

TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN VERSUS PROTECCIÓN DE DATOS

Mar Antonino de la Cámara

Master en Gobernanza y Derechos Humanos. Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El presente artículo analiza la colisión de los derechos de acceso a los documentos y protección de datos a los efectos de facilitar la ponderación de los mismos. Para ello, se propone el estudio del carácter de ambos derechos desde un análisis triple: por un lado, los elementos teóricos susceptibles de afectar al resultado de la ponderación, por otro, el texto que recoge la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y, por último, la casuística reciente desarrollada por los órganos españoles en materia de conflicto entre la transparencia y la protección de datos.

ABSTRACT

This article analyzes the collision of access rights to documents and data protection in order to enable the weighting of this rights. For this purpose, it is proposed to study the character of both rights from a triple analysis: on one hand, the theoretical elements likely to affect the result of the weighting, on the other hand, the text contained in Law 19/2013 of December 9th, Transparency, Access to Public Information and Good Governance, and finally, the recent casuistry developed by the Spanish bodies in the matter of conflict between transparency and data protection.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se ha producido un importante avance del derecho de protección de datos, así como del principio de transparencia y el derecho de acceso. Este desarrollo ha crecido, sin embargo, a la sombra de diferentes propósitos. Por un lado, encontramos el derecho a la protección de datos, seguramente el bastión más importante en la actualidad de la individualidad frente a un campo de control difuso: Internet. Por otro, el principio de transparencia y el derecho de acceso a los documentos, que precisamente intenta defender la condición democrática de este campo, asegurándose de que se produzca una suerte de *redistribución* de la información entre el poder del Estado y la ciudadanía.

Estos derechos han florecido de manera paralela en vez de combinada, lo que ha provocado, en algún momento de este crecimiento, una colisión entre ambos. Efectivamente, el acceder a determinada información pública puede a la vez socavar el legítimo interés de otra persona en conservar en privado sus datos personales. Dada esta tesitura las últimas regulaciones al respecto han intentado hacerse eco del conflicto y proponer alternativas ante la pugna de ambos derechos. Una de ellas es la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, que pretende progresar en la aplicación del principio

de transparencia de la Administración Pública y entiende que para ello es necesario respetar un equilibrio entre la protección de datos y el derecho de acceso a los documentos. El artículo 15 de la susodicha Ley es el único precepto legal que trata de manera expresa y exhaustiva la relación entre ambos derechos.

Esta modificación legal está elaborada con vistas a mejorar el funcionamiento de la Administración Pública, fin al que quisiéramos aportar una modesta contribución al presentar este trabajo. Por ello, nos alejaremos aquí de disquisiciones meramente teóricas, aunque partiremos de la propia teoría para un correcto tratamiento de los conflictos que se plantean en la aplicación de la LTAIPBG. El concepto en torno al cual se articula esta presentación es el de la ponderación, por entender que su papel en la aplicación de la función administrativa es central.

De este modo, en primer lugar, se tratará desde un punto de vista conceptual, tanto el derecho de acceso a los documentos, como el derecho de protección de datos. Hemos intentado separarnos de las habituales definiciones al respecto, al entender que el potencial público al que nos dirigimos puede encontrar copiosa información al respecto en multitud de trabajos. Nos encaminaremos más bien a tratar de ahondar en los elementos conceptuales que pueden afectar a un hipotético caso de ponderación: en el primer apartado, referente al derecho de acceso a la información, indagaremos su condición como derecho fundamental, mientras que en el segundo, que trata de la protección de datos de carácter personal expondremos la especial relación del mismo con el derecho a la intimidad.

En segundo lugar, nos ceñiremos a la LTAIPBG para desentrañar los pasos a seguir en un ejercicio de resolución de solicitudes de acceso a la información por parte de la Administración Pública. Hemos intentado desmenuzar la propia ley para volver a recomponerla de manera que resulte un procedimiento claro a seguir por el funcionario para, finalmente, proceder al juicio de ponderación. Además, se pondrán de relieve algunas cuestiones importantes que surgen del decir de la propia ley.

Por último, nos centraremos específicamente en la ponderación. Tras un breve esbozo teórico entre esta y el test de proporcionalidad, que en ocasiones se prestan a confusión, se procederá a analizar una resolución emitida por la GAIP que servirá tanto para dar respuesta a los conflictos señalados en los apartados anteriores, como para ilustrar el ejercicio de la ponderación, así como el de proporcionalidad en un caso práctico complejo y rico.

Todo ello con la esperanza de que pueda ser de utilidad a quienes deben dar aplicación a la ley LTAIPBG.

2. TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS: ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL?

“Cuando se concede a cada ciudadano el derecho de gobernar la sociedad, es preciso reconocerle una capacidad de elección entre las distintas opciones que agitan a sus contemporáneos, y permitirle apreciar los diferentes hechos cuyo conocimiento puede guiarle”¹. Aunque con estas palabras Tocqueville pretendiera defender la razón de ser de la libertad de prensa en el Estados Unidos del siglo XVIII; aunque no fuera su intención presentar una apología del principio de transparencia, con ellas nos brinda, sin embargo, el fundamento que presenta al derecho la transparencia y de acceso a los documentos como condición necesaria de un estado democrático: sólo si se da tal acceso que permita un conocimiento de los hechos y de las distintas opciones gubernamentales puede hablarse de una verdadera elección ciudadana, de un ejercicio de libertad democrática.

¹ Tocqueville, Alexis: *La democracia en América, I*, Alianza Editorial, Madrid, 2011, pág. 267.

