notable en el marco normativo europeo regulador del derecho fundamental a la protección de datos. En particular, ha conllevado un cierto avance en la regulación del conflicto entre este derecho fundamental y el derecho de acceso a los documentos públicos. El principal objetivo de este trabajo es examinar si es recomendable o incluso exigible que se modifique la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, a fin de acomodarla a este renovado marco normativo europeo. A este respecto, el trabajo aporta algunas sugerencias de reforma de la citada Ley que garantizarían su más adecuado encaje con el Reglamento General de Protección de Datos.

PALABRAS CLAVE: Derecho de acceso a la información pública, derecho a la protección de datos personales, transparencia, derecho fundamental, Reglamento General de Protección de Datos.

¹ Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (desde 2006). Letrado del Tribunal Constitucional (1994-1998). Director de la Fundación Democracia y Gobierno Local (mayo 2004-septiembre 2010). Miembro de la Comisión que elaboró el "Libro Blanco para la reforma del gobierno local" (Ministerio de Administraciones Públicas, 2004-2005). Miembro de la Comisión de Expertos Independientes del Pacto Antitransfuguismo (2010-2014). Vocal de la Junta Electoral de Andalucía (diciembre 2003-julio 2014). Ha sido Director del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía.



CONTENIDOS: 1.-Introducción. 2.-La función de armonizar el acceso a la información pública y la tutela de datos personales en el Reglamento General de Protección de Datos. 3.-La cláusula de apertura del artículo 85 RGPD. El derecho a acceder a la información pública por parte de los periodistas. 4.-El artículo 15 LTAIBG en el contexto del RGPD. 4.1.-*Los criterios de ponderación del apartado tercero del artículo 15 LTAIBG.* 4.2.-*El acceso a la información relativa a infracciones administrativas.* 5.-La LTAIBG como ley parcialmente orgánica.- Bibliografía.

The conflict between transparency and data protection after the entry into force of the general data protection regulation

ABSTRACT: The entry into force of the General Data Protection Regulation has brought about a significant change in the European regulatory framework governing the fundamental right to data protection. In particular, it has led to some progress in regulating the conflict between this fundamental right and the right of access to official documents. The main objective of this paper is to examine whether it is advisable or even required to amend the Law on Transparency, Access to Public Information and Good Governance, in order to adapt it to this renewed European regulatory framework. In this regard, the paper provides some suggestions for the reform of Article 15 of the aforementioned Law that would ensure a more appropriate fit with the General Data Protection Regulation.

KEY WORDS: Right of access to public information, right to the protection of personal data, transparency, fundamental right, General Data Protection Regulation.



1.- Introducción

Entre los diez compromisos asumidos por el Ejecutivo en el *IV Plan de Gobierno Abierto*, el primero de ellos consiste precisamente en modificar el marco regulatorio de la transparencia, que incluye, entre otros aspectos, la reforma de la propia Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG). El objetivo de las siguientes líneas es plantear -como hipótesis de trabajo- si, en el marco de dicha prometida reforma, sería conveniente o necesario efectuar algún retoque en la Ley 19/2013 a fin de acomodarla al Reglamento General de Protección de Datos², que comenzó a aplicarse a partir del 25 de mayo de 2018 (artículo 99.2).

Como es sabido, al abordar la regulación de la cuestión capital de establecer el sistema de límites de la transparencia, el legislador optó por dedicar de forma específica un artículo al límite que cabía esperar generase más conflictos en la práctica, a saber, el derecho fundamental a la protección de datos personales. Su artículo 15, en efecto, fija reglas, principios y criterios llamados a orientar al operador jurídico que debe ciertamente dar respuesta a las solicitudes de información, pero que al unísono está también obligado a no soslayar la tutela de los datos de carácter personal. Un entramado de reglas y criterios de ponderación que asimismo resultan de aplicación cuando de obligaciones de publicidad activa se trata (art. 5.3 LTAIBG).

Este sistema de resolución de conflictos entre transparencia y protección de datos, que ha funcionado razonablemente bien durante estos años, se erigió y fundamentaba -como no podía ser de otra manera- sobre la normativa entonces existente reguladora del derecho fundamental a la protección de datos personales: la Directiva 95/46/CE y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que vino a trasponer dicha Directiva. De hecho, el referido art. 15 LTAIBG, en la medida en que fija y concreta el alcance y determinados límites del derecho fundamental ex art. 18.4 CE, y por tanto aborda la regulación de una materia reservada a ley orgánica, debió aprobarse con tal carácter. Por consiguiente, las numerosas decisiones de los órganos independientes de control de la transparencia que han resuelto la miríada de controversias suscitadas al respecto se han fundamentado en una disposición cuya suficiencia de rango normativo puede plantear dudas en algunos de sus aspectos. Pero no podemos ahora detenernos en este punto, al que tendremos que volver siquiera incidentalmente más adelante.

Pues la finalidad central de estas páginas -como decíamos- no es otra que valorar si y en qué medida la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos (que, aunque heredero de la Directiva 95/46/CE, aporta notables novedades) perfila

² 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.



un renovado marco normativo que permite -o aun exige- retocar el sistema de resolución de conflictos contenido en el art. 15 LTAIBG.

2.- La función de armonizar el acceso a la información pública y la tutela de datos personales en el Reglamento General de Protección de Datos

Pues bien, lo primero que debe reclamar nuestra atención es que, a diferencia de la Directiva 96/46/CE, el RGPD sí dedica un específico precepto -el art. 86- de su Capítulo IX ("Disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento") al "tratamiento y acceso del público a documentos oficiales". Concretamente, este artículo 86 RGPD dice así:

"Los datos personales de documentos oficiales en posesión de alguna autoridad pública o un 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".

Como es palmario, la tarea de conciliación a la que alude el transcrito precepto es precisamente la que se acometió en la práctica en el art. 15 LTAIBG con base en el anterior marco normativo europeo, la referida Directiva 95/46/CE, la cual, aunque no llevó este asunto a su articulado, sí hizo alguna mención al mismo en su Considerando 72: "la presente Directiva autoriza que se tenga en cuenta el principio de acceso público a los documentos oficiales a la hora de aplicar los principios expuestos en la presente Directiva".

Pero volviendo al art. 86 RGPD, parece incuestionable a la vista de su tenor literal que nos hallamos en presencia de una de las numerosas cláusulas de apertura facultativas que jalonan el Reglamento, en cuanto permite a los legisladores nacionales, si así lo estiman oportuno ("podrán"), regular cómo se armoniza el acceso a los documentos públicos con el derecho a la protección de los datos personales. Sencillamente, el legislador europeo optó por no abordar él mismo la regulación de esta cuestión, dejando la misma en manos de los diversos Estados miembros. El precepto, sin embargo, no aclara en modo alguno cuál es el margen de maniobra que se confía sobre el particular a los Estados, e invita sobre todo a cuestionarse si autoriza eventuales "matizaciones", "desviaciones" o, incluso, abiertas divergencias con lo dispuesto en el propio RGPD.

