

TRANSPARENCIA, ACCESO A LA DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA Y PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Isabel-Cecilia DEL CASTILLO VÁZQUEZ

Doctora en Derecho Constitucional
Secretaría de la Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
icecilia@pas.ucm.es

RESUMEN

El rechazo a cualquier intromisión en la vida privada del individuo se halla en la génesis del reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Sin embargo, el ejercicio legítimo de este derecho no significa el bloqueo o la incomunicación absoluta de la información personal cuando así lo decida su titular, ya que con el absoluto secreto ni se respetan otros derechos fundamentales, ni se contribuye a la satisfacción del interés público. De tal manera, la ponderación de intereses constitucionalmente protegidos obligará a veces a restringir la obligada transparencia administrativa, con la consiguiente limitación de acceso a los archivos administrativos. Sin embargo, en otras ocasiones, la prevalencia de un interés más digno de protección obligará a sacrificar el ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Palabras clave: Protección de datos de carácter personal, vida privada, derecho a la información, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la intimidad, ponderación de derechos fundamentales, transparencia, art. 105.b) CE, acceso a registros y archivos administrativos, interés legítimo y directo, motivación, expedientes académicos, universidades públicas.

ABSTRACT

Refusal to any interference in the private life of the individual is found in the genesis of recognition of fundamental right to personal data protection, which offers its holder a power of control over the use of its personal information. Nevertheless, the legitimate exercise of this right does not mean the blockade or the absolute isolation of personal data when its holder decides to deny access, since with the absolute secret neither other fundamental rights are respected, nor the satisfaction of the public interest is met. In such a way, the weighing of constitutionally protected interests will occasionally limit the obliged administrative transparency, with the consequent restriction of access to administrative files. Nevertheless, in other occasions, the prevalence of a more worthy interest of protection will oblige to sacrifice the exercise of the fundamental right to personal data protection.

Keywords: personal data protection, private life, right to information, right to effective judicial protection, right to privacy, weighing of fundamental rights, transparency, Article 105.b of the Spanish Constitution, access to registers and administrative files, direct and legitimate interest, motivation, academic transcripts, public universities.

ZUSAMMENFASSUNG

Zusammenfassung: Die Entstehung der Anerkennung des Grundrechts auf den Schutz personenbezogener Daten ist von ihrem Ursprung an geprägt durch die Zurückweisung des Eingriffs in die Privatsphäre. Jedoch bedeutet die legitime Inanspruchnahme dieses Rechts nicht die Blockade oder die völlige Nicht-Weitergabe der personengebundenen Information (im Falle, dass der Inhaber es so beschließt), da durch die absolute Geheimhaltung andere Grundrechte verletzt werden können bzw. das öffentliche Interesse schaden nehmen könnte. Daber zwingt die Abwägung von verfassungsmässig garantierten Rechten in manchen Fällen dazu, die obligatorische Transparenz der Verwaltung zu beschränken, mit der Folge, dass der Zugriff auf Verwaltungsarchive eingeschränkt wird. Jedoch kann in anderen Fällen, beim Vorliegen eines schützenswürdigeren Grundrechts, das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten geopfert werden.

Stichwörter: Schutz personenbezogener Daten, Privatleben, Recht auf Information, effektiver Rechtsschutz, Recht auf Privatsphäre, Grundrechtsabwägung, Transparenz, Artikel 105.b der spanischen Verfassung. Zugang zu Verwaltungsdatenbanken und Verwaltungsarchiven, unmittelbares und legitimes Interesse, Gründe, Universitätsakten, öffentliche Universitäten.

SUMARIO: 1. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS.—1.1. El deber de informar y el deber de callar.—1.2. Aquellos que ostenten un interés legítimo y directo en el procedimiento.—1.3. Los datos ultrasensibles y su consignación en un expediente.—1.4. Datos referentes a la privacidad—1.4.1. Los datos académicos de los menores.—1.4.2. Los datos académicos de los estudiantes mayores de edad.

Nada nuevo se descubre cuando afirmamos que el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal plantea muchos problemas en su aplicación, sobre todo en su convivencia con las exigencias del derecho de defensa y de la libertad de información, manifestada en el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a los registros y archivos administrativos que proclama el art. 105.b) CE.

En materia de protección de datos de carácter personal queda todavía mucho camino por andar. La evolución en el reconocimiento de este derecho ha sido muy rápida, lo que ha provocado serias asimetrías en su conciliación con otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos. Ciertamente, en pocos años hemos pasado del reconocimiento de un derecho

que, se mire como se mire, no aparece contemplado en el elenco de derechos mencionados en el texto constitucional de 1978 sino tras una forzadísima interpretación del art. 18.4 CE, a la conversión de este nuevo derecho en un derecho fundamental «casi» absoluto. A mi entender, la solución, como en tantas facetas de la vida, debería haberse colocado en un punto intermedio. Y creo que es obligación de los juristas hallar un lugar de encuentro en el que se acomoden todos los bienes e intereses protegidos por el ordenamiento jurídico a partir de su mención en el texto constitucional, rechazando cualquier intento de hacer valer la protección de datos de forma absoluta frente a otros bienes constitucionalmente valiosos. La búsqueda de este punto intermedio requerirá un análisis de la posición iusfundamental de la protección de datos de carácter personal en nuestro ordenamiento jurídico.

Comenzaré, para ello, con una breve aproximación al significado constitucional del derecho.

Recordemos que en el vértice de todos los derechos fundamentales se sitúa el principio esencial de la condición humana, como *príus* absoluto del Derecho, que desemboca en la salvaguarda y el libre desarrollo de la personalidad¹. Lo que implica el reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada individuo². Y este reconocimiento significa el control sobre los datos personales que otros manejan para la descripción de la persona. Pues ello no es sino manifestación directa de la integración moral del ser humano, en cuanto al derecho a desarrollar su vida de acuerdo con sus convicciones.

De ahí que le sea dado a cada sujeto el poder de decisión sobre cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones o aspectos de su propia vida³. Y es precisamente en esta «autodeterminación consciente y responsable» del sujeto donde radica el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Mucho tiene que ver la protección de los datos personales con la defensa del libre desarrollo de la personalidad, pues los

¹ F. FERNÁNDEZ SEGADO, «Filosofía política de la Constitución española», en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 4, 1991, p. 50. En este lugar, el autor hace hincapié en el reconocimiento de los derechos fundamentales como manifestación obligada de la primacía de la dignidad de la persona humana, valor constitucional último. «Todos los derechos que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona por la propia dignidad de la misma».

² A.-E. PÉREZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una Concepción de la Experiencia Jurídica*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 225.

³ Sobre esto véase J. A. DE VEGA RUIZ, «Las libertades públicas y sus limitaciones en casos y circunstancias especiales», en *La Ley*, viernes, 11 de marzo de 1988, p. 1.

datos personales constituyen el conjunto de referencias por el cual un individuo se define. De modo que la conjunción de todos sus datos configura su identidad, con las distintas expresiones de su personalidad.

El objeto de este estudio se corresponde, por tanto, con un derecho de control sobre la propia identidad, que se traduce en la reserva del espacio limitado que la persona elige para quedar resguardada de las invasiones o agresiones exteriores, ya procedan de otras personas o de la autoridad pública. Y en este terreno, la protección de datos de carácter personal se convierte en un instrumento necesario para garantizar a la persona ese espacio de protección en el que pueda desarrollar su personalidad individual y social, afirmar su identidad, y autodeterminarse libremente ejerciendo un verdadero control sobre su vida privada y sobre su información personal.