Si bien es cierto, como ya observó Tocqueville, que Estados Unidos tiene una potente tradición en cuanto a la libertad de expresión, Europa no se queda atrás: en España, por ejemplo, el derecho de acceso a los documentos tiene reconocimiento constitucional directo, amparado por el artículo 105 de nuestra Carta Magna, que propugna “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. Ahora bien, este artículo no está contemplado en el Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”, sino en el IV que trata del gobierno y de la administración, negándole, por tanto, su condición de derecho fundamental. De ahí que Luis Piñar Mañas entienda el reconocimiento de este derecho como un derecho débil (Luis Piñar Mañas). Quisiera, a pesar de todo recalcar que el derecho de acceso viene recogido bajo la rúbrica “participación de los ciudadanos”. Es, por tanto, de necesidad concluir que también en nuestro país es un derecho ligado al ejercicio de la participación ciudadana y, en este sentido, es parte indisoluble de la cultura política democrática, justamente como se desprendía de las palabras Tocqueville.

Pese a su reconocimiento constitucional, España era en 1992 el único país junto con Chipre que no había dotado a su ordenamiento de una regulación al respecto. Esta carencia fue paliada de manera deficiente. Y es que no se dedicó una ley propia a la regulación de la transparencia y el derecho de acceso, sino que se prescribieron una serie de normas al respecto, siempre dentro del marco general de la LPAC 30/92, de 26 de noviembre². Esta solución se mostraba a todas luces insuficiente, ya que no era capaz de ofrecer una construcción sólida y sistemática del derecho de acceso, así como de sus garantías y límites³.

Esta situación cambia a partir de la LTAIPBG 19/2013, de 9 de diciembre⁴, que supone un avance respecto de la situación anterior, colocándonos a la altura de nuestros compañeros europeos. Si bien la ley regula la transparencia de manera directa, ordenada y, sobre todo, exclusiva, cabe preguntarse si con este desarrollo legislativo nacía también una nueva concepción del propio derecho de acceso, aproximándolo a la consideración de derecho fundamental, o, por el contrario, obedecía únicamente a un afán de sistematización. Pues bien, por un lado, la misma ley declara vehementemente la fundamental relación entre democracia y transparencia, como ya quedaba señalado de manera implícita en la Constitución al anclar este derecho en la participación ciudadana. Parece, entonces, indudable que el legislador no pone en entredicho la relevancia de la transparencia y el derecho de acceso para el ejercicio democrático. Ahora bien, el preámbulo incide en la regulación previa a la propia ley del acceso y la transparencia hasta llegar al punto de afirmar: “La Ley, por lo tanto, no parte de la nada ni colma un vacío absoluto, sino que ahonda en lo ya conseguido, supliendo sus carencias, subsanando sus deficiencias y creando un marco jurídico acorde con los tiempos y los intereses ciudadanos”. Esto puede considerarse una declaración de intenciones o, incluso, de falta de las mismas. No hay intención alguna de un aporte cualitativo, ni un cambio de dirección significativo en torno a la transparencia o derecho de acceso. Se trata de un espíritu de mejora de lo ya dado, una aproximación continuista de la dispersa normativa que ha regulado el derecho de acceso en los pasados años, como vamos a ver a continuación.

En suma, ¿qué estatuto jurídico le es reconocido en la ley?, ¿es este derecho un derecho fundamental? El desarrollo legislativo nos da la clave al respecto, dado que la LTAIPBG es una

² España. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Boletín Oficial del Estado, 27 de noviembre de 1992, núm. 285, pp. 40300-40319.

³ De hecho, solo el artículo 37 de la citada ley se encargaba de regular el derecho de acceso a archivos y registros y lo hacía, por supuesto, de manera poco garantista.

⁴ España. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Boletín Oficial del Estado, 10 de diciembre, núm. 295, pp. 97922-97952.

ley ordinaria, no orgánica⁵. En cuanto al contenido de la LTAIPBG, cabe diferencia entre la transparencia y el derecho de acceso. El Título II enuncia la transparencia como un principio de actuación de la Administración Pública: “a) Principios generales: 1º Actuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general”. No hay, por tanto, discusión posible en lo que refiere a la transparencia. Por otro lado ¿qué hay del derecho de acceso?, en palabras de Luis Mañas se trata de “una de las manifestaciones, quizá la más importante, pero no la única, de la transparencia y es [...] un derecho fundamental”⁶.

Sin embargo, ¿es realmente este derecho fundamental? Ya hemos visto que en España no ha sido tratado como tal, en tanto que el monopolio de los derechos fundamentales corresponde a las leyes orgánicas y la LTAIPBG es una ley ordinaria. Pero vayamos más allá del caso español. Según Emilio Gichot, especialmente ducho en la materia⁷, hay dos vías de reconocimiento del derecho de acceso como derecho fundamental: la de las nuevas constituciones y la de las “antiguas”⁸. Las nuevas constituciones, como por ejemplo la de México⁹, le dan una entidad independiente en la que es reconocido como derecho fundamental autónomo. En la segunda vía, sin embargo, se justifica la consolidación del derecho de acceso como fundamental basándose en su relación con otro derecho, generalmente, el derecho a la libertad de información.

En relación a las Naciones Unidas, como ejemplo de la primera vía, el derecho de acceso a la información se ha ligado al artículo 19 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (en adelante, DDHC), pero progresivamente ha ido tomando consistencia de derecho autónomo. Así, el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión reconoce en su Informe Anual para 1998 que “El derecho de buscar, recibir e impartir información impone

⁵ En virtud del artículo 81 de la Constitución Española “las leyes orgánicas [son] las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales [...]”.

⁶ Piñar Mañas, José Luis: “Transparencia y protección de datos. Una referencia a la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno” en *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, pp. 45-62, V.V.A.A. Piñar Mañas, José Luis (director), Colección de Derecho Administrativo, Madrid, 2014, pág. 46.