Así, sobre la base de entender que el art. 86 RGPD atribuye a los Estados la competencia para resolver esas colisiones determinado cuál de los dos bienes en conflictos ha de ser prevalente en los diferentes supuestos, se ha sostenido que el propio RGPD exige a los Estados del cumplimiento de sus requisitos y de la obligación de alcanzar el nivel de protección que proporciona con alcance general a los datos personales (Kühling *et al.* 2016: 296).



Otras posiciones, sin duda mayoritarias, se escoran al extremo opuesto, llegando incluso alguna de ellas a poner en cuestión su verdadero valor normativo³. Naturalmente, bajo este prisma, se coincide en concluir que el art. 86 RGPD en modo alguno autoriza a los Estados a adoptar reglas que exceptúen o contradigan lo dispuesto en el propio Reglamento. A este resultado llegan fundamentándose en diversas líneas interpretativas.

Por un lado, se recurre al propio tenor literal del precepto para defender la entera sujeción de los Estados a lo establecido en el RGPD, sin posibilidad de introducir ninguna regulación divergente ("en virtud del presente Reglamento", concluye el art. 86 RGPD); y abunda al respecto el Considerando 154: los Estados "pueden establecer la necesaria conciliación con el derecho a la protección de los datos personales de conformidad con el presente Reglamento"⁴.

Por otra parte, a partir de la afirmación del Considerando 154 según la cual "[e]l acceso del público a documentos oficiales puede considerarse de interés público", este grupo de autores sostiene que, en puridad, el art. 86 RGPD no viene sino a reiterar o recordar la base jurídica legitimadora del tratamiento contenida en el art. 6.1.e) RGPD: "el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público". Por consiguiente, en la medida en que no atribuye a los Estados ninguna capacidad normativa que no pudieran ya desplegar con base en el art. 6.2 y 3 RGPD⁵, el art. 86 RGPD no vendría sino a desempeñar una función puramente declaratoria (Herbst 2018: 1168)⁶.

Finalmente, en apoyo de esta posición se invoca asimismo la cláusula de apertura establecida en el precedente art. 85 RGPD, que igualmente aborda la conciliación del derecho a la protección de datos personales con otros bienes jurídicos, concretamente con el derecho a la libertad de expresión y de información. Pero, a diferencia del art. 86 RGPD, este artículo 85 sí contempla expresamente la posibilidad de que los Estados establezcan "exenciones o excepciones" de lo

³ Y en esta línea, a juicio de Herke Kranenborg, el art. 86 RGPD tiene más bien el carácter de un Considerando (2020: 1217).

⁴ Así, Pauly (2021: 1081) e igualmente Specht y Bienemann (2018: 1462-1463). Lo cierto es que la versión española del art. 86 RGPD ("en virtud de...") desdibuja la nota de sujeción al Reglamento que sí se refleja con mayor claridad en el Considerando ("de conformidad con..."). De hecho, la literalidad de nuestro Considerando está más próxima a la de otras versiones, como la alemana, que emplea el mismo término en el artículo 86 y en el Considerando 154 ("gemäß...").

⁵ Recuérdese que, en relación con los casos de tratamiento previstos en el apartado 1.e) del art. 6.2 RGPD habilita a los Estados a "mantener o introducir disposiciones más específicas a fin de adaptar la aplicación de las normas del presente Reglamento..., fijando de manera más precisa requisitos específicos de tratamiento y otras medidas que garanticen un tratamiento lícito y equitativo, con inclusión de otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del Capítulo IX".

⁶ En esta línea, Louisa Specht y Linda Bienemann sostienen que el art. 86 RGPD no permite a los Estados ninguna dispensa de lo dispuesto en el Reglamento, sino únicamente "concretizar" sus previsiones en el sentido de lo establecido en el art. 6.2 y 3 RGPD (2018: 1457).



dispuesto en el RGPD, "si son necesarias para conciliar el derecho a la protección de los datos personales con la libertad de expresión e información". La ausencia de cualquier referencia semejante al respecto en el art. 86 RGPD no viene -según estos autores- sino a corroborar que la cláusula de apertura que nos ocupa no permite a los Estados fijar límites al derecho de protección de datos que no estén basados en otros preceptos del Reglamento⁷.

Dicho esto, conviene que nos detengamos en la cláusula de apertura del art. 85 RGPD, ya que, por las razones que veremos a continuación, siquiera de forma mediata o indirecta guarda relación con el derecho de acceso a la información pública configurado en la LTAIBG.

3.- La cláusula de apertura del artículo 85 RGPD. El derecho a acceder a la información pública por parte de los periodistas

La necesidad de hallar un adecuado equilibrio entre el derecho a la protección de datos y la libertad de información no ha dejado de estar presente en la actividad del legislador europeo desde que comenzó a regular directamente esta materia. Ya la Directiva 95/46/CE ponía de manifiesto esta preocupación en su artículo 9, dedicado específicamente al "Tratamiento de datos personales y libertad de expresión":

"En lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán, respecto de las disposiciones del presente capítulo, del capítulo IV y del capítulo VI, exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión".

Aunque el precepto, en determinados pasajes, se expresaba en términos imperativos ("los Estados miembros establecerán..."), lo cierto es que el artículo 9 en su conjunto permitía interpretar que los Estados podían decidir si establecían, o no, exenciones o excepciones al valorar libremente si eran necesarias para conciliar ambos derechos. Y así parecía desprenderse del Considerando 37:

"Considerando que para el tratamiento de datos personales con fines periodísticos o de expresión artística o literaria, en particular en el sector audiovisual, deben preverse excepciones o restricciones de determinadas disposiciones de la presente Directiva siempre que resulten necesarias para conciliar los derechos fundamentales de la persona con la libertad de expresión y, en particular, la libertad de recibir o comunicar informaciones, tal y como se garantiza en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [...]".

Comoquiera que sea, lo cierto es que la inmensa mayor parte de los Estados miembros llevó a su correspondiente normativa de transposición de la Directiva este "privilegio periodístico"-siquiera para reiterar en términos generales lo dispuesto en la misma-, siendo España una de las contadas excepciones al respecto pues la Ley

⁷ Así, por ejemplo, Herbst (2018: 1170-1171) y Kranenborg (2020: 1216-1217).



Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, silenció por completo la cuestión.

Como cabía esperar, una previsión semejante a la contenida en el artículo 9 de la Directiva se incorpora también al RGPD, en el artículo 85, aunque su tratamiento dista de ser idéntico. En el Reglamento se refleja con mucha mayor claridad que esa tarea de conciliación constituye un mandato impositivo de legislación que el legislador europeo dirige a los Estados⁸. Así es, este "mandato general de ponderación" (Buchner y Tinnefeld 2018: 1160) entre el derecho a la protección de datos y la libertad de expresión se hace patente desde el momento en que el citado artículo 85 aísla la prescripción, en su apartado primero, de toda conexión con la idea de que el establecimiento de las exenciones o excepciones depende de la decisión discrecional de considerarlas necesarias para la conciliación; referencia a las posibles exenciones o excepciones que ahora aparece individualizada en un concreto precepto (el segundo apartado del art. 85). Como decía, el tenor literal del apartado primero apunta inequívocamente a que se trata de una obligación:

"Los Estados miembros conciliarán por ley el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento con el derecho a la libertad de expresión y de información, incluido el tratamiento con fines periodísticos y fines de expresión académica, artística o literaria".