Bueno será aclarar que el derecho relativo a la protección de datos de carácter personal no es un refuerzo, desde un ángulo más estricto, del clásico derecho fundamental a la intimidad que ahora se ve especialmente amenazada ante las múltiples posibilidades de la informática. Se trata, en realidad, de un derecho singular, independiente y autónomo respecto de aquel derecho a la intimidad⁴, al que tan unidamente ha ido creciendo, hasta adquirir sustantividad propia y suficiente para su consideración como un nuevo derecho fundamental. Este nuevo derecho no se opone, ni se superpone a la intimidad, sino que, de alguna manera, la asume para crecer en su propia identidad de derecho.

A efectos prácticos y de intelección, resulta importante asentar bien esta distinción. En la intimidad, el individuo se sirve del secreto para atrincherarse y separarse moralmente de los demás⁵. Son elementos de la intimidad: el domicilio, las cartas, las conversaciones telefónicas, las relaciones personales de índole estrecha o aquello cuyo conocimiento esté reservado exclusivamente a los miembros de una determinada relación jurídica. La intimidad protege, además, «el derecho a ocultar los defectos o imperfecciones físicas, el ámbito de las creencias y la conciencia, las peculiaridades de la individualidad de la persona, tales como sus aficiones, simpatías y convicciones políticas o de otro signo»⁶. La intimidad rechaza la publici-

⁴ Véase la STC 292/2000, de 30 de noviembre.

⁵ Cit. de P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la intimidad*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos y estudios de Derecho judicial, «Honor, intimidad y propia imagen», 35/1993, Serie civil.

⁶ P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*. Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1990, p. 97; con cita de E. BENDA, «Steuergeheimnis: Kahn der Bürger noch darauf vertrauen?», en *Steuerberater Kongressre-*

dad, por lo que no protege aquellos otros aspectos de la vida de la persona que suceden en la vida cotidiana, en el ámbito de las relaciones sociales propio de cada sujeto.

Cosa contraria sucede con la —bien o mal— llamada «privacidad»⁷. De hecho, al precisar el concepto de «privacidad»⁸, la doctrina ha integrado en su definición el significado de «acciones privadas internas» y «acciones privadas externas». Las primeras están integradas por los comportamientos o conductas íntimas del sujeto, que de ninguna manera trascienden al exterior y de los que nadie puede percatarse —esfera que coincide con la intimidad—. Frente a ello, las acciones privadas externas responden a conductas o comportamientos que trascienden al sujeto que las realiza, siendo conocidas por terceros, pero que no afectan al bien común, por no interesar al orden público, ni causar perjuicios a terceros. En otro margen se sitúan las acciones públicas, cuya definición viene de la mano de las acciones externas que trascienden a quien las ejecuta, ya sea por afectar al orden social, a la moral pública o causar daños a terceros. Motivo por el que el Estado está legitimado para regularlas y, eventualmente, prohibirlas⁹.

Quedan, así mismo, fuera del ámbito de la intimidad los aspectos no personalísimos y que, aisladamente considerados, se corresponden con datos nimios e inofensivos. Sin embargo, como sucede con las teselas del mosaico, una vez interconectados aquellos datos intrascendentales pueden verter luz sobre el perfil personal, social o psicológico del afectado¹⁰. Lo que alumbra la necesidad de encuadrar en un derecho fundamental la

port, 1984, p. 128, y «Privatsphäre und Persönlichkeitsprofil», en *Festschrift für Willi Geiger*, Tübinga, 1974, pp. 23 y ss.

⁷ Anglicismo derivado del término *privacy* que se ha hecho común en nuestros días, aun cuando siguen alzándose voces en contra de su utilización en nuestro idioma. Véase, por ejemplo, la introducción de B. PENDÁS a la obra de S. WARREN y L. BRANDEIS, *El derecho a la intimidad*, B. PENDÁS y P. BASELGA (eds.), 1.ª ed., Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1995 (publicado originalmente en 1890 bajo el título «The Right to Privacy», en *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 15 de diciembre de 1890), p. 11.

⁸ Concepto más amplio y profundo que el de la «intimidad», y que está compuesto por diversas facetas del individuo y de su personalidad. Sobre esto, I. DAVARA, «La protección de datos personales en España», en U. PIÑA REYNA (coord.), *La protección de datos personales en México. Pretensión regulatoria*, 1.ª ed., Méjico, Senado de la República, 2006, p. 66.

⁹ H. NOGUEIRA ALCALÁ, «El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno», en R. MORODO y P. DE VEGA (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. III, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, 2001, p. 1770, con cita de N. P. SAGÜES, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. II, 2.ª ed. actualizada, Astrea, Buenos Aires (Argentina), 1997, p. 314.

¹⁰ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.º

protección de los datos de carácter personal, a sabiendas de que esta protección no se reducirá a los datos íntimos —que, por supuesto, merecerán una especial protección—, sino a los datos propios del individuo, sea cual fuere su naturaleza.

Hechas las anteriores aclaraciones, a lo largo de este trabajo me iré centrando, poco a poco, en las condiciones del acceso a los documentos que obran en manos de las Administraciones Públicas. Vaya por delante que el acceso a dichos documentos debe quedar sujeto a un régimen necesariamente restrictivo que encuentra plena justificación en el derecho fundamental a salvaguardar nuestra identidad a través de la protección de datos de carácter personal y, en ocasiones, a través también del derecho a la intimidad.

1. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS

Que los derechos fundamentales no son de carácter absoluto, ni omnímodos en su ejercicio, es bien sabido. Es igualmente notorio que entre los derechos fundamentales no existe una jerarquía establecida¹¹, ¹². De modo que, al actuar cada uno de ellos en los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico y desarrollar su eficacia en todas las direcciones¹³, exis-

¹¹ ALEXY trata de elaborar una jerarquía de los valores (principios) con la atribución de valores numéricos, a través del orden cardinal y ordinal, para llegar a la conclusión de que «un tal orden jerárquico abstracto contradiría no sólo la correcta determinación del Tribunal Constitucional Federal en el sentido de que ninguno de los dos valores puede pretender una precedencia absoluta, sino que tendría también consecuencias fatales. El que la protección de la personalidad precede en *todos* los casos a la libertad de información significaría que la menor promoción de la protección de la personalidad justificaría la más intensa intervención en la libertad de información». Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, E. Garzón Valdés (trad.), 1.ª reimp., Colección «El Derecho y la justicia», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 154.

¹² No parece opinar así la STS de 16 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9473), cuando señala que: «... tal como admite la generalidad de la doctrina científica, no se puede olvidar que cualquiera que sea la concepción —iusnaturalista, ética o histórica— que se acepte sobre la fundamentación de los derechos fundamentales reconocidos como tales en la Constitución, éstos no sólo no son derechos absolutos e ilimitados todos ellos, sino que tales derechos, ni en su alcance, ni en su jerarquía, ni en su limitabilidad ostentan igual significación, por lo que resulta necesario, en los supuestos de colisión eventual de derechos de naturaleza fundamental, *establecer una gradación jerárquica entre los mismos* según su importancia que conduce a recordar la tradicional división bimembre entre derechos fundamentales “activos”, inspirados en el valor superior de la libertad, y los derechos “reaccionales”, en cuyo ámbito hay que situar el derecho al honor, fundados en el valor o principio de seguridad propio de todo Estado de Derecho».

¹³ A lo cual BÖKENFÖRDE señala que: «la eficacia objetiva de principio de los derechos fundamentales tiende (...) a la universalidad, afecta potencialmente a todos los ámbitos jurí-

te una tendencia natural a invadir campos propios de otros derechos fundamentales¹⁴.