⁷ Emilio Gichot cuenta con una larga serie de publicaciones al respecto, entre ellas: “El nuevo Derecho europeo de acceso a la información pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 160, 2003, pp. 283-316; *Transparencia y acceso a la información en Derecho europeo y comparado*, Derecho Global, Sevilla, 2010 (en prensa), “Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 173, 2007, pp. 407-445; “Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio”, *Revista Catalana de Derecho Publico*, núm. 35, 2007 (Ejemplar dedicado a: La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en el derecho público: ¿evolución o transformación?), pp. 43-74; “Publicidad frente a privacidad de la información personal en Derecho canadiense: lecciones para el Derecho europeo”, *Revista Española de Protección de Datos*, núm. 3, 2007, pp. 65-94; “Acceso a la información y protección de datos. Estado de la cuestión”, en REIGADA, A. (dir.), *Transparencia administrativa y protección de datos personales. V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Thomson-Civitas/Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2008, pp. 205-222; “Un paso decisivo en la clarificación de las relaciones entre derecho de acceso y derecho a la protección de datos: la Sentencia del TPI de 8 de noviembre de 2007, Bavarian Lage/Comisión, T-194/04”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 27, 2008, pp. 329-345; *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Civitas, Madrid, 2009; “Comunicación de datos por las Administraciones públicas a sujetos privados”, en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 1024-1057; “La comunicación de datos personales en poder de la Administración. Aspectos generales y especialidades derivadas de la comunicación por vía telemática”, en COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J., (coords.), *Administración electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 765-806; “Las relaciones entre transparencia y privacidad en el Derecho comunitario ante la reforma de la normativa sobre acceso a los documentos públicos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 37, 2011 (en prensa). Tomado de Emilio Gichot, “Transparencia vs. Privacidad”

⁸ Gichot explica: “A nivel global existen dos vías de reconocimiento básicas. Por una parte, a) la que considera que que el derecho de acceso a la información se integra en la libertad de información [...] [y] b) la que estima que se trata de un derecho fundamental autónomo.

⁹ De hecho, la Constitución mexicana no solo declara el derecho, sino que lo despliega con cuidadoso detalle, sin delegar esta potestad al desarrollo de una futura ley.

una obligación positiva sobre los Estados para asegurar el acceso a la información, particularmente respecto a la información que está en manos del Gobierno en todo tipo de sistema de almacenamiento y recuperación [...]”¹⁰. En 2004 este reconocimiento se amplía cuando los tres mandatos especiales sobre la libertad de expresión emiten una Declaración Conjunta en la que declaran el derecho de acceso como derecho fundamental:

“El derecho a acceder a la información que está en manos de autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debe darse vigencia a nivel nacional mediante legislación integral (por ejemplo, leyes sobre la libertad de información) en base al principio de transparencia máxima, estableciendo la suposición de que toda información está accesible, con sujeción apenas a un sistema escueto de excepciones”¹¹

En lo que refiere a la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000¹², que tiene rango constitucional, reconoce este derecho como un derecho fundamental autónomo, aunque lo predica de manera parcial al vincularlo exclusivamente a los documentos que emanan del Parlamento, Consejo y Comisión¹³. Sin embargo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)¹⁴ extiende en su propia articulación este derecho a otros órganos a los que también obliga a suministrar determinada información¹⁵.

Por otro lado, encontramos la vía del reconocimiento indirecto, más presente en la jurisprudencia y documentos emitidos por los sistemas regionales de defensa de los Derechos Humanos. Así, el Consejo de Europa lo ha reconocido en forma de Recomendaciones al enlazarlo con el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁶, además de ser regulado por el Convenio 205 del Consejo de Europa de 2009¹⁷. En su jurisprudencia el TEDH ha ido definiendo paulatinamente el derecho de acceso a la información¹⁸, a pesar de lo cual

¹⁰ Informe del Relator Especial, *Promoción y protección del derecho a libertad de opinión y expresión*, ONU Doc. E/CN.4/1998/40, 28 enero 1998, párrafo 14.

¹¹ Adoptada el 6 diciembre 2004. Disponible en:

<http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/0/9A56F80984C8BD5EC1256F6B005C47F0?opendocument>

¹² La Carta de Derechos Fundamentales es aprobada en 2000.

¹³ En su artículo 42 la Carta declara que “todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”. Este artículo se enmarca en el Capítulo V “Ciudadanía”. Por tanto, parece que el derecho viene a ser fundamentado desde la posibilidad del ejercicio y participación democrática, más que a través de la libertad de expresión.

¹⁴ Conocido como Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

¹⁵ Así, el artículo 3, que contiene la declaración del derecho de acceso a los documentos dice: “Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado”.

¹⁶ Recomendación del Comité de Ministros de 21 de febrero de 2002, sobre acceso a la información oficial, y la de 13 de julio de 2000, sobre política europea en materia de acceso a archivos. Tomado de Emilio Gichot,

¹⁷ Convenio que no vincula a España, dado que no lo ha firmado.

¹⁸ En 2006 es la primera vez que el TEDH lo reconoce como un derecho ligado a la libertad de expresión. Previamente, ni siquiera lo anclaba en el artículo 10 (libertad de expresión), sino que lo ligaba al 8, a la protección de la vida familiar. Esta primera vez es el asunto *Loisea vs France*. En la Sentencia *Társaság s Szabadságjogokért v. Hungary*, de 19 de abril de 2009 reconoce un avance jurisprudencial y estima que el Estado tenía la obligación de no interferir en el flujo de la comunicación demandada por el reclamante. Por último la Sentencia *Youth Initiative for Human Rights v Serbia*, de 25 de junio de 2013 se estima el derecho de acceso a la información como parte del derecho de libertad de recibir información de manera directa. Es pensable en los próximos años se de en España un reconocimiento jurisprudencial del acceso a la información publica como derecho fundamental en el marco del artículo 20 CE. Ello puede incidir especialmente en la interpretación y ponderación de los límites al derecho de acceso. Luego decir que aunque el TC no se haya hecho eco de esto (dos autos de 2009 que inadmitieron recursos de amparo promovidos por Acces InfoEurope 3254/2012 y 4145/2012) conforme al art 10 de la constitución (que las normas se interpretan con arreglo al derecho internacional) y los arriba contado y teniendo en cuenta que el derecho de libertad de expresión se recoge bajo el artículo 20 y por tanto cae bajo el mandato del 10 el TC debería interpretar conforme la

nuestro Tribunal Constitucional no se ha hecho eco de tales progresos. Señalar, por último, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguido un camino similar al del TEDH (si bien más veloz y directo), sustentando el derecho de acceso en el artículo 13 de la Convención Americana de 1969¹⁹, que propugna la libertad de pensamiento y de expresión.