Y el Considerando 153 subraya el carácter obligatorio de esta tarea para los Estados: "El Derecho de los Estados miembros debe conciliar las normas que rigen la libertad de expresión e información... con el derecho a la protección de los datos personales con arreglo al presente Reglamento". Se trata, pues, de una cláusula de apertura obligatoria, en cuya virtud los legisladores nacionales pueden y deben establecer en la esfera periodística normas específicas que sustraigan a la misma del régimen general fijado por el RGPD.

Pues bien, la falta de desarrollo normativo interno de esta tarea de conciliación entre protección de datos y libertad de expresión e información, de la que ya adolecíamos bajo la Directiva 95/46/CE, se ha prolongado tras la entrada en vigor del RGPD, pues ninguna referencia se hace al respecto en la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), ni en ninguna otra norma interna -salvo error del que escribe-. Es palmario, pues, en nuestro país el incumplimiento por omisión del inequívoco mandato contenido en el art. 85 RGPD.

Este incumplimiento podría paliarse, siquiera de forma parcial y fragmentaria, si la prevista reforma de la LTAIBG se hace eco del singular papel que tienen los profesionales de los medios en cuanto titulares del derecho al acceso a la información pública. Así es; de conformidad con una línea jurisprudencial que hoy puede catalogarse sin circunloquios como absolutamente consolidada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que la "libertad de información" a la que alude el artículo 10.1 del Convenio comprende, en determinadas circunstancias, el

⁸ Para una posición mucho más matizada acerca del carácter imperativo de la regulación de esta conciliación, véase Fernández Rodríguez (2021: 3307-3309).



derecho de acceso a la información pública tutelado en las correspondientes leyes nacionales reguladoras de la transparencia.

En efecto, a partir de la Sentencia dictada por la Gran Sala en el caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016⁹, y sobre la base de que la obtención de la información constituye un paso previo esencial para el ejercicio del periodismo y, por tanto, resulta necesaria en el desempeño de la profesión (Sentencia *Rosiianu c. Rumanía*, de 24 de junio de 2014, §§ 61- 63), el TEDH se ha decantado en términos inequívocos por considerar que en estos casos se incide de plano en el derecho a recibir y comunicar información veraz consagrado en el art. 10 del Convenio. Dejando siempre a salvo que el "derecho de acceso a la información no debería aplicarse exclusivamente a... la prensa" (§168), el TEDH destaca en la Sentencia *Magyar* que tiene una particular importancia la circunstancia de que el solicitante actúe en su condición de periodista para determinar si la denegación del acceso implica la afectación del derecho del art.10 del Convenio. Pues de lo contrario, de no extenderse la protección del derecho a la fase de obtención de datos, no podría desempeñar correctamente su tarea de informar sobre los asuntos de interés público y, por tanto, cumplir con la función esencial que desempeña la prensa en una sociedad democrática (§§ 164-167). En consecuencia, la negativa a proporcionar información a un profesional de los medios por parte de los poderes públicos puede constituir una interferencia lesiva del derecho a recibir y comunicar información consagrado en el art. 10 del Convenio, constituyendo un importante criterio a tomar en consideración para apreciar su efectiva vulneración "el hecho de que la información solicitada esté lista y disponible" (§ 16g)"¹⁰.

Es cierto que en diversos países de nuestro entorno se ha rehusado expresamente vincular el derecho de acceso configurado en la legislación de transparencia con el derecho fundamental a la libertad de información¹¹, o directamente se ha rechazado que los tribunales nacionales deban asumir la interpretación amplia del artículo 10 del Convenio adoptada en la STEDH *Magyar*¹². Pero es igualmente cierto que nuestro propio texto constitucional impone un enfoque radicalmente diferente de la cuestión.

⁹ Para más detalles sobre esta Sentencia, véanse Cotino Hueso (2017: 287-290) y Hernández Ramos (2019: 483-509).

¹⁰ La doctrina *Magyar* es sistemáticamente empleada cuando hay ocasión para ello. Dejando a un margen las numerosas Decisiones que se fundamentan en la misma, baste mencionar las siguientes Sentencias: STEDH de 9 diciembre 2021, caso *Rovshan Hajivev/Azerbaijan*, en el que el solicitante de información era un periodista; STEDH de 1 de julio de 2021, caso *Association BURESTOP 55 y otros contra Francia*; STEDH de 3 de febrero de 2022, caso *Seks contra Croacia*, en el que la pretensión de información la formuló un investigador al objeto de hacer un libro.

¹¹ En este sentido, la Decisión de la Sala Primera del Tribunal Constitucional federal alemán de 20 de junio de 2017 -1 BvR 1978/13-.

¹² Véase la Sentencia, de 30 de julio de 2020, de la Upper Tribunal Administrative Appeals Chamber, caso *Derek Moss v the Information Commissioner and the Cabinet Office* (Appeal No: GIA/1531/2017).



Así es; la incidencia de la jurisprudencia del TEDH tiene una virtualidad cualitativamente distinta para discernir la propia naturaleza de nuestro derecho de acceso a la información pública cuando se ejerce por los periodistas, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 10.2 CE:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con... los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Disposición según la cual –a juicio del Tribunal Constitucional- puede considerarse que es el contenido mismo de los derechos internacionalmente protegidos el que, en virtud de la interpretación, “se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”(STC 36/1991, FJ 5º); hasta el punto de llegar a afirmarse que los reiterados Tratados configuran “de alguna manera el canon de constitucionalidad, aun cuando sin carácter autónomo”(STC 50/1995, FJ 4º). Y, como es obvio, la jurisprudencia constitucional ha vinculado específicamente ese mandato hermenéutico con el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el artículo 10.2 de la Constitución -se afirma en la STC 341/1993, FJ 5º- “impone acudir a los tratados y acuerdos internacionales en la materia y, en particular, al ya citado Convenio de Roma, para interpretar el sentido y límites” de nuestros derechos fundamentales.

En suma, al ser “el Convenio europeo de derechos humanos [...] un instrumento hermenéutico insoslayable para la interpretación de los derechos fundamentales de nuestra Constitución (art. 10.2 CE)”(STC 123/2005, FJ 3º), la jurisprudencia del TEDH que viene a delimitar el alcance del Convenio pasa a ocupar un papel esencial al respecto, como el propio Tribunal Constitucional no ha dudado reiteradas veces en reconocer: “Este Tribunal ha sido en todo momento consciente del valor que por virtud del art. 10.2 CE ha de reconocerse a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación y tutela de los derechos fundamentales”(STC 119/2001, FJ 6º)¹³.