Yace aquí la idea de la limitación de los derechos fundamentales, que sólo podrá llevarse a cabo de acuerdo con el principio de proporcionalidad¹⁵, pues se hace necesario proceder a una ponderación de los respectivos intereses que permita alcanzar la compatibilidad, el equilibrio y la coordinación adecuada de varios e, incluso, de contradictorios, principios normativos^{16, 17}.

A fin de acotar el campo al subjetivismo y el decisionismo judiciales¹⁸, será necesario fijar unas pautas que sirvan de orientación a la hora de decidir la preponderancia de un derecho frente a otro. ALEXY proporciona una regla que puede ser llamada «*ley de la ponderación*», y es definida en los siguientes términos: «Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro».

De manera que han de ponerse en los platillos de la balanza los intereses en juego, y aquel hacia el cual se incline el fiel de la báscula justificará el sacrificio del otro. No es, por tanto, una cuestión de preferencia arbitraria o caprichosa, sino que la prelación operada en favor de uno de los derechos en juego es consecuencia de una ponderación jurídico-constitucional, que relativiza el peso de cada derecho en función de la circunstancia concreta en que deba medirse la fuerza de ambos. Y esta ponderación jurídico-constitucional se halla en la base de la *argumentación jurídica*¹⁹,

dicos; al mismo tiempo no está en sí determinada y establecida antecedentemente, sino que es abierta en alcance e intensidad, es accesible a la expansión y al desarrollo». E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez (trads.), Prólogo de F. J. BASTIDA, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 126.

¹⁴ Consecuencia de la eficacia expansiva que el carácter de principios dota a los derechos fundamentales, según se desprende de la teoría de BÖCKENFÖRDE, quien teoriza sobre una posición de los derechos fundamentales en los que, junto a los derechos subjetivos tradicionales frente al poder público, presenta una faceta de los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal y que establecen un correlativo sistema de valores. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 107.

¹⁵ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 102.

¹⁶ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 124.

¹⁷ Recordemos que en el pensamiento de ALEXY: «los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y de que los principios son mandatos de optimización». R. ALEXY, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, «Presentación» de F. RUBIO LLORENTE, C. Bernal Pulido (trad.), Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 13.

¹⁸ R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 157 y ss.

¹⁹ Dicha argumentación jurídica racional estará determinada por las normas y principios que integran el Derecho positivo, y no sólo por reglas de pura razón. F. SÁINZ MORE-

ante la que, no obstante, deberá concederse un cierto *margen de apreciación a quien decide*. De ahí se deriva la exigencia de motivación, configurada como un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según la cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano decisorio plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, de donde se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, y 7/1994, de 17 de enero, entre otras).

En ocasiones, el propio legislador, previendo un posible conflicto de intereses, ha establecido los contornos de la integración y ajuste entre aquellos derechos y bienes en juego²⁰. En el derecho relativo a la protección de datos de carácter personal esto se hace especialmente claro en los supuestos en los que la LOPD (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal) remite expresamente a la ley para justificar determinadas recopilaciones y cesiones de datos de carácter personal, así como en los restantes casos, taxativamente previstos por el texto orgánico²¹, en los que se exime de la exigencia general del consentimiento de los afectados para el tratamiento de sus datos de carácter personal²².

Sucede, sin embargo, que en otras ocasiones no resulta posible determinar *a priori*, y con una mera operación de lógica jurídica, cuál de ellos va a manifestar su preponderancia frente al otro²³. Será preciso, entonces, un

NO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p. 322.

²⁰ J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Colección «Estructuras y Procesos», Serie Derecho, Madrid, Trotta, 1999, pp. 54 y ss.

En todo caso, frente a las dudas que pudiera suscitar la limitación ejercida por el legislador, ha salido al paso el propio TC, afirmando en el FJ 5.º de su Sentencia 140/1986, de 11 de noviembre, que: «El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el art. 10.1 de la CE, es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social».

²¹ Interpretados, normalmente, bajo el criterio del interés público.

²² El punto de equilibrio entre la exigencia general y su dispensa expresa a través de ley parte del art. 7.3 de la Directiva 95/46/CE, donde se prevé la autorización legal al tratamiento de datos, sin necesidad del consentimiento del interesado, cuando éste: «... es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comunican los datos».

²³ En este sentido, CILLERO DE CABO concluye que establecer una premisa daría lugar definitivamente a una prelación de los derechos fundamentales, lo que sería contrario a la doctrina del propio Tribunal Constitucional que no estima absolutos los derechos fundamentales. Así en P. CILLERO DE CABO, «La protección jurisdiccional del derecho al honor, a

minucioso análisis de la situación concreta²⁴ para decidir por vía interpretativa cuál es el que persigue un interés o valor más cualificado y con qué límites respecto del otro²⁵.

En todo caso, hemos de entender que el hecho de condicionar la ponderación de derechos al caso concreto que se examine no impide su conciliación con la universalidad. Es decir, la decisión de ponderación podrá iluminar una regla que actúe en todos los casos similares en los que, al margen de las pequeñas individualidades, sean los mismos intereses y en el mismo escenario jurídico los que entren en debate. Y, en todo caso, la limitación operada en el derecho sacrificado habrá de ser necesaria y proporcionada en sentido estricto, sin que por ello quede perjudicada la garantía del contenido esencial del derecho²⁶.

Fuera de todo peligro queda el pleno respeto a la dignidad humana, que actuará como crisol incontrovertible de la ponderación. La dignidad huma-

la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: desencuentros entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», *Aranzadi Civil*, núm. 15/2002, Parte Estudio.

²⁴ R. ALEXY, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, p. 116, con cita de HIPPEL, incide en la gran relevancia que en la ponderación de los respectivos intereses cobran las «circunstancias del caso particular». E. VON HIPPEL, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlín, 1965, pp. 15 y ss.

²⁵ Muy significativas son, en torno a este extremo, las SSTC 227/1992, de 14 de diciembre, y 78/1995, de 21 de noviembre, ambas referidas a la colisión entre los derechos del art. 18 CE y los derechos del art. 20 de la misma. De ambos documentos se desprende la misión encomendada a los distintos Tribunales para proceder a valorar las circunstancias del caso concreto, con la determinación del derecho que ha de prevalecer, si bien el TC será el encargado en último término, de comprobar que esa ponderación ha sido correcta. Y de este modo, la STC 227/1992, señala que es: «... función de este Tribunal constatar, en su caso, el que la ponderación se haya producido de forma acorde con el contenido constitucional de los derechos fundamentales implicados».

²⁶ Idea que enlaza con la posición subjetiva de normación iusfundamental, interpretada en un sentido relativo, frente a la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales, según la cual el núcleo de cada derecho no puede ser afectado. Nada puede justificar una intervención en el núcleo absolutamente protegido del derecho, por lo que, en lo que al contenido esencial se refiere, no cabe una ponderación de acuerdo con el criterio de proporcionalidad. Frente a esta posición, la teoría relativa parte del criterio de que las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no quede nada del derecho fundamental, de forma que la garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad, conforme señala R. ALEXY, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, p. 288.