Dados estos precedentes volvamos a España. Puesto que el reconocimiento constitucional del derecho de acceso no le dota en España de rango de derecho fundamental, a la LTAIPBG le quedaba vetada la opción de reconocerlo como un derecho fundamental autónomo. Sin embargo, aún tenía la opción de otorgarle ese valor de fundamental si lo justificaba al amparo del artículo 20 de la CE que reconoce la libertad de expresión, emulando así la corriente internacional que hemos mencionado. Así, el Capítulo II del Título I LTBG concreta qué debemos entender por información pública. Es aquí cuando para fundamentarlo había de elegirse entre el art. 20 de la CE y el 105 y se optó por anclar el derecho en el 105, como hemos visto, es decir en el “acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos [...]”. Al anclar el derecho de acceso en el artículo 105, se le negaba, por tanto, su condición como derecho fundamental²⁰.

En suma, concluimos que debería ser considerado un derecho fundamental, especialmente por su relación con la posibilidad del ejercicio de la democracia, aunque en España aún no se haya producido este desarrollo. Queremos, sin embargo, pensar que este desarrollo jurídico se irá produciendo de manera paulatina; esperanza esta cuya lógica jurídica se hace valer en virtud del artículo 10 de la CE que obliga a interpretar los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales. Esto nos permite concluir que, por tanto, debería expandirse el contenido de la libertad de información hacia el derecho de acceso. En este sentido, compartimos la previsión de Marta Kindelán y José Manuel Sánchez Saudinós al decir: “es pensable en los próximos años se dé en España un reconocimiento jurisprudencial del acceso a la información pública como derecho fundamental en el marco del artículo 20 CE. Ello puede incidir especialmente en la interpretación y ponderación de los límites al derecho de acceso”²¹.

Por tanto, siguiendo a Guichot, si bien hay dos vías para poder entender el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental, en España aún no se ha aceptado de manera explícita ninguna de las dos, aunque es de esperar que la jurisprudencia sea partícipe de la evolución internacional que afecta a este derecho.

3. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL ¿UN DERECHO AUTÓNOMO?

La manifestación más importante de la colisión de derechos en el ámbito de la transparencia se da en relación con el derecho a la protección de datos. Este es un derecho relativamente novedoso. Gichot define este derecho como “la reacción jurídica ante los riesgos que para el libre desarrollo de la persona puede generar las posibilidades ilimitadas de acumulación y cruce de información personal que permite la informática, a partir de los cuales pueden crearse perfiles individuales que condicionen gravemente la vida del individuo en sociedad”²².

jurisprudencia europea arriba comentada. Aunque es tb cierto que España no se ha acogido al Convenio Europeo.

¹⁹ También conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

²⁰ Cfr. María Concepción Campo Acuña, “Transparencia y Protección de datos. Tres claves para enfrentar el conflicto”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 15, Sección Zona Local / Observatorio de Transparencia, Agosto 2016, Ref. 1819/2016, pág. 1819, Editorial Wolters Kluwer. Disponible en: <http://laleydigital.laley.es/Content/Inicio.aspx> (consultado el 14 de marzo de 2017).

²¹ Kindelán, Marta y Sánchez Saudinós, José Manuel, “II. Panorama Nacional: España” en *Transparencia e Información Pública*, XIII Informe sobre Derechos Humanos, Federación Iberoamericana de Ombudsmán, (Director Guillermo Escolar), Trama Editorial, Madrid, 2015, pág. 233.

²² Gichot, Emilio, *supra.*, pág. 23.

Efectivamente, debido a los cambios fácticos que se han producido en la tecnología, a la facilidad de transmisión de información y de acceso a diferentes datos, ha surgido un ámbito nuevo que quedaba desprotegido, en muchas ocasiones referido a la informática; un espacio desprotegido. Multitud de datos que no soportaban la tradicional clasificación como datos encuadrados en el derecho a la intimidad y, por tanto, no estaban sujetos a ninguna defensa o garantía jurídica dejaban expuesta, sin embargo, la privacidad del individuo.

Sin embargo, de la misma forma que ocurre con el derecho de acceso también en este caso se ha dado una doble vía de reconocimiento. Ante este contexto como el que se ha señalado, la necesidad de justificar la defensa de un nuevo objeto (el derecho a la protección de datos) ha llevado a la doctrina a relacionarlo en numerosas ocasiones con el derecho a la vida privada²³. Otras veces se ha recogido de manera autónoma, aunque en relación directa con el derecho a la vida privada. El Consejo de Europa lo justifica en el Convenio 108 de 28 de enero de 1981 diciendo que es necesario ampliar la protección del derecho a la vida privada²⁴. En cuanto al derecho comunitario, lo recoge en el artículo 8, capítulo II de la Carta de los Derechos Fundamentales, basado en el 286 de TCE y directiva 95/46 de/CE y en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981. Además, el TFUE en su art. 16 consigue que no se aplique exclusivamente a las materias del pilar comunitario, sino a la acción del legislador en todas las materias de su competencia.