El puro y simple cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 10.2 CE no puede sino llevar a la conclusión de que, cuando es un periodista quien lo ejerce y se cumplen los requisitos fijados en la doctrina del TEDH, el derecho de acceso a la información pública muda de naturaleza y pasa a ser cualitativamente otra cosa. El acceso a la información pública, concebido con alcance general como

¹³ Sobre la “particularidad hermenéutica” que supone el artículo 10.2 CE y el papel de la jurisprudencia del TEDH en la conformación de nuestros derechos fundamentales, consúltese Arzo Santisteban (2014: 159-262).



un derecho de configuración legal enraizado en el artículo 105 b) CE¹⁴, pasa a operar, pues, en este supuesto, como el derecho fundamental consagrado en el artículo 20.1.d) CE. Y en consecuencia, de resultas de esta -por decirlo así- transustanciación, le resultan de plena aplicación los *tests* o estándares que ha ido perfilando la jurisprudencia constitucional en torno a la resolución de colisiones entre el derecho fundamental a la libertad de información con otros derechos o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

Se trata de un enfoque que, aunque hasta el momento tan sólo haya sido asumido expresamente por contadas autoridades autonómicas de control de la transparencia¹⁵, es únicamente una cuestión de tiempo que termine generalizándose, pues nadie pone en cuestión ni la aludida eficacia jurídica del art. 10.2 CE ni el alcance de la jurisprudencia acuñada por el TEDH sobre el particular.

Dicho esto, no podemos resistirnos a la tentación de reflexionar en voz alta acerca de si, acaso, no resulte contraproducente para facilitar la recepción en nuestro ordenamiento de esta jurisprudencia del TEDH la posición maximalista que sustenta que, siempre y en todo caso, el ejercicio del derecho de acceso a la información ex LTAIBG debe considerarse una proyección del derecho fundamental a la libertad de información consagrado en el artículo 20.1.d) CE.

Reflexión que, entre otras causas, ha sido aguijoneada por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 140/2023, de 7 de febrero (Recurso de casación nº 8005/2021), en donde la parte recurrente -que no era un periodista, sino "Greenpeace España"-, además del derecho de acceso de la LTAIBG, invocó el art. 20.1.d) CE y el artículo 10.1 del Convenio europeo. Enmarcada en términos genéricos la cuestión, el razonamiento del Tribunal Supremo tiene también un alcance general: "Se trata, por tanto -afirma refiriéndose al derecho de acceso derivado del artículo 105.b) CE-, de un derecho que no es un derecho fundamental, como se infiere de su configuración y ubicación sistemática en la Constitución, en el Título IV CE "del Gobierno y la Administración", y al margen, en definitiva, de la previsión del artículo 53.2 de la CE"(Fundamento de Derecho Cuarto). Y consecuentemente, dado que en el caso

¹⁴ La STC 164/2021 ofrece la que constituye -hasta la fecha- la más detenida aproximación a la naturaleza jurídica del derecho de acceso: "El artículo 105 b) CE, encuadrado en el título IV, «Del Gobierno y de la Administración», incorpora un principio objetivo rector de la actuación de las administraciones públicas (artículo 103.1 CE), derivado de exigencias de democracia y transparencia, así como un derecho subjetivo de las personas, ejercitable frente a las administraciones, con sujetos, objeto y límites definidos en el propio precepto constitucional, que fue desarrollado inicialmente en los artículos 35 h) y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y actualmente en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. [...] A la vista de lo expuesto, debe señalarse que el acceso a la información integra el contenido de un derecho público subjetivo ejercitable frente a la administración que, no siendo absoluto, solo puede ser limitado por motivos predeterminados en la ley, en virtud de una previa ponderación de los intereses en juego. De este modo, la posibilidad de limitar el acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la administración (FJ 1º.3)".

¹⁵ Así, el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía ya se sumó a esta posición en la Resolución 10/2017 (FJ 2º). Véase asimismo la Resolución 330/2019 (FJ 6º).



enjuiciado no estaba en juego el ejercicio del derecho de acceso por un periodista, concluiría el Alto Tribunal que "la denegación de la solicitud de información pública a la recurrente sobre la exportación de morteros a Arabia Saudí no guarda relación alguna con el derecho a la libertad de información del artículo 20.1.d) de la CE" (Fundamento de Derecho Quinto)¹⁶.

Parece evidente que las tajantes declaraciones arriba transcritas, si se extraen del contexto de la concreta controversia objeto de la decisión jurisdiccional, pueden ser utilizadas para respaldar la -errónea- tesis de que nunca ni en ningún caso el ejercicio del derecho de acceso configurado en la LTAIBG puede reconducirse al derecho fundamental a la libertad de información.

Sea como fuere, esta Sentencia del Tribunal Supremo no viene sino a ratificar la apreciación de que sería conveniente que se incorporara alguna referencia expresa al respecto en una hipotética futura modificación de la LTAIBG, puesto que serviría para hacer ver a todos los operadores jurídicos la exigencia constitucional de asumir esa comprensión del derecho de acceso como integrante del derecho fundamental a la libertad información cuando se ejercita con fines periodísticos. Pues, con independencia de si eso supondría materialmente en la práctica atribuir una posición más sólida a los periodistas que la ostentada por los restantes ciudadanos en los casos de colisión con el derecho a la protección de los datos personales (cuestión sobre la que no podemos ahora entrar), lo que resulta evidente es que el derecho de acceso de los periodistas así concebido sí pasa a disfrutar de los "privilegios jurisdiccionales" que, hoy por hoy, caracterizan a los derechos fundamentales consagrados en la Sección primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, a saber, ser tutelados mediante un procedimiento preferente y sumario y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE).

4.- El artículo 15 LTAIBG en el contexto del RGPD

En el artículo 15 LTAIBG, el legislador afrontó la ardua tarea de trazar reglas, criterios y líneas directrices conforme a los cuales resolver los conflictos que inevitablemente surgen con el derecho a la protección de datos personales cuando se procede a la apertura generalizada de la información pública ante la ciudadanía. Tarea siempre necesaria para orientar a los operadores jurídicos, pero que adquiere un tinte particular en sistemas como el nuestro, en el que coexisten dos autoridades independientes de control que ejercen por separado sus competencias en sus respectivos ámbitos funcionales: la garantía de la transparencia y de la protección de los datos personales¹⁷.

Naturalmente, no es este el lugar ni es la ocasión para realizar una incursión, siquiera somera, en el denso entramado de reglas, principios y criterios que conforman el

¹⁶ Una primera aproximación crítica a esta Sentencia proporciona Blanes Climent (2023: *passim*).

¹⁷ Salvando el caso del Consejo andaluz, que se configura como "autoridad independiente de control en materia de protección de datos y de transparencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía" (artículo 43.1 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía).



artículo 15 LTAIBG. Nuestro objetivo es únicamente valorar su engarce en el nuevo marco normativo europeo, habida cuenta de que el RGPD ha entrañado cierto avance -aunque pueda fundadamente tildarse de "relativo"(Troncoso Reigada 2017: 997)- en la regulación del acceso a la información pública cuando entra en colisión con la protección de datos personales.