Lo que, por otra parte, casa adecuadamente con la idea de contenido esencial que expone JIMÉNEZ CAMPO, entendido no como fragmento o núcleo interno o reducto del derecho, sino como aquello que ha de permanecer vivo a pesar del transcurso del tiempo, lo que persiste abierto al cambio, siempre reconocible, pero nunca idéntico a sí mismo. De modo que el contenido esencial así entendido resiste sin problemas el juicio de proporcionalidad. J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 68 y ss.

na es intangible, y es deber inexcusable de los poderes públicos respetarla y protegerla. El Estado no sólo está obligado a abstenerse de lesionar la vida, sino también a protegerla de las lesiones causadas por terceros²⁷. De modo que, como tiene dicho la STC 120/1990, FJ 4.º, nunca podrá sacrificarse el ejercicio de un derecho para otorgar el triunfo a otro cuyo ejercicio signifique un deterioro de la dignidad humana. En este caso, naturalmente, los límites inmanentes operarían de forma radical desechando una injerencia del poder público que rebasaría el contenido esencial del derecho fundamental.

Y es inherente a la dignidad de la persona la libertad de actuar según sus propias decisiones o planes. En este orden de cosas, habremos de repetir hasta la saciedad que el derecho objeto de nuestro estudio implica una limitación al uso de los datos de carácter personal, ya se realice mediante técnicas informáticas o mediante cualquier otro método tradicional, con la consiguiente merma a terceros del derecho señalado en el art. 105.b) del texto constitucional, por el que se impone la transparencia administrativa a través de la puesta a disposición de los ciudadanos de los registros y archivos administrativos²⁸.

Pero el individuo es un ciudadano incardinado en un tejido social, del que no puede desprenderse aunque quiera, y los derechos fundamentales han de amparar esta doble condición de la persona como individuo y como miembro de una comunidad, derivando sus consecuencias a una protección que navega entre aguas de la privacidad y aquellas otras propias de la libertad de expresión²⁹ y del derecho a la información en su perspectiva más amplia³⁰.

²⁷ Cfr. G. DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, «Prólogo» de J. M. BAÑO LEÓN, Colección «Estudios Constitucionales», Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 78, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 25 de febrero de 1975 (BVerfGE 39, 1).

²⁸ Véase M. MONTFORT PASTOR, «Publicidad y secreto en la vida local», en *Papers de Formació Municipal*, núm. 22, febrero de 1996.

²⁹ Libertad de expresión y de información que no corresponde en exclusiva a los profesionales de la información.

En torno a las posibles tensiones que mantiene el derecho a la autodeterminación informativa con otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, véase J. L. PIÑAR MANAS, «El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y situación en Iberoamérica», en U. PIÑA REYNA (coord.), *La protección de datos personales en México. Pretensión regulatoria*, 1.ª ed., Méjico, Senado de la República, 2006, pp. 25 y ss.

³⁰ T. DE DOMINGO, *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y a la intimidad*, Colección «Cuadernos y Debates», Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001; S. M. MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales: libertad*

1.1. El deber de informar y el deber de callar

Al hilo de lo expuesto, resulta esencial señalar que la contribución a la eficacia del servicio público se logra, entre otros medios, poniendo a disposición de los interesados determinadas bases de datos de la Administración. Lo que favorece la ansiada transparencia administrativa, convertida en pilar fundamental de nuestro Estado democrático de Derecho. Pues, sostenido sobre el consenso social, su mantenimiento requerirá la comprobación de que las decisiones de los poderes públicos son adoptadas a partir de criterios objetivos y racionalmente fundados. Para que el sistema funcione resulta imprescindible potenciar hasta el máximo la transparencia en la actuación del sector público, a fin de garantizar el control del ejercicio del poder discrecional y constatar así que la actuación vierte un saldo satisfactorio en contra de la arbitrariedad. Esta transparencia no es sino una garantía de la corrección del comportamiento público, que maneja intereses que son de todos³¹. Criterio que fue consolidado con la promulgación de nuestra Constitución, cuyos principios y valores resultan incompatibles con las interpretaciones restrictivas de la transparencia y publicidad de las acciones gubernamentales³². A partir del reconocimiento

de expresión e información y derecho al honor, tesis inédita leída en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el día 29 de septiembre de 2005, dir. de la tesis, G. Gómez Orfanel.

Véase, asimismo, P. CRUZ VILLALÓN, «Los derechos al honor y a la intimidad como límite a la libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Constitucional», en la obra colectiva *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXXV, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993. El autor indaga en la evolución de la jurisprudencia constitucional desde una consideración de los derechos consagrados en el art. 18 del texto fundamental, como límite absoluto de la libertad de expresión, hasta la actual tendencia en la que se proclama la inexistencia de una posición apriorística de superioridad de los derechos del art. 18 CE, deducida de los primeros planteamientos. La solución en el supuesto concreto exigirá, ahora, la ponderación de los bienes en juego, tendente, en todo caso, a afirmar el valor preferente —no «jerárquico» (STC 240/1990, 178/1993 y 336/1993)— de la libertad de expresión.

³¹ GÓMEZ-REINO CARNOTA incide en la dimensión constitucional del derecho de comunicar y recibir información veraz, edificado como requisito básico de una sociedad democrática en la que el principio de publicidad debe prevalecer sobre otros bienes jurídicos, cuando de ello dependen cuestiones de interés público. Cf. E. GÓMEZ-REINO CARNOTA, «El secreto profesional de los periodistas», en *RAP*, núm. 100-102, enero-diciembre de 1983, pp. 611-619.

³² A este respecto señala BERMEJO VERA que el principio de publicidad de las decisiones gubernamentales se halla profundamente vinculado a los propios fundamentos de la democracia, pues ésta es una forma de gobierno que excluye, por principio, la ocultación y el secreto de las medidas y decisiones que se producen para favorecer los intereses generales

hecho en el art. 105 CE, se instala la imagen de una Administración Pública auténticamente democrática, que se manifiesta en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática³³ [STS de 19 de mayo de 1988 (RJ 1988, 5060)]. La Norma Fundamental perfila la dimensión de la transparencia administrativa, que aparece exclusiva y simultáneamente limitada por dos reservas extremas: de un lado, la intimidad de las personas, y de otro, la seguridad y defensa del Estado y la averiguación de los delitos. Fuera de estos extremos, los poderes públicos están obligados a la transparencia.

Con todo, no debemos olvidar que del mismo modo que la transparencia administrativa denota el ocaso del poder dictatorial frente al triunfo definitivo de la democracia, el proceso de toma de decisiones requiere, en ocasiones, una cierta reserva; un sigilo que, sin menospreciar a la virtud de la transparencia, cumple una función esencial para la eficacia³⁴.

A la vista de lo cual hemos de concluir que, si bien no parece discutible que la Administración debe ser transparente y facilitar la información que se le pide, es igualmente cierto que la Administración está obligada a mantener el secreto en ciertas materias e, incluso, necesita de un cierto secreto para poder actuar eficazmente. De donde se sucede la coexistencia del principio de publicidad con ciertos márgenes de restricción. Esta cir-

a que aquélla sirve prioritariamente. Véase así en J. BERMEJO VERA, «El secreto en las Administraciones públicas. Principios básicos y regulaciones específicas del ordenamiento jurídico español», en *REDA*, núm. 57, enero de 1988.

³³ Dice a este respecto FERNÁNDEZ RAMOS que: «un derecho de acceso de carácter general constituye una manifestación evolucionada del sistema democrático, cuyas exigencias no se detienen ya, como sucedía en el Estado Liberal, en la conformación del Poder Legislativo y sus relaciones con el Ejecutivo, sino que penetran en las estructuras y funcionamiento de la Administración Pública, a la que se reclama hoy en día una transparencia en su actuación que posibilite un control difuso sobre su actividad, el cual para ser efectivo ha de ser un control tempestivo». Cf. S. FERNÁNDEZ RAMOS, «El derecho de acceso a los documentos públicos en el marco del sistema archivístico (las conexiones entre el derecho de acceso a los documentos administrativos y la legislación sobre archivos)», en *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos*, Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2001, p. 15.