Según Gichot viene a distinguirse dos círculos de datos: por un lado, el núcleo duro de datos “sensibles” que coinciden con el de la protección del derecho a la intimidad, y uno más amplio que refiere a la protección de datos.

¿Se trata de un derecho *ex novo*? A diferencia de lo que ha ocurrido con el derecho de acceso a los documentos, el TC desde su primera sentencia se ha esforzado por demostrar que era un derecho fundamental autónomo²⁵, a pesar de no contar con una formulación expresa en la Constitución, lo que nos hace pensar que, efectivamente, se trata de un derecho *ex novo*. Sin embargo, a pesar de que los Tribunales han intentado remarcar la diferencia entre el derecho de protección de datos y el derecho a la intimidad, ni siquiera a día de hoy es tan claro²⁶. Hacemos nuestras las diferencias de la exposición de Gichot entre ambos derechos, puesto que son clarificadoras: el objetivo es el mismo, garantizar la vida privada, con los mismos límites. Sin embargo, donde el derecho a la intimidad no llega, está el derecho a la protección de datos cuyo campo de actuación es más amplio, sea en lo que refiere al objeto (datos no íntimos), como a la acción (no se refiere solo a una vertiente negativa del derecho). Desglosado el derecho a la protección de datos quedaría en su vertiente activa como derecho de información, acceso, rectificación y cancelación. Este elenco de acciones positivas no es aplicable a la protección del derecho a la intimidad, recogido en el artículo 18 de la CE, que ha sido siempre enunciada como una prescripción de no hacer por parte de un tercero.

²³ Una excepción la constituye, por ejemplo, Alemania que tanto la protección de datos como el propio derecho a la intimidad la liga a al derecho a la dignidad humana. Se incluyen las actividades laborales en este apartado de la vida privada y familiar o intimidad.

²⁴ Concretamente dice: “Considerando que es deseable ampliar la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de cada uno, concretamente el derecho al respeto de la vida privada, teniendo en cuenta la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objeto de tratamientos automatizados”. Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/textosynormas/textos_consejo_europa/common/PDFs/B.28-cp--CONVENIO-N-1o--108-DEL-CONSEJO-DE-EUROPA.pdf (consultado el 2 de abril)

²⁵ El TC ha basado esta interpretación en el artículo 18, aunque el 18 haga referencia exclusiva a los datos automatizados o informáticos. En el desarrollo legislativo se amplía, sin embargo, todo tipo de datos, independientemente del soporte en que se hallen.

²⁶ Cfr Gichot, Emilio, *supra.*, pp. 23 y ss.

Y a pesar de que no hay un correlato exacto entre el contenido entre ambos derechos, sí se da un espacio que comparten. Los datos personales comprenden, por un lado, los datos personales en general, y por otro, los datos especialmente protegidos, que en el ordenamiento gozan de mayores garantías. Son estos últimos los que coinciden con el círculo que tradicionalmente ha sido protegido como parte de elementos que podían poner en riesgo la intimidad. Los datos especialmente sensibles son menos, están conectados con los derechos fundamentales, y responden a materias delicadas como la ideología, la sindicación o la religión. Por otro lado, un dato personal, cuyo carácter es más general, es “toda información sobre una persona física identificada o identificable”, lo que incluye el nombre. Parece realmente difícil asumir que el nombre, por definición, pueda poner en riesgo la intimidad de las personas. Y, sin embargo, este y otros datos personales cuya filtración pudiera parecer inocua han sido incorporados porque en combinación con otros datos, pueden ayudar a dibujar la personalidad de alguien, invadiendo así su privacidad e intimidad, pero además, también pueden poner en riesgo determinados intereses de índole económica, así como su seguridad²⁷.

Al respecto, el caso *Comisión contra Bavarian Lager*, de 29 de junio de 2010²⁸ es una muy importante sentencia, porque nos permite apreciar la diferencia existente entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos, y estimar hasta qué punto es necesario recurrir al derecho a la intimidad para justificar y proteger los datos personales²⁹. En este caso se trata de un recurso de casación planteado por la Comisión, contra el Tribunal General. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) consideró que el Tribunal General no había ponderado de manera adecuada los bienes, tanto el derecho de acceso, como el derecho a la protección de datos.

El conflicto viene a raíz de la disposición *Guest Beer Provision*³⁰. La compañía Bavarian Lager estimó que esta previsión legal suponía en la práctica una importante restricción al derecho de importación³¹. Por ello, presentó una denuncia ante la Comisión. En el transcurso del proceso, se reformó el precepto que había provocado el conflicto, dando paso al cierre del expediente. Bavarian Lager solicitó el acceso al acta de reunión en la que se había cerrado el expediente, pero la Comisión se negó, puesto que las empresas no dieron su consentimiento en cuanto a la cesión de sus datos. Según el Tribunal General esto era una violación del derecho de acceso, puesto que para negar el mismo habría de demostrarse un perjuicio a la intimidad e integridad del interesado, según el art. 4.1.b) del Reglamento 1049/2001³². Para la Comisión, sin embargo, la aplicación de este reglamento era errónea, puesto que este artículo remite, en los casos en los que haya colisión con la protección de datos, a la aplicación del Reglamento nº45/2001, en particular, su artículo art. 8 b)³³ que desarrolla la idea de que los datos personales pueden suponer un perjuicio para el derecho a la intimidad. El Tribunal General, sin embargo, había aplicado el 4.1. b) del Reglamento 1049/2001 sin atender a la remisión a la normativa

²⁷ Citar la sentencia

²⁸ STJUE, de 29 de junio de 2010, asunto C-28/08 P *Comisión contra Bavarian Lager*, por el que se estima un recurso de casación formulado por la Comisión contra la Sentencia del Tribunal General de 8 de noviembre de 2007, asunto T-194/04, *Bavarian Lager contra Comisión*.