Aunque, muy probablemente, la principal transformación derivada de la entrada en vigor del RGPD resida en la propia naturaleza y función que desempeña el Reglamento en comparación con la derogada Directiva 95/46/CE. Si esta había jugado un muy significativo papel en la delimitación de nuestro derecho fundamental a la protección de datos personales en virtud del mandato hermenéutico establecido en el artículo 10.2 CE, el rol del RGPD deviene cualitativamente diferente y aún más relevante: al tratarse de un acto jurídico "obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro"(STC 76/2019, FJ 3º), toda controversia en la que se vea involucrado este derecho fundamental ha de sustanciarse y resolverse de acuerdo con lo dispuesto por el RGPD, de tal modo que el operador jurídico debe acordar la inaplicación de la normativa interna que lo contradiga. Sencillamente, la configuración de este derecho fundamental y su delimitación frente a otros derechos o bienes jurídicamente protegidos no corresponde ya en línea de principio a las Cortes Generales, sino al legislador europeo. Para decirlo con los gráficos términos utilizados por un antiguo director de la Agencia Española de Protección de Datos, con el RGPD se ha consumado "la abducción de un derecho constitucional convertido en un derecho exclusivamente europeo" (Rallo Lombarte 2019: 50).

Dicho sea más derechamente: las reglas y directrices establecidas en el artículo 15 LTAIBG sólo valen si y en la medida en que puedan compatibilizarse con la doctrina que vaya acuñando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar el RGPD.

Como es por todos conocido, el reiterado artículo 15 LTAIBG configura un régimen más o menos estricto de acceso a la información en función del mayor o menor nivel de protección del que disfruta el específico dato cuya divulgación se pretende. El máximo nivel de tutela se proporciona a las categorías especiales de datos mencionadas en el primer párrafo del artículo 15.1 LTAIBGD ("datos personales que revelen" la ideología, afiliación sindical, religión y creencias), toda vez que "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". Inmediatamente después en lo relativo a la intensidad de la garantía se encuentran los datos especialmente protegidos a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 15.1 LTAIBG ("datos personales que hagan referencia" al origen racial, salud, vida sexual, datos genéticos o biométricos, así como los datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas), ya que "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".

Estos datos cuya difusión se ve rodeada de particulares cautelas coinciden esencialmente con las categorías especiales de datos personales identificados en el



artículo 9.1 RGPD¹⁸, salvando los datos concernientes a la comisión de infracciones, razón por la cual estos últimos serán objeto de un análisis específico más adelante.

Como hemos señalado líneas arriba, tanto la lectura del art. 15.1 LTAIBG como la aplicación de esas cualificadas categorías de datos personales a los casos concretos deben necesariamente ajustarse a las líneas jurisprudenciales que elabore el TJUE al interpretar el art. 9.1 RGPD. A este respecto, resulta sin duda de interés la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 1 de agosto de 2022 (asunto C-184/20), en donde resolvió una cuestión prejudicial sobre la normativa lituana que obliga a publicar en Internet los datos contenidos en las declaraciones de intereses privados de personas que trabajan como servidores públicos, así como de los directivos de asociaciones y establecimientos que reciben fondos públicos. Los datos de las declaraciones que se publicaron no hacían ninguna referencia explícita -claro está- a la orientación sexual de los declarantes, pero las declaraciones sí podían contener información sobre personas identificables con las que aquellos estaban en relaciones o con las que cohabitaban. ¿Cabe considerar que esta información aporta "datos relativos" a la orientación sexual, y por tanto entenderse que se encuentran bajo el ámbito de cobertura del art. 9.1 RGPD? O para decirlo con la más atinada formulación empleada por el Tribunal, la cuestión a resolver residía en "determinar si unos datos que pueden revelar, mediante un ejercicio intelectual de relación o deducción, la orientación sexual de una persona física están comprendidos en las categorías especiales de datos personales en el sentido [...] del artículo 9, apartado 1, del RGPD" (apartado 120). Y la respuesta de la Gran Sala fue que "el tratamiento de datos personales que puedan desvelar indirectamente informaciones sensibles sobre una persona física" no queda extramuros del régimen de protección reforzado establecido en el art. 9.1. RGPD, "pues de quedar fuera se menoscabaría el efecto útil de ese régimen y la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas que pretende garantizar" (apartado 127). Obviamente, esta pauta interpretativa debe tenerse muy presente cuando se proceda a la aplicación del artículo 15.1 LTAIBG como límite del derecho de acceso o de la publicidad activa.

En contraste con este reforzado régimen de tutela del que gozan los datos identificados en el art. 15.1 LTAIBG, cuando se trata de "datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano", el legislador optó por consagrar una regla general de prevalencia a favor del derecho de acceso (art. 15.2 LTAIBG).

Pero entre el espacio ocupado por los datos especialmente protegidos y el espacio reservado a los datos meramente identificativos se extiende un ancho campo en el que tienden a concentrarse las controversias. A su elucidación el legislador dedicó el tercer apartado del art. 15 LTAIBG.

¹⁸ "Quedan prohibidos -dice el art. 9.1. RGPD- el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o a la orientación sexual de una persona física".



4.1.- Los criterios de ponderación del apartado tercero del artículo 15 LTAIBG

Efectivamente, en los restantes casos en que no entran en juego los datos previamente mencionados en el artículo 15, habrá que proceder de acuerdo con lo dispuesto en su apartado tercero, a saber, la Administración interpelada “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”. Y añade el precepto a continuación cuatro criterios que la Administración “tomará particularmente en consideración” para efectuar tal ponderación.

Muy pronto un autorizado sector de la doctrina vertió severas críticas sobre la regulación de tales criterios, señaladamente en relación con los dos primeros¹⁹ (baste mencionar Fernández Ramos y Pérez Monguió 2017: 219-221; Guichot Reina 2014: 137-139; Troncoso Reigada 2017: 1015-1022). A mi juicio, aún parece más reprochable la omisión de un criterio que, lisa y llanamente, es determinante en nuestra jurisprudencia constitucional (y en la de los países de nuestro entorno) para la resolución de las controversias entre la libertad de información y los derechos al honor, intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE), y que obviamente podía y debía proyectarse al derecho fundamental a la protección de datos personales, a saber, presumir la pertinencia de conceder el acceso cuando los datos versen sobre personas que desempeñen cargos o funciones públicas en relación con el desempeño de su actividad. Ausencia tanto más sentida cuanto que la incorporación de este criterio fue sugerida por el entonces director de la Agencia Española de Protección de Datos durante su comparecencia en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados²⁰.

Es cierto que el listado de criterios recogido en el art. 15.3 LTAIBG no tiene un carácter exhaustivo, de tal modo que pueden emplearse cualesquiera otros que se consideren pertinentes al objeto de resolver la ponderación; y de hecho algunas de las autoridades independientes de control, desde el arranque mismo de su actividad²¹, utilizaron con plena naturalidad la doctrina constitucional sobre la condición pública o privada de la persona involucrada para fundamentar sus decisiones. Pero no es menos verdad que su inclusión expresa en la LTAIBG habría facilitado sin duda la tarea al personal encargado

¹⁹ “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”.

²⁰ Tomo la referencia de Guichot Reina (2014: 127).