³⁴ Así lo expone SÁINZ MORENO cuando afirma que: «el proceso de toma de decisiones requiere, con frecuencia, una cierta reserva o secreto que permita valorar sin presiones las circunstancias del caso y que evite también la difusión de rumores contradictorios. Esto sucede, sobre todo, en la fase inicial de gestación de las decisiones, incluso de aquellas que después de tomadas se van a someter, en forma de proyecto, a un proceso de intensa participación pública (...) Además, hay casos en los que la reserva o el secreto debe mantenerse hasta el momento mismo en que la decisión se formula con plena eficacia». Cf. F. SÁINZ MORENO, «Secreto y transparencia», en F. SÁINZ MORENO (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración pública*, Madrid, INAP, 2004, p. 176.

cunstancia impone una doble obligación para los funcionarios públicos: el deber de informar y el deber de callar³⁵. Y ese deber de secreto no se limita a las materias reservadas por la Ley de Secretos Oficiales³⁶, ni tampoco a la necesidad de actuar con un cierto sigilo³⁷ para la consecución de resultados eficaces en la actividad administrativa. Va, incluso, más allá de la protección a la intimidad de las personas —límite impuesto sin ambages por la CE³⁸—. El deber de secreto, en último término, se acoge a la obligación contenida en la letra del art. 10 LOPD³⁹: «El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo».

De forma tal, que la LOPD no viene sino a consolidar la tensión ya existente entre la transparencia y el secreto, el derecho a saber y la obligación de callar, el derecho a la información que se halle en manos de la Administración y el derecho al respeto de la privacidad de las personas. Significación que se traduce en un nivel apreciable de complejidad jurídica que ha sido puesto de manifiesto por la doctrina más consolidada⁴⁰.

³⁵ F. SÁINZ MORENO, «Secreto e información en el Derecho público», en S. MARTÍN-RE-TORTILLO (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. III, Madrid, Civitas, 1991, p. 2864.

Véase, por otra parte, C. GARCÍA GARCÍA y A. GARCÍA GÓMEZ, *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión: su protección jurídica*, Murcia, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación, Ilustre Colegio de Abogados, 1995.

³⁶ Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre.

³⁷ Los funcionarios públicos están obligados a «guardar sigilo riguroso respecto de los asuntos que conozcan por razón de su cargo».

³⁸ En torno a esto puede verse L. M. DÍEZ-PICAZO, «Publicidad y secreto en la Constitución», en M. REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Acceso judicial a la obtención de datos*, Escuela Judicial, Colección «Cuadernos de Derecho Judicial», Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998, pp. 45 y ss, esp. pp. 47 y 57. El autor pone de manifiesto cómo en el texto de la Constitución protege el secreto en ciertos ámbitos y la publicidad en otros. De manera que la libertad de información no tiene el mismo alcance ni se topa con idénticos límites según su objeto sea la actuación de los poderes públicos o de los particulares. El autor hace expresa mención a la *privacy* —o el clásico derecho a no ser molestados—, que define como una faceta de la vida privada constitucionalmente fortificada, que, en principio, convierte en antijurídica cualquier intromisión en la misma.

³⁹ Véase J. L. PIÑAR MAÑAS, «ECJ Case-Law on the Right to Protection of Personal Data: Part 1», en *World Data Protection Report*, BNA International, vol. 6, núm. 1, enero de 2006, pp. 7 y ss.

⁴⁰ Véase así, por ejemplo, P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Informática y protección de datos personales (estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Auto-*

Sin embargo, debemos tener en cuenta que, tal y como señala LUCAS DURÁN, «la necesaria tensión entre ambos principios no significa otra cosa que el hecho de que cada principio no puede extenderse ilimitadamente en su propia dirección (hacia la publicidad o hacia el secreto), por cuanto existe un contraprinzipio que le resta movilidad —al desarrollarse en sentido contrario— y que controla que cada avance en aras a la transparencia o al silencio sea ponderado con su opuesto»⁴¹. De manera que la obligada transparencia administrativa se verá, en ocasiones, coartada ante la presencia de un interés concreto que, debidamente ponderado, prevalece frente al interés general.

¿Qué sucede cuando en el expediente constan DATOS REFERENTES A LA INTIMIDAD o especialmente protegidos?

Los datos íntimos coinciden con una categoría especial de datos que reciben el nombre común de «datos ultrasensibles», y a los que la LOPD dedica toda su atención en el art. 7, bajo el rótulo de «*datos especialmente protegidos*». Se trata de los datos que revelan la ideología, religión, afiliación sindical, origen racial o étnico, salud y vida sexual de la persona. Además, tanto la LRJ-PAC (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) como la LOPD salvan del conocimiento de terceros los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas.

La cuestión ahora es determinar quiénes pueden acceder a esta información. Según previene el art. 105.b) CE, el acceso a los archivos y registros administrativos queda a salvo de aquello en lo que afecte a la intimidad de las personas. Por tanto, ante la presencia de estos datos en principio, la Administración no sólo tiene la facultad, sino, además, la obligación de impedir el acceso a los mismos, pues el derecho garantizado en el art. 18.1 CE expande una fuerza restringente respecto del derecho a la información y, en consecuencia, del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos⁴². De tal manera, el art. 105.b) CE incorpora

matizado de los Datos de Carácter Personal), «Cuadernos y Debates», núm. 43, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 95 y ss. Más brevemente, el mismo autor en «Acceso a la información judicial», *REGAP*, núm. 24, enero-abril de 2000, p. 95.

⁴¹ M. LUCAS DURÁN, *El acceso a los datos en poder de la Administración Tributaria*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 22.

⁴² Lo que ha lugar sin perjuicio de la consideración que SEGOVIA LÓPEZ hace de los «registros jurídicos» por su carácter público, por cuanto divulgan las situaciones jurídicas para la seguridad del tráfico jurídico; entendidos en oposición a los «registros administra-

un límite al derecho a la autodeterminación informativa. Pues, desde esta perspectiva, el acceso a los archivos y registros administrativos provoca una posible restricción a la protección de los datos de carácter personal que no se hallen tiznados por la intimidad —y coincidentes con los datos ultrasensibles—. Percepción que no desbordaría el contenido esencial del derecho, al estar así concebida por la propia Norma Fundamental. Aun así, la salvaguarda de la intimidad deberá ir acompañada de la ponderación de intereses. Es decir, para que pueda prevalecer la protección a la intimidad frente al derecho de acceso a la documentación administrativa será necesario desarrollar un juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho de acceso restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo.

Habremos de precisar, en consecuencia, que en el juego de la ponderación de intereses, la denegación al acceso solicitado sólo será legítima en la medida en la que se constriñe su ejercicio a la estricta necesidad⁴³.

tivos», encargados de publicar determinadas situaciones jurídicas y sus certificaciones, que constituyen documentos oficiales o prueba documental pública. De donde el autor colige la exclusión de los «registros jurídicos» del ámbito objetivo del art. 105.b) CE. L. SEGOVIA LÓPEZ, «Hacia un nuevo concepto de publicidad registral civil», en *La Ley*, 31 de octubre de 1996.