²⁹ José Luis Piñar Mañas pag 15 articulito corto

³⁰ Previsión legal inglesa que obliga a las empresas cerveceras a permitir a sus distribuidores que comprasen otras cervezas siempre que se cumpliesen los siguientes requisitos: a) que tales empresas suministrasen su producto a más de 2000 establecimientos, y b) que fuera de barril y con graduación de más de 1,2%.

³¹ Y que en ese momento quedaba prohibida por el artículo 28 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

³² Este reglamento prevé una excepción al acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de la intimidad e integridad de la persona, especialmente en relación con los datos personales.

³³ El artículo 8 del Reglamento nº45/2001 dispone que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 4,5, 6 y 10, los datos personales sólo se transmitirán a destinatarios sujetos al Derecho nacional adoptado para la aplicación de la Directiva 95/46/CE, cuando: a) el destinatario demuestre que los datos son necesarios para el cumplimiento de una misión de interés público o son inherentes al ejercicio del poder público, o b) el destinatario demuestre la necesidad de que se le transmitan los datos y no existan motivos para suponer que ello pudiera perjudicar los intereses legítimos del interesado”.

específica de la protección de datos. Este artículo supone un vínculo expreso entre la regulación del acceso a los documentos y la protección de datos, y en su aplicación se ignoró totalmente la dimensión que correspondía a la protección de datos, haciendo valer únicamente las excepciones del derecho de acceso.

Así lo entendió el TJUE que dictaminó que si hay una solicitud de acceso a los documentos es necesario que se aplique el 4.1.b) del Reglamento nº45/2001 en tanto que prevé la denegación “de conformidad con la legislación de la Unión Europea sobre protección de datos personales”. Esto significa que es aplicable el 45/2001 (en particular el art 8 y 18³⁴).

Después de dejar claro el error que impidió al tribunal de instancia determinar si tenían acceso o no, el TJUE entró a conocer la pertinencia al respecto de la denegación de información. Según el TJEU, tal denegación fue legítima, porque de acuerdo con los artículos arriba citados al tratarse de datos personales la parte demandante, la Bavarian Lager, habría tenido que demostrar la necesidad de conocer esos datos para poder llevar a cabo el ejercicio de ponderación.

De todo este caso es posible concluir por un lado que:

- a) El Tribunal General estima que es menester aportar la información ya que los particulares actuaban en representación de diferentes entidades, esto es, personas jurídicas y, por tanto, aunque hubiera datos personales, estos no menoscababan la intimidad. El Tribunal de instancia había dicho “el mero hecho de que un documento contenga datos personales no significa necesariamente que ponga en peligro la intimidad o la integridad de las personas de que se trata, a pesar de que la actividad profesional no esté, en principio, excluida del concepto de vida privada, en el sentido del artículo 8 del CEDH”.
- b) Sin embargo, esta sentencia ha sido posteriormente anulada en casación por Sentencia del Tribunal de Justicia. Este Tribunal considera en su sentencia que el Tribunal General “ha limitado la excepción recogida y no tiene en cuenta la legislación de la Unión”.

Por tanto, en la práctica puede afirmarse que no es lo mismo el derecho a la intimidad que el derecho a la protección de datos, aunque sea por una cuestión de aplicación legislativa. Efectivamente, el TJUE no se molesta en defender si hay o no un menoscabo del derecho a la intimidad. Más bien dice que la interpretación ha sido “limitativa” y parece ser que independientemente de la ponderación directa entre el derecho de acceso a la información y el menoscabo del derecho a la intimidad debe aplicarse la regulación estricta que hace referencia a la protección de datos.

En definitiva, si esto es así, no cabe entender que es posible reducir el derecho de protección de datos a la protección del derecho a la intimidad, por mucho que en un primer momento, este haya valido para justificar al derecho de protección como valedor de su posición de derecho fundamental.

³⁴ El artículo 18 del Reglamento nº45/2001 dispone que:” El interesado tendrá derecho a:

- a) Oponerse en cualquier momento, por razones imperiosas y legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo en los casos contemplados en las letras b), c) y d) del artículo 5. En caso de oposición justificada, el tratamiento en cuestión no podrá referirse ya a esos datos.
- b) Ser informado antes de que los datos personales se comuniquen por primera vez a terceros o se utilicen por cuenta de terceros a efectos de prospección, y a que se le ofrezca expresamente el derecho a oponerse, sin gastos, a dicha comunicación o utilización.”

4. ACCESO A LOS DOCUMENTOS Y DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS: ¿DOS DERECHOS ENFRENTADOS?

Una vez analizado el contenido de ambos derechos y su necesidad en una sociedad cada vez más informatizada y globalizada, podemos deducir que es indispensable preservar el equilibrio entre ambos, entendiéndolos como complementarios en vez de contradictorios. Solo de este modo, podremos asegurarnos de preservar la calidad democrática del país, de forma que no se de una extralimitación por parte de ninguno de los derechos en perjuicio del otro. La transparencia ha de ser congruente con los principios que conforman el derecho a la protección de datos. Sin embargo, sería tan ingenuo como infértil ignorar el papel que juegan en la práctica como límites recíprocos.

Para analizar la relación legal que media entre los dos derechos, debemos recurrir a la LOPD, de 13 de diciembre³⁵ que sostiene que será necesario el consentimiento expreso del afectado, a no ser que una ley lo autorice³⁶, y la nueva ley de transparencia es justo aquella que lo autoriza e invierte la presunción: se parte de que se pueden entregar los documentos que implican cesión de datos, a no ser determinadas excepciones. Por tanto, ya no habrá de justificarse la necesidad de obtener cierta información. En segundo lugar, el contenido del artículo 15 de la LTAIPBG se constituye como el punto clave para el análisis, dado que explicita la relación y límites entre uno y otro derecho.