²¹ Así, por ejemplo, véase la Consulta 1/2016, de 11 de mayo, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (Consideración Jurídica tercera).



en las diversas Administraciones de atender las solicitudes de información, habida cuenta de la complejidad técnica inherente a la articulación de los juicios de ponderación²².

Comoquiera que sea, la utilización de este criterio y su adecuada valoración en el curso de la ponderación pueden considerarse exigencias impuestas por el propio TJUE en caso de colisión entre la difusión de la información y el derecho a la protección de datos personales cuando de medidas contra la corrupción se trata. Así se desprende de la arriba citada Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 1 de agosto de 2022, en donde además se añaden algunas precisiones para alcanzar un "ajuste fino" en la resolución del conflicto: "[...] a efectos de esta ponderación debe tenerse en cuenta, en particular, la circunstancia de que el interés general en que se publiquen datos personales puede variar con arreglo a la importancia de las funciones ejercidas por el declarante, especialmente, su posición jerárquica, la extensión de las competencias de administración pública que tenga atribuidas, en su caso, y los poderes de que dispone en materia de compromiso y gestión de fondos públicos"(apartado 111; en la misma línea, el apartado 86).

No estaría de más que en un renovado texto de la LTAIBG se incorporaran explícitamente consideraciones de esta índole u otras semejantes en el listado de criterios orientadores de la ponderación.

4.2.- El acceso a la información relativa a infracciones administrativas

El RGPD también ha introducido alguna modificación reseñable en la regulación que hacía la Directiva 95/46/CE del tratamiento de datos relativos a infracciones administrativas. En el artículo 8 de la Directiva -dedicado al "Tratamiento de categorías especiales de datos"- se incluía un quinto apartado cuyo objetivo era regular el tratamiento de datos relativos a infracciones, condenas penales o medidas de seguridad, estableciendo como regla general que el mismo sólo podría realizarse bajo el control de la autoridad pública; pero dicho apartado quinto terminaba

²² Complejidad que naturalmente no pasó inadvertida al legislador como lo atestigua la Disposición adicional quinta de la LTAIBG, al establecer que el Consejo de Transparencia estatal y la Agencia Española de Protección de Datos "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..." (sobre esta disposición, consúltese Rodríguez Álvarez 2016: 81-85). Por lo demás, la dificultad de trazar en abstracto nuevas pautas generales que perfilen las reglas establecidas en el art. 15 LTAIBG quizá explique lo reducido del número de Criterios Interpretativos conjuntos aprobados hasta la fecha.



abriendo a los Estados la posibilidad de que extendieran tal exigencia al tratamiento de datos concernientes a sanciones administrativas²³.

Posibilidad de la que, en efecto, haría uso el legislador español al elevar, en la LO 15/1999 reguladora de los datos personales, el tratamiento de los datos atinentes a las infracciones administrativas al mismo nivel de protección que el dispensado a los datos relativos a las infracciones de carácter penal²⁴. Alzados, así, los datos relativos a infracciones administrativas a la condición de "datos especialmente protegidos" en virtud de la decisión del legislador orgánico, la LTAIBG estableció idéntica protección a estos datos que a los concernientes a las infracciones penales: "Si la información incluyese [...] 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"(segundo párrafo del artículo 15.1).

Se trataba, ciertamente, de una decisión acorde con las previsiones de la LOPD de 1999, pero que recibió numerosas críticas desde el punto de vista de la transparencia, habida cuenta de que suponía opacar un entero sector de la realidad (procedimientos administrativos sancionadores, incluyendo las sanciones disciplinarias) muy relevante para asegurar una eficaz supervisión de la gestión de la cosa pública por parte de la ciudadanía²⁵. Sea como fuere, dados los inequívocos términos del art. 15.1 LTAIBG, las autoridades independientes de control de la transparencia se encontraron, pues, con el pie forzado de aplicar la regla en cuestión y, en consecuencia, con la obligación de denegar el acceso cuando no se contase

²³ El tenor literal del art. 8.5 de la Directiva era el siguiente: "El tratamiento de datos relativos a infracciones, condenas penales o medidas de seguridad, sólo podrá efectuarse bajo el control de la autoridad pública o si hay previstas garantías específicas en el Derecho nacional, sin perjuicio de las excepciones que podrá establecer el Estado miembro basándose en disposiciones nacionales que prevean garantías apropiadas y específicas. Sin embargo, sólo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de los poderes públicos. Los Estados miembros podrán establecer que el tratamiento de datos relativos a sanciones administrativas o procesos civiles se realicen asimismo bajo el control de los poderes públicos".

²⁴ En efecto, en el apartado quinto de su art. 7 -artículo donde se aborda la regulación de los "datos especialmente protegidos"- se situaban ambas categorías de datos en el mismo plano: "Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras".

²⁵ Baste citar: Fernández Ramos y Pérez Monguió (2017: 205-208) y Guichot Reina y Barrero Rodríguez (2020: 423-425). Sencillamente, el grueso de la mejor doctrina entendía que "no se debería excluir *a priori* la ponderación por el órgano administrativo tampoco en estos supuestos, ya que hay casos concretos en los que existe un interés legítimo que puede justificar el acceso" (Troncoso Reigada 2017: 1044).



con el consentimiento del afectado, pese a la manifiesta relevancia pública que pudiera tener la información pretendida²⁶.

Pero, como decía, el RGPD ha introducido algún cambio significativo en la regulación de esta cuestión respecto de la Directiva 95/46/CE. En primer lugar, los propios datos concernientes a infracciones penales, aun conservando un estatus singular, ya no se conectan con las "categorías especiales de datos personales" que el artículo 9 RGPD se encarga de delimitar. Ahora, se desplaza su regulación al artículo 10 RGPD, que se circunscribe exclusivamente al "Tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales"²⁷. Y por otro lado, y sobre todo, el RGPD a diferencia de la Directiva no hace ninguna referencia explícita al tratamiento de datos concernientes a infracciones administrativas.

Con base en el tenor literal del artículo 10 RGPD y apoyándose asimismo en el proceso de elaboración del precepto, el TJUE ha declarado en términos categóricos que el mismo limita "al ámbito penal la mayor protección prevista en esta disposición" [Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 22 de junio de 2021, asunto C-439/19 (*Puntos de penalización*), especialmente apartados 77 y 78]²⁸.

En este nuevo marco normativo trazado por el RGPD, salta a la vista que resultaba muy difícil de justificar el mantenimiento de la equiparación entre el acceso a los datos sobre infracciones administrativas y las categorías especiales de datos (en esta línea, Guichot Reina 2018: 67-68), destacándose que dicha equiparación podía generar zonas de conflicto con la transparencia

²⁶ Por lo que no dejó de deslizarse alguna velada crítica a esta visión capitidismínada de la transparencia que había hecho suya el legislador: "Comoquiera que sea, con independencia de la valoración que merezca la decisión del legislador de estrechar el derecho a saber de la ciudadanía cuando se pretende acceder a datos de personas físicas relativos a la comisión de infracciones administrativas, lo cierto es que este Consejo no encuentra nada que reprochar a la Resolución denegatoria a la luz del citado artículo 15.1 LTAIBG. En efecto, dado que no consta el consentimiento expreso de la persona objeto del procedimiento disciplinario ni su acceso está amparado por norma con rango legal, no procede sino desestimar la presente reclamación" (Resolución del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía 435/2018, FJ 3.º).