Más razonable parece el juicio de LUCAS DURÁN cuando contraponen a aquel argumento que los llamados «registros jurídicos» entran a formar parte de la Administración y de la actividad administrativa, pudiendo, en consecuencia, ser considerados como administrativos, y gozando todos ellos, *per se*, de una naturaleza pública. Motivo por el que el término «registro» deberá entenderse tanto como «instrumento creado por el derecho para conferir efectos jurídicos a los actos y datos allí contenidos (...) o para recoger realidades jurídicas o hechos relevantes para el interés común y adecuado funcionamiento del Estado», como «aquellos documentos que sirven para tener constancia de lo que entra o sale de una oficina administrativa». Sobre todo ello, M. LUCAS DURÁN, *El acceso a los datos...*, *op. cit.*, pp. 61 y 62.

⁴³ Véase la STSJ de Madrid de 19 de abril de 2005 (JUR 2005, 122681), conforme a la cual: «... el artículo 35 de la Ley 30/1992 avala el derecho de la recurrente a acceder a los documentos objeto de análisis pero sólo en aquellos contenidos que quedan al margen del concepto de datos personales definidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, salvo que cuenten con el consentimiento expreso de los titulares y siempre que se refieran a situaciones de las que se pudiera derivar algún interés en su relación con el accidente y por mor de los perjuicios reales que para su persona pudieran derivarse» (FJ 8.º).

La Sentencia, no obstante, no acaba de ver la verdadera trascendencia de la protección de datos de carácter personal y su colisión con otros derechos y valores constitucionalmente protegidos. Pues, en efecto, no debería dudarse del valor del derecho del interesado a acceder a la documentación que obra en un expediente sancionador abierto contra su persona. Ciertamente su acceso deberá provocar el mínimo sacrificio posible al derecho consiguiente de la protección de datos de carácter personal. Mas cuando el conocimiento de aquellos datos resulte imprescindible para la defensa de sus intereses, en el marco de las garantías

Por ello, si es posible conciliar los aspectos protegidos por el secreto con el acceso a la información, la Administración no podrá negarse a facilitar el acceso al expediente. De este modo, la denegación habrá de reducirse a los documentos afectados por las salvedades, los cuales deberán ser desglosados del expediente. Es más, entiendo que si en un mismo documento resulta factible ocultar el dato de carácter personal que pudiera involucrar a la intimidad de una persona⁴⁴, no podrán oponerse razones de secreto para denegar el conocimiento de la totalidad del documento. Cede, en este punto, el deber de reserva frente al derecho de acceso, pues en la disociación de información, el principio de confidencialidad de los datos de carácter personal se mantiene firme. Aun así, la solución no está resuelta en nuestro Derecho español, pues el art. 37.1 LRJ-PAC se despacha con una exclusión directa al derecho de acceso al documento⁴⁵. Solución que, por el contrario, sí se halla contemplada en otros textos legales, tales como la Ley 27/2006, de 18 julio, reguladora de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente⁴⁶, o el Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión⁴⁷, donde se

proclamadas en el art. 24 CE, su acceso no podrá condicionarse al consentimiento prestado por la persona concernida. Pues, de otro modo, dejaríamos en manos de terceros particulares la verdadera defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos.

⁴⁴ Por ejemplo, ocultando mediante tachadura el nombre, DNI, u otro tipo de datos identificativos de la persona.

⁴⁵ En similar sentido D. DE OCAÑA LACAL, «El archivero y la aplicación de la legislación sobre acceso», en *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos*, Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2001, p. 148, y S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La información y participación ciudadana en la Administración local*, 1.ª ed., Barcelona, Bosch, 2005, p. 142. El autor cita en nota al pie (163) una STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 1996, en la que, ante una solicitud de acceso a una causa penal fenecida dos décadas antes, la Sala concluyó la necesidad de «discriminar de entre la información solicitada aquellos documentos o datos obrantes que por su carácter de públicos y no privados, por no afectar al derecho a la intimidad del directamente afectado o de terceros particulares, podían ser objeto de consulta...». La Sentencia, sin embargo, fue revocada por el TS en Sentencia de 6 de abril de 2001 (TOL 28412). En AA, núm. 538, 2001.

⁴⁶ Incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE.

⁴⁷ Anteriormente, y en respuesta a la Declaración Europea relativa al derecho de acceso a la información (DO C 191, 1992, p. 101) que figura en anexo (núm. 17) al Acta final del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, se buscaba la articulación de los métodos adecuados para proporcionar una mayor transparencia a las actividades de las instituciones comunitarias. En respuesta a esta intención, la Comisión Europea adoptó el 5 de mayo de 1993 la Comunicación 93/C 156/05, titulada «El acceso del público a los documentos de las Instituciones» (DO C 156, 1993, p. 5). Ha de tenerse en

prevé la posibilidad de disociar las partes del documento en las que concurra alguna de las causas de la excepción⁴⁸.

1.2. Aquellos que ostenten un interés legítimo y directo en el procedimiento

Junto a la exclusión de la publicidad referida, entra en cuestión el espinoso problema de la presencia de sujetos que ostenten un interés legítimo y directo en el procedimiento administrativo⁴⁹. Lo que nos obliga a ponderar esta participación en relación con las exigencias del derecho de defensa. Tengamos presente que la denegación administrativa de la solicitud de acceso fundamentada en la confidencialidad de los datos ha de ser motivada, y que no podrá privarse al interesado de la información que resulta esencial para la defensa de sus legítimos intereses y derechos.

No ofrece margen de duda que los recursos en vía administrativa, como previos a los procedimientos judiciales, constituyen un medio insustituible para lograr el fin de hacer efectivo el Estado de Derecho, pues se configuran como pieza clave de la garantía de su cumplimiento, que será transmutado en la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE. La cuestión referente a la información significa una protección esencial de los ciudadanos destinada a que los procesos alcancen su fin último de salvaguarda a los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, es indiscutible que el logro de esta plenitud puede sufrir una restricción al establecer limitaciones de acceso a la documentación que aseguren el fin específico del procedimiento, sin merma del respeto a intereses de terceros igualmente dignos de protección. Ahora bien, esta limitación al acceso no podrá adulterar la finalidad del procedimiento, ni podrá ser de tal naturaleza o graduación que elimine el ejercicio de los derechos de defensa de quien ostente un interés legítimo y directo. Frente a esta posibilidad deberá prevalecer la garantía

cuenta, además, la Comunicación 93/C 166/04, de 2 de junio de 1993, titulada «Transparencia en la Comunidad» (DO C 166, p. 4).

⁴⁸ En caso de denegación parcial del acceso al documento solicitado, la respuesta deberá realizarse por escrito, y expondrá los motivos de la decisión. Además, deberá informar al solicitante de los recursos de que dispone. A saber, el recurso judicial contra la institución y/o la reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo, con arreglo a las condiciones previstas en los arts. 230 y 195 del Tratado CE, respectivamente (art. 8.1 del Reglamento).

⁴⁹ Sobre la legitimación para el ejercicio del derecho de acceso, véase S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La información y participación ciudadana...*, *op. cit.*, pp. 112 y ss.

de la tutela judicial efectiva y no vedar al sujeto la posibilidad de combatir eventuales situaciones de arbitrariedad de los poderes públicos.

Lo que habrá de entenderse sin perjuicio de las cautelas que puedan resultar precisas para evitar la difusión de aquella información excluida de la publicidad en el procedimiento administrativo, tales como la restricción en la entrega de copias de la documentación afectada por esta circunstancia⁵⁰.

1.3. Los datos ultrasensibles y su consignación en un expediente

Poco hay que definir mejor a una persona que sus creencias religiosas, filosóficas, políticas o morales, íntimamente ligadas a la esencia misma del propio ser. Motivo por el cual las injerencias en la vida religiosa e ideológica de la persona deben de ser examinadas bajo la perspectiva del respeto a la privacidad, como elemento indisoluble del derecho relativo a la protección de datos de carácter personal.