De este modo, para hacerse con la regulación del acceso en toda su virtualidad, hace falta un análisis combinado de las dos leyes, que daría lugar al siguiente procedimiento de acción:

1. Se parte de la regla general establecida en el artículo 5 de la LOPD que estipula que para acceder a la protección de datos se necesita el consentimiento expreso *a no ser que una ley lo autorice*.

2. La LTAIPBG de 2013 lo autoriza de manera general (y supletoria, para los casos en los que se dé una regulación sectorial³⁷). Por tanto, se tiene que dar el acceso y además en lo

³⁵ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 298, publicada el 14 de diciembre de 1999 (texto consolidado 5 de marzo de 2011).

³⁶ Efectivamente, así lo declara el artículo 5 de la ley cuando dice: “No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior, cuando expresamente una ley lo prevea [...]”.

³⁷ Es necesario, además, tener en cuenta que la LTIPBG no se aplica para todo conflicto entre acceso a la información y propiedad de datos. Encontramos casos, en que por mucho que pueda parecer legítimo o, incluso, el solicitante haya fundamentado su petición con una motivación sólida, la ley prevé que no puede efectuarse la ponderación, dado que la misma ley, en otros preceptos, se ha encargado de hacerlo de manera tasada. En algunos casos, esto ha impedido que se conceda el acceso a la información, mientras que en otros la ha permitido en supuestos que, de hecho, se encuentran protegidos. Así nos encontramos ante la sentencia 145/2016 del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº5 de Madrid, de 28 de octubre de 2016. En este caso se trata de la anulación de una resolución del CTBG en la que se requería a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, AEAT) trasladar una información relativa a la denominación social de una persona jurídica y la jurisdicción en que se encontraba. Por mucho que no se pidieran datos especialmente protegidos -ni siquiera la identidad tributaria del declarante-, el órgano judicial entiende que no se debe aplicar la LTAIPBG, sino la Ley General Tributaria. En particular, su artículo 95 que declara el carácter reservado de la información tributaria. El error del CTBG no es en este caso, una mala aplicación del recurso de la ponderación, sino precisamente, haberlo efectuado, dado el carácter especial y, por tanto, prevalente de la Ley General Tributaria, ante la que la LTAIPBG tiene meramente carácter supletorio. Por ejemplo, la disposición adicional primera de la LTIPBG, artículo 39.e dispone que: “El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se regirá, además de por lo dispuesto en esta ley, por: La Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y por la normativa que le sea de aplicación, en lo no dispuesto por esta Ley, cuando desarrolle sus funciones públicas”.

En su informe 0342/2012 la AEPD aporta un criterio interesante al respecto. El informe responde a una consulta en la que se plantea la pertinencia de aportar a un demandado por venta de tabaco y bebidas alcohólicas a menores la información de los demandantes menores de edad. El informe justifica que el artículo aplicable es el 35 de la ley 30/92 cuyo fin es “facilitar el derecho de defensa, y esto lo que significa es ofrecer al interesado la

relacionado con los datos meramente identificativos se da sin que el interesado haya de justificar el interés. Las excepciones las regulan los artículos 14 y 15:

3. El supuesto que aquí nos interesa es el de protección de datos, que se trata en el artículo 15. Dentro de las excepciones del artículo 15 podemos distinguir dos casos:

- Aquellos en los que no se trate de datos especialmente protegidos. Antes de trasladar la información debe ponderarse el interés público del tercero que la solicita.
- Si los datos son especialmente protegidos: aquellos datos incluidos en el artículo 7.2 de la LOPD el interesado tendrá que dar su consentimiento expreso a no ser que sean hechos manifiestamente públicos, en cuyo caso tendrá lugar la ponderación. Si son datos contenidos en el artículo 7.3 de la LOPD, deberá dar su consentimiento, a no ser que una ley lo autorice. En la práctica el interesado deberá motivar el interés del acceso a los documentos solicitados.

4. Por último, han de analizarse los límites del artículo 14³⁸, que deben quedar justificados por la “evaluación del daño y el interés público” y que, de aceptarse, deberán implicar, en cualquier caso, una resolución motivada.

Así lo explica un informe emitido por la CTBG y la AEPD conjunto³⁹.

La ponderación la lleva a cabo el órgano administrativo a quien ha sido solicitada la información. En caso de que este la deniegue, el interesado podrá acudir a la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CTBG), órgano creado a tal efecto por la Ley de

posibilidad de conocer en un procedimiento administrativo todos los hechos y datos que puedan resultar relevantes para la tutela de sus derechos e intereses. El informe tiene esto en cuenta y considera que debe darse una ponderación entre la necesidad del solicitante de acceder a estos datos para garantizar su derecho a la defensa, y la de los afectados que, en este caso, pueden ver peligrar su derecho a la seguridad. Por ello, se entiende que debe considerarse, dice la sentencia, el principio de proporcionalidad. En relación con el derecho de la defensa habrá de plantearse si al dar el traslado de la denuncia se eliminarán o no los datos de los menores en función de cuán útiles puedan resultar al fin de la defensa, en relación con el perjuicio que causen sobre ellos.

Por tanto, puede producirse un derecho de acceso a la información, sin embargo, el mismo no tiene por qué estar justificado exclusivamente en virtud de los valores defendidos en el cuerpo de la LTAIPBG. Como podemos comprobar los derechos fundamentales suelen ser demasiado complejos como para agotarse en una significación jurídica-tasada. En este caso, por ejemplo, el derecho de acceso se constituye como una garantía de otro derecho constitucional, el recogido en el artículo 24, el derecho a la defensa y el derecho de protección de datos; seguramente sin la alusión al artículo 24 de la CE en esta ocasión se habrían dado pocas posibilidades del acceso a la información.