²⁷ El citado artículo 10 RGPD dice así: "El tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas sobre la base del artículo 6, apartado 1, sólo podrá llevarse a cabo bajo la supervisión de las autoridades públicas o cuando lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados. Solo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de las autoridades públicas."

²⁸ En cualquier caso, debe notarse que, según afirma esta Sentencia en su apartado 85, "el concepto de «infracción penal», decisivo para determinar la aplicabilidad del artículo 10 del RGPD [a los datos personales relativos a infracciones de tráfico como las controvertidas en el litigio principal], requiere, en toda la Unión, una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el objetivo que pretende alcanzar dicha disposición y el contexto en que esta se incluye, sin que sea determinante a este respecto la calificación dada por el Estado miembro de que se trate a esas infracciones, calificación que puede ser diferente de un país a otro..."



o con el propio desarrollo de la administración electrónica (Jiménez Asensio 2019: 110-111).

Y, ciertamente, no cabe sino afirmar que el legislador orgánico ha sido sensible a la conveniencia de adecuar el régimen de transparencia a este nuevo escenario jurídico. En efecto, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), ha optado por dedicar a la regulación de esta materia el artículo 27, que se halla en el Título IV ("Disposiciones aplicables a tratamientos concretos").

Según dispone el apartado primero de este art. 27 LOPDGDD:

"A los efectos del artículo 86 del Reglamento (UE) 2016/679, el tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas, incluido el mantenimiento de registros relacionados con las mismas, exigirá: a) Que los responsables de dichos tratamientos sean los órganos competentes para la instrucción del procedimiento sancionador, para la declaración de las infracciones o la imposición de las sanciones. b) Que el tratamiento se limite a los datos estrictamente necesarios para la finalidad perseguida por aquél".

Y prosigue estableciendo el segundo apartado del artículo que nos ocupa:

"Cuando no se cumpla alguna de las condiciones previstas en el apartado anterior, los tratamientos de datos referidos a instrucciones y sanciones administrativas habrán de contar con el consentimiento del interesado o estar autorizados por una norma con rango de ley, en la que se regularán, en su caso, garantías adicionales para los derechos y libertades de los afectados".

Como es palmario, la LOPDGDD parte de un enfoque sustancialmente diferente al vigente hasta la fecha de su aprobación, toda vez que la exigencia del consentimiento del afectado únicamente opera en el supuesto de que el acceso a los datos sobre infracciones administrativas no sea acordado por el órgano competente en la materia, o bien si la decisión de este no se circunscribe a los datos estrictamente necesarios para alcanzar la finalidad perseguida con el pretendido acceso a la correspondiente información.

Que el principal objetivo del legislador orgánico no fue otro que flexibilizar el régimen de acceso a este tipo de datos personales, es una conclusión que se hizo evidente desde el arranque mismo del procedimiento legislativo. Ya en el Anteproyecto de la Ley Orgánica aparecía esta disposición en una redacción próxima a la definitivamente aprobada, aunque se ubicaba como artículo 4 en el comienzo del Título II –"Principios de protección de datos"–, puesto que fundamentaba su regulación, no en el artículo 86 RGPD, sino en el artículo 5.1.c) RGPD (principio de minimización de datos). Sin embargo, según argumentó persuasivamente el Consejo de Estado, del art. 5.1.c) RGPD no cabía inferir ninguna capacidad de los Estados miembros para proceder a su desarrollo o concretización; razón por la cual sugirió el art. 86 RGPD como base que apuntalase la facultad del legislador de someter el tratamiento de este tipo de datos a condiciones



específicas²⁹. Y, consecuentemente, propuso el traslado del entonces artículo 4 al Título IV de la Ley Orgánica; sugerencias que, como ya sabemos, terminarían plasmándose en el texto definitivo de la LOPDGDD.

Así, pues, tal y como expresa su propio tenor literal, con el art. 27 LOPDGDD³⁰ el legislador no vino sino a hacer uso en la práctica de la cláusula de apertura facultativa que habilita a los Estados miembros para conciliar el derecho a la protección de datos personales con el acceso a los documentos oficiales (art. 86 RGPD).

Pese a ello, la actual redacción del artículo 15.1 LTAIBG -aunque fue modificada por la Disposición final undécima de la propia LOPDGDD- sigue manteniendo en idénticos términos que la versión inicial la tutela conferida a los "datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven la amonestación pública al infractor", de tal modo que el acceso a dicha información "sólo 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".

En suma, nos encontramos con la paradoja de que la misma Ley Orgánica que da una nueva redacción al artículo 15.1 LTAIBG (Disposición final undécima), pero preserva el mismo régimen que su versión inicial exigiendo el consentimiento del afectado para permitir el acceso a datos relativos a infracciones administrativas, adopta en su artículo 27 una regulación más proclive a la transparencia por cuanto la exigencia del consentimiento únicamente opera de forma subsidiaria, a falta del cumplimiento de alguno de los requisitos antes referidos. Nos hallamos, pues, ante una evidente contradicción entre el art. 27 LOPDGDD y el art. 15.1 LTAIBG, que obviamente ha de resolverse por vía interpretativa dando preferencia al régimen establecido por el primero. Aunque, como no es menos obvio, en aras de la seguridad jurídica, sería más que conveniente que en una hipotética futura reforma de la LTAIBG el tenor literal de su artículo 15.1 se acomodara expresamente a lo dispuesto en la LOPDGDD.

5.-La LTAIBG como ley parcialmente orgánica

Como adelantamos al comienzo de estas páginas, cabe fundadamente dudar de que la inclusión del artículo 15 en una Ley aprobada en su totalidad como ordinaria respetase lo previsto en el art. 81.1 CE, que incluye entre las leyes orgánicas a "las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas". Pues, de acuerdo con la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, "lo

²⁹ Apelación al art. 86 RGPD que efectúa el Consejo de Estado tras hacerse eco de la respuesta de la AEPD a la carta de la Comisión de fecha 9 de agosto de 2017, en donde alegaba que "el acceso a este tipo de datos está prohibido en Derecho español por el artículo 15.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que prevé que sólo cabrá en los supuestos previstos en una norma con rango de Ley o previo consentimiento del interesado, lo que en consecuencia impide el tratamiento de dichos datos a menos que concurren esas mismas condiciones" [Dictamen del Consejo de Estado, de 26 de octubre de 2017, sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (número de expediente: 757/2017)].

³⁰ Para un análisis más detallado de este artículo, consúltese Cubero Marco (2021: *passim*).



que está constitucionalmente reservado a la Ley Orgánica es la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas" (baste citar la STC 135/2006, FJ 2º). En suma, el establecimiento de restricciones o límites a los derechos fundamentales constituye un asunto reservado al legislador orgánico (SSTC 101/1991, FJ 2º; 127/1994, FJ 4º; 88/1995, FJ 4º; 173/1998, FJ 7º).³¹ Y parece evidente que el artículo 15 LTAIBG no viene sino a regular los límites del derecho fundamental a la protección de datos personales frente al derecho de acceso a la información pública, concebido como derecho público subjetivo anclado en el art. 105.b) CE (en este sentido, la arriba citada STC 164/2021, FJ 1.3).