En el marco de la libertad ideológica, religiosa y de culto, y en consonancia con el bloque normativo europeo, el art. 7 LOPD dispone una especial protección a estos datos, únicos para los cuales establece la prohibición de su acopio, tratamiento y cesión, si no media el consentimiento expreso y escrito del afectado, pues en los restantes datos ultrasensibles cabe su tratamiento cuando, por razones de interés general, así lo prevea una ley. De donde se desprende el inicial impedimento a que esta clase de datos figure en los expedientes administrativos⁵¹.

⁵⁰ Entiendo que, ante documentos continentales de datos íntimos, la Administración puede negar, justificadamente, la expedición de copias a fin de evitar una utilización indebida de la información, con el consabido riesgo de menoscabo para la intimidad de un tercero. Pero esta negativa, tal y como vengo manteniendo, no puede justificar la exclusión del acceso por parte del interesado al expediente y, más concretamente, a los documentos en los que directa o indirectamente se base la resolución. Véase en torno a esto I.-C. DEL CASTILLO VÁZQUEZ, *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas (el derecho a saber y la obligación de callar)*, Pamplona, Thomson-Civitas y APDCM (Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid), 2007, pp. 571 y ss.

⁵¹ Así, por ejemplo, conforme establece el Reglamento del Registro Central de Personal y normas de coordinación con las restantes Administraciones Públicas, por el que se desarrolla la LMRFP (Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública), aprobado por Real Decreto 1405/1986, de 6 de junio, y según modificación operada por el Real Decreto 2073/1999, de 30 de diciembre, los Registros de Personal de las Administraciones Públicas contienen la anotación preceptiva de todos los actos que afectan a la vida administrativa del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Estas inscripciones comprenden una amplia gama de datos del personal referido en el Reglamento.

Ahora bien, la realidad presenta casos prácticos que sitúan en incómoda posición a los criterios generales de protección a estos datos. De hecho, y a pesar de la voluntariedad que la LOPD exige para la prestación del dato relativo a la ideología, creencia o religión, su reserva no puede bloquear el acceso a la información de quien acredite un interés legítimo y directo.

Imaginemos a un sujeto perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, cuyas creencias religiosas le exigen el descanso desde la puesta del sol del viernes hasta el ocaso del sábado⁵². Antes de proceder a la contratación, el empresario tendrá derecho a conocer el dato referente a esta práctica religiosa que exige la inactividad laboral durante tales horas. Mas este conocimiento quedará reducido al supuesto en el que el contrato de trabajo se vea perjudicado por aquellas prácticas religiosas⁵³. En un caso así, no resulta acorde con los principios básicos del derecho y de la buena fe entender que el sujeto goza de libertad para revelar el dato al empresario. Y si ese empresario es una Administración Pública y al empleado le corresponde trabajar los sábados por la mañana, es evidente que el dato relativo a la pertenencia del sujeto a la Iglesia Adventista deberá figurar en los ficheros de personal, si es que con motivo de su práctica religiosa el afectado pidió el cambio de turno. Y en el hipotético supuesto en que dicho cambio de turno fuere concedido, postergando por su causa a otro trabajador que también deseaba no trabajar los sábados por la mañana y que, a lo mejor, tenía una aparente preferencia a la selección de horarios —por ejemplo, por razón de antigüedad—, este último tendrá el derecho de acceso al expediente con la información suficiente de aquello que motivó la resolución administrativa relativa a las jornadas y turnos de trabajo. Entiendo que en estos casos, sin perjuicio de requerir al empleado seguidor de la Iglesia Adventista del Séptimo Día su consentimiento escrito para que tal circunstancia obre en su expediente laboral, y que el dato sea utilizado con la finalidad exclusiva de su cambio de horarios y de jornada, el acceso a la información por parte de terceros debe ir precedido de la solicitud escrita y motivada, acreditativa de un interés legítimo y directo.

Algunos de estos datos podrían estar ligados a la vida privada de los afectados —privacidad que se contempla desde el punto de vista de la esfera personal y familiar, si bien el art. 18 del Reglamento comentado excluye la inscripción de los datos a que hace referencia el art. 7, apartados 2 y 3, de la LOPD—; otros encajarían en el concepto genérico de «documentos nominativos» con reflejo, únicamente, de datos académicos y profesionales.

⁵² Véase la STC 19/1985, de 13 de febrero.

⁵³ En el caso de la STC 19/1985, de 13 de febrero, el cumplimiento del precepto adventista por parte de una trabajadora que profesaba estas creencias derivó en un despido que fue considerado procedente por el máximo intérprete de la Constitución.

Y la información comunicada deberá limitarse al máximo, siendo suficiente la indicación de una presencia de motivos religiosos que, en todo caso, no deberá precisar el credo concreto de la persona afectada.

Creo que con esta solución no sólo no se atenta ni contra el derecho individual de libertad religiosa y de culto, ni contra el derecho a la protección de datos personales, sino que se preserva el principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Los mismos comentarios pueden hacerse respecto de la presencia de algún trauma o discapacidad física o psíquica en la persona. Por variar de entorno, pero manteniéndonos en el ámbito público, pensemos ahora que esta deficiencia se da en un estudiante universitario cuya situación requiere un específico sistema de evaluación de sus conocimientos, la adaptación de tiempo a sus condiciones personales o, incluso, la utilización de concretos medios instrumentales. Resta decir que el trauma o la discapacidad pueden no ser apreciables a simple vista, pero existir con suficiente intensidad para aconsejar la adopción de una medida así. Recuerdo el caso de un alumno que por padecer un problema neurológico no podía sujetar un bolígrafo; sin embargo, sí podía teclear. En aquella ocasión se facilitó al alumno un ordenador portátil en el que pudiera realizar sus exámenes⁵⁴.

También en este caso, y a pesar de la confidencialidad de los datos médicos, el secreto tiene sus excepciones. En este supuesto, es evidente que el sujeto afectado habrá de aportar a la entidad educadora la documentación médica que acredite tal situación. Naturalmente, esta información será conocida, al menos, por el profesor responsable de la asignatura, pudiendo trasladarse al órgano responsable de la actividad académica del Centro, a fin de que se adapte el sistema de evaluación a las características físicas del alumno afectado. En teoría nadie más debería tener acceso a esa información, por tratarse de un dato referente a la intimidad y especialmente protegido conforme a la LOPD. ¿Pueden, sin embargo, los demás estudiantes que acudieron al examen y que fueron «tratados» de forma distinta, solicitar el acceso al expediente, con el conocimiento de los datos relativos a la salud del beneficiado por la decisión administrativa y, en su caso, los informes clínicos? Pienso que, efectivamente, es factible dar acceso a una información que resulte suficiente, pero no excesiva, a los demás alumnos que hayan acudido al mismo examen de aquel profesor. No obstante, y como sucedía con los datos relativos a la religión, el acceso no lo

⁵⁴ Para el tratamiento de los datos relativos a la salud en los expedientes administrativos, véase I.-C. DEL CASTILLO VÁZQUEZ, *Protección de datos: cuestiones...*, op. cit., pp. 563 y ss.

será a toda la información. Bastará señalar la presencia de motivos de salud para entender que se ha actuado con la correcta ponderación de intereses. El resto de la documentación permanecerá en secreto y, en consecuencia, estará afectada por la inaccesibilidad. De esta forma, no se entrará en contradicción con la obligación de confidencialidad, pues el interés del peticionario hace inclinar la balanza de la ponderación de derechos a favor del derecho de información, con la consiguiente merma del derecho a la protección de datos, pero sólo en su justa medida.

Por su parte, los agentes responsables de la gestión administrativa no deben rechazar o dificultar el acceso a aquella información, so pretexto de que se trata de un dato protegido por el derecho a la intimidad, pues en caso contrario, el peticionario podría hallarse en situación de indefensión ante un trato discriminatorio y poco equitativo, privándole de la posibilidad de defender sus derechos ante una eventual demanda en vía contencioso-administrativa.

1.4. Datos referentes a la privacidad

Si es clara la posición jurídica de los particulares ante los diversos tratamientos de sus datos de carácter personal, parece también evidente que no puede vaciarse el derecho a recibir información veraz, bajo el pretexto de una protección total a los datos personales cuyo conocimiento a terceros niega el titular. Surge entonces la necesidad de proceder a la ponderación de intereses. Y en la búsqueda del equilibrio, el legislador de la LOPD ha previsto que no será preciso el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, entre otros supuestos, cuando una Ley así lo establezca y siempre para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente. De forma que con la regulación de la LRJ-PAC, lejos de dejar en manos del particular la decisión última de poner en conocimiento de terceros determinada información concerniente a su persona, el legislador ha previsto la existencia de ciertas circunstancias en las que aquel que acredite un interés legítimo y directo pueda acceder a dichos datos, aun a pesar del afectado.

La presencia de un interés legítimo y directo elimina la posibilidad de actuar por un mero fisgoneo, una simple curiosidad sobre determinados aspectos que afecten a una persona concreta. Por ello, el acceso únicamen-

te estará justificado cuando, de alguna forma, la información contenida en el expediente incida en la esfera jurídica del peticionario.

Estas afirmaciones deben alumbrar el examen de la: *CESIÓN DE DATOS ACADÉMICOS A LOS PADRES O TUTORES*.

Quien se ocupe de gestionar los expedientes académicos de los estudiantes, de seguro se habrá enfrentado en más de una ocasión al deseo de los padres de conocer las calificaciones de sus hijos, sin el consentimiento de éstos. La cuestión es: a la vista de las restricciones impuestas por la LOPD, ¿puede un profesor, un Director o Decano de Centro o un Secretario académico comunicar esos datos al padre/madre o tutor del alumno? Más aún, en el caso de que el alumno se oponga a que sus calificaciones sean comunicadas a sus padres o tutores, ¿debe prevalecer su voluntad frente a la inquietud de aquéllos? Las Agencias hacen variar la respuesta en función de la edad del estudiante.

1.4.1. *Los datos académicos de los menores*

Sobre este particular tuvo ocasión de pronunciarse la AEPD (Agencia Española de Protección de Datos) en el Informe 466/2004. El informe reseñado toma en consideración la excepción prevista en el art. 11.2.a) LOPD³⁵, relativa a la habilitación realizada por una norma con rango de Ley.

Una vez sabida la posibilidad de cesión habilitada por Ley, la AEPD acude al texto del CC, cuyo art. 154 refiere la obligación aneja a la patria potestad que, ejercida en beneficio de los hijos, y de acuerdo con su personalidad, comprende entre sus deberes y facultades: «1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral».

De ello deriva la AEPD la integración de la facultad de acceder a la información de carácter académico relativa a las calificaciones de los menores, en las obligaciones y facultades que corresponden a los padres, como un derecho y un deber inherentes al ejercicio de su patria potestad.

En lo que a los tutores se refiere, es en el art. 269 del CC (Código Civil) donde la AEPD encuentra el asidero.

³⁵ Art. 11.2.a) LOPD: «El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

a) Cuando la cesión está autorizada en una Ley».

La AEPD hace extensiva estas apreciaciones a todos los centros de educación de menores, sea su condición la de privados o públicos, e incluye bajo su mención cualquier información relativa a la adaptación o inadaptación del menor en el centro escolar. Nada he de objetar a estos argumentos, que comparto.

1.4.2. *Los datos académicos de los estudiantes mayores de edad*

Las Agencias constriñen los márgenes de la comunicación de datos académicos a la relación entre padres o tutores y alumnos *menores* de edad, dejando, por el contrario, fuera de esa posibilidad a los estudiantes que cumplieron ya los dieciocho años. Son muchas las ocasiones en las que estos órganos se han pronunciado en este sentido⁵⁶. Las Universidades son aleccionadas, una y otra vez, en este terreno y, en términos generales, sus responsables han aprendido bien la lección: en ningún caso es posible comunicar los datos académicos a los padres de los alumnos mayores de edad.

De modo que, en opinión de la Agencia, el simple hecho de cumplir los dieciocho años varía de tal manera la relación existente entre padres e hijos, que a partir de ese momento queda bloqueada cualquier información académica concerniente a éstos. Debemos entender, pues, que, a juicio de la Agencia, una vez alcanzada la mayoría de edad, el padre y/o la madre abandonan toda obligación y pierden cualquier derecho que tuvieran en orden a la educación de sus hijos.

Con todo el respeto y consideración que me merecen las Agencias, creo, sin embargo, que la AEPD olvida que el art. 39.3 CE impone a los padres el deber de asistencia en todos los órdenes a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los casos en los que legalmente proceda. Y de este modo, el art. 142 CC subraya que:

⁵⁶ Así puede verse, por ejemplo, en la *web* de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, donde al contestar a las consultas que con mayor frecuencia plantean las Universidades señala: «¿Los padres y tutores de los alumnos tienen derecho a solicitar las calificaciones académicas a la Universidad?»

Si los alumnos son menores de edad, los padres y tutores tienen derecho a solicitar a la Universidad las calificaciones académicas de sus hijos.

En el caso de que los alumnos sean mayores de edad, no se podrán ceder, ya que constituiría una cesión sin estar amparada por las excepciones que contempla la ley».

Como puede comprobarse, la APDCM se limita a dar una pauta de comportamiento sin que la misma sea refrendada por argumento jurídico alguno que avale su opinión.

«Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable».

A su vera, el art. 143 CC obliga a los padres a prestar a sus hijos alimento *en toda la extensión* que señala el art. 142 del mismo texto. De forma que la habilitación legal que la AEPD reconocía a favor de los padres de los estudiantes menores de edad es idénticamente extensible a los padres de hijos mayores de edad que, en virtud de lo dispuesto en los arts. 142 y 143 CC, siguen cubriendo su instrucción y educación. Nada justifica, pues, una restricción al acceso de los expedientes académicos en los términos planteados por la AEPD.

Junto a este argumento se acumula otro, de igual naturaleza pero amparado en la habilitación legal producida a través de la Ley 30/1992. Pensemos en un padre y/o madre que asume el pago de los estudios de su hijo universitario. Tal vez ese padre o esa madre han tenido, incluso, que pedir un crédito para cubrir los gastos de la enseñanza. Han sacrificado otros intereses familiares a costa de proporcionar a su hijo la educación que ellos no tuvieron la oportunidad de conseguir. El joven, sin embargo, no parece estudiar nunca. Pasan los años y el muchacho no les enseña nunca los boletines de calificación. ¿Pueden esos padres solicitar el acceso al expediente académico? Entiendo que sí, a pesar de la opinión mantenida invariablemente por la AEPD. Y ello aunque la situación no sea, ni de lejos, tan extrema como la planteada en el ejemplo. Pues, en efecto, el padre que asume los gastos de los estudios de su hijo ostenta un interés legítimo y directo en conocer el resultado de esa inversión económica en educación del hijo y, en consecuencia, es el propio art. 37 LRJ-PAC el que le abre el acceso al expediente académico.