En lo concerniente a la limitación del derecho a la protección de datos personales en relación con el derecho de acceso a información que contiene datos especialmente protegidos, la versión originaria del apartado primero del art. 15 LTAIBG se fundamentaba expresamente en las reglas establecidas en los apartados segundo y tercero del art. 7 de la entonces vigente Ley Orgánica reguladora del derecho a la protección de datos de carácter personal (LO 15/1999), lo que obviamente excluía considerar que el legislador ordinaria usurpase en este concreto ámbito una tarea reservada al legislador orgánico. Pero la cuestión distaba mucho de estar tan clara en las otras limitaciones del derecho fundamental ex art. 18.4 CE previstas en el art. 15 LTAIBG. Así, no era nada fácil hallar un específico anclaje en la LO 15/1999 de la regla de preferencia a favor del derecho de acceso a la información contenida en el apartado segundo del tantas veces citado art. 15 LTAIBG (datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano). Y otro tanto cabía decir de su apartado tercero, el cual, respecto de la información que no contenga datos especialmente protegidos, determina que la Administración "concederá el acceso previa ponderación"³², enumerando a continuación unos criterios que deberán tomarse "particularmente en consideración" al ponderar.

Por su parte, la actual LOPDGDD tampoco ha incorporado a su articulado un anclaje específico relacionado con las referidas limitaciones. Es más, no contiene ningún precepto semejante a los apartados segundo y tercero del art. 7 de la derogada LO 15/1999, por lo que su entrada en vigor podía incluso acrecentar las dudas acerca de la insuficiencia de rango del art. 15 LTAIBG.

Pues bien, según parece, este problema no pasó inadvertido al legislador orgánico, aunque -de ser así- no puede ciertamente afirmarse que lo haya solventado con la debida claridad. Es verdad que la Disposición final primera LOPDGDD atribuye rango

³¹ Consúltense Sala Sánchez (2018: 194-196) para un examen más detallado de la jurisprudencia constitucional recaída sobre las leyes orgánicas de desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas.

³² Formulación que ha permitido llegar a la conclusión de que el precepto "recoge veladamente un principio general *pro acceso*" (Troncoso 2017: 1010).



de ley orgánica a la Disposición adicional segunda³³, que recuerda en los siguientes términos la aplicabilidad de la LTAIBG cuando la transparencia afecte a datos de carácter personal:

“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”.

¿Supone esto que se estén invirtiendo del carácter de orgánico a los artículos 5.3 y 15 LTAIBG? Si esta era la voluntad del legislador, habría resultado tanto más esclarecedor que se hubiese llevado explícitamente este reconocimiento a la modificación de la LTAIBG acometida en la Disposición final undécima de la LOPDGDD. Sea como fuere, resultaría en todo caso conveniente que la referencia expresa a su carácter orgánico se incorporase en una futura reforma de la LTAIBG.

³³ También atribuye carácter orgánico a la Disposición adicional decimoséptima, en donde se enumeran diferentes leyes ordinarias que regulan el tratamiento de datos relacionados con la salud.



Bibliografía

- ARZOZ SANTISTEBAN, X. 2014. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Madrid: CEPC.
- BLANES CLIMENT, M.A. 2023. "El derecho fundamental a la libertad de información y el derecho de acceso a la información pública (STS 7/2/2023)", 13 marzo 2023, *Blog de Transparencia y Gobierno Abierto* (<https://miguelangelblanes.com>).
- BUCHNER, B. y TINNEFELD, M. D. 2018. "Comentario al artículo 85", en KÜHLING, J. y BUCHNER, B. (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz* (Kühling/Buchner, Hrsg.), 2. Auflage, München: C.H. Beck, pp. 1157- 1166.
- COTINO HUESO, L. 2017. "El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40: 279-316.
- CUBERO MARCO, J. I. 2021. "Tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas (Comentario al artículo 27 LOPDGDD)", en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tomo II, Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters, pp. 3823-3854.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. 2017. *El derecho al acceso a la información pública en España*, Cizur Menor: Thomson/Aranzadi.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. 2021. "Tratamiento y libertad de expresión y de información (comentario al artículo 85 RGPD)", en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tomo II, Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters, pp. 3303-3312.
- GUICHOT REINA, E. 2014. "Capítulo IV. Límites a la transparencia y el acceso a la información", en GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Madrid: Tecnos/Instituto García Oviedo, pp. 97-142.
- GUICHOT REINA, E. 2018. "El acceso a los datos referidos a expedientes sancionadores o disciplinarios a la luz de la nueva normativa sobre protección de datos", *Revista Española de la Transparencia*, núm. 6: 65-72.
- GUICHOT, E. y BARRERO RODRÍGUEZ, C. 2020. *El derecho de acceso a la información pública*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- HERBST, T. 2018, "Comentario al artículo 86", en KÜHLING, J. y BUCHNER, B. (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar*, 2. Auflage, München: C. H. Beck, pp. 1166-1171.
- HERNÁNDEZ RAMOS, M. 2019. "El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un derecho



instrumental imprescindible para la eficacia del Convenio desde la teoría general de los derechos". *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42: 483-509.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. 2019. *Introducción al nuevo marco normativo de la protección de datos personales en el sector público*, Oñati: IVAP.

KRANENBORG, H. 2020, "Comentario al art. 86", en KUNER, C. Y BYGRAVE, L. Y DOCKSEY, C. (ed.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, pp. 1213-1222.

KÜHLING, J. et al. 2016, *Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf*, Münster: Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG.

PAULY, D. A. 2021. "Comentario al artículo 86", en PAAL, B. P. y PAULY, D. A. (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung. Bundesdatenschutzgesetz*, München: C. H. Beck, pp. 1078-1081.

RALLO LOMBARTE, A. 2019. "El nuevo derecho de protección de datos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 116: 45-74.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. L. 2016. "Transparencia y protección de datos: criterios legales de conciliación", en CANALS AMETLLER (ed.), Dolors Canals Ametller (ed.): *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación*, Girona: Documenta Universitaria, Girona, 2016, pp. 53-85.

SALA SÁNCHEZ, P. 2018. "Comentario al artículo 81", en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (directores): *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, Madrid: Fundación Wolters Kluwer/BOE/Tribunal Constitucional/Ministerio de Justicia, pp. 181.

SPECHT, L. y BIENEMANN, L. 2018. "Comentario al artículo 86", en SYDOW, G. (Hrsg.), *Europäische Datenschutzgrundverordnung. Handkommentar*, Baden-Baden: Nomos, pp. 1455-1464.

TRONCOSO REIGADA, A. 2017. "La protección de datos personales como límite al acceso a la información pública en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Comentario al artículo 15 'Protección de datos personales'", en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentario a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Cizur Menor: Aranzadi/Thomson Reuters, pp. 959-1079.