³⁸ Son: a) la seguridad nacional; b) la defensa; c) las relaciones exteriores; d) la seguridad pública; e) la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; f) la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; g) las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; h) los intereses económicos y comerciales; i) la política económica y monetaria; j) el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; k) la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión, y l) la protección del medio ambiente.

³⁹ El informe referido establecía una serie de etapas en el establecimiento de límites al derecho de acceso: en primer lugar, observar si la información solicitada contenía datos de carácter personal; en caso afirmativo, si eran especialmente protegidos, había de distinguir que si se trataba de datos relativos a la ideología, afiliación sindical, religión o creencias requería el consentimiento expreso por escrito del afectado a menos que los datos hubieran sido ya publicados por el afectado, y que si se trataba de datos sobre origen racial, salud o vida sexual, o datos sobre infracciones administrativas o penales que no comportaran amonestación pública, requería consentimiento expreso del afectado o estar escudado por una norma con rango de ley; si no se trataba de datos especialmente protegidos, habría que ver si se correspondían a datos relacionados con el funcionamiento y organización de la actividad pública, en cuyo caso, con carácter general, se daría la información, y si no se correspondían con datos organizativos del organismo, se debía efectuar la ponderación del artículo 15.3 de la LTAIPBG; y finalmente, valorar si se aplicaban los límites del artículo 14 de la referida ley. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Proteccion-Datos-transparencia-cesion-datos_11_1034680001.html (consultado el 3 de abril de 2017)

Transparencia. Por otro lado, el afectado por la cesión de datos puede, si no estuviera conforme con el traslado de la información, recurrir ante la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) bajo el amparo que le proporciona la Ley Española de Protección de Datos. Las cosas así, resultará que la AEPD, y el CTBG pueden emitir resoluciones en las mismas materias. Es innegable que esta decisión legal es susceptible de generar conflictos. Mientras que otros países de Europa, como Alemania, han optado por reconciliar las decisiones que afectan al acceso y la protección de datos bajo el amparo del mismo órgano administrativo, en España se ha aplicado la de otros modelos europeos, como Francia. Es por esto especialmente importante la previsión legal de la LTAIPBG que tiene en cuenta una posible colisión e intenta adelantarse al prescribir en su Disposición adicional quinta que los dos órganos “adoptarán conjuntamente los criterios de aplicación”. En este sentido, el CTBG y la AEPD, en informe de 24 de junio de 2015, se pronunciaron sobre la interpretación de los artículos 14 y 15 de la LTAIPBG, dando cumplimiento a lo dispuesto en la disposición adicional quinta de la misma.

Justamente, es la ponderación este momento delicado en el que puede producirse un desajuste entre los criterios del CTBG y la AEPD y por ello prestaremos una especial atención a este ejercicio en el que se da la difícil decisión de proteger o renunciar a uno u otro derecho.

En cualquier caso, es importante tener presente que ante un caso de ponderación, en el que el derecho de protección de datos se presente como prevalente, la denegación de la información no tiene por qué ser la única solución, ya que esto podría suponer un ejercicio no proporcional del derecho. Así, el derecho y las sofisticadas herramientas que ofrecen nos puede proponer una solución intermedia:

En primer lugar, según la LOPD (LA LEY 4633/1999) y LTBG en su art. 15.4 es posible trasladar los datos previa disociación. Este paso, bebe de la técnica europea, que sustituye el nombre de disociación por el más literal de “anonimización”⁴⁰.

En segundo lugar, cabe la posibilidad de dar la información parcial, es decir la no afectada por el derecho a la privacidad, a no ser que no tenga sentido dar esta información o distorsionarla. En cualquier caso, habrá de informarse al solicitante de que parte de la información ha sido omitida⁴¹.

5. LA PONDERACIÓN APLICADA AL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS Y LA PROTECCIÓN DE DATOS

Es imposible hacer aquí un análisis pormenorizado de las resoluciones para cada uno de los casos o excepciones a los que se ha podido apuntar a lo largo del estudio: el acceso a la información parcial, los límites del artículo 14, los casos de aplicados a menores, la publicación anterior de información relacionada con datos especialmente protegidos, etc. Sin embargo, quisiera exponer algunos casos que pueden servir como arquetipo para un análisis del procedimiento de ponderación, así como el de proporcionalidad.

⁴⁰ Se posicionan a este respecto en particular la Directiva 95/46/CE (LA LEY 5793/1995) relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos, así como la Directiva 2002/58/CE (LA LEY 9590/2002) sobre la protección de la intimidad en las comunicaciones electrónicas. En esta materia cobra relevancia la normativa europea que fija una clara orientación para garantizar al máximo la protección de datos, y, además, habrá que estar atentos a la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (LA LEY 6637/2016) 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (LA LEY 5793/1995) (Reglamento general de protección de datos).

⁴¹ Cfr. Campos Acuña, María Concepción, *supra*, pp. 2 y 3.

Y ello porque debemos asumir que a pesar de que los derechos que tratamos deban entenderse como complementarios (o precisamente por ello) el ejercicio de cada derecho supone un límite para el otro. Estos límites suelen estar recogidos, como ya hemos explicado, en la propia ley. En este caso la nueva Ley de Transparencia recoge explícitamente los límites al derecho de acceso a los documentos en su artículo 14 y su artículo 15. Sin embargo, como toda cuestión atinente a los derechos humanos la letra escrita difícilmente puede dar cuenta de una realidad compleja, de las manifestaciones concretas en que se presenta esa colisión de derechos.

Es por ello que la propia ley, capaz de prever esta dificultad, concede un lugar preminente a la técnica-jurídica de la ponderación. No conviene al objeto de nuestro estudio entrar ahora en una digresión acerca de la relación entre la ponderación y la proporcionalidad. Sin embargo, con Luis Arroyo, entenderemos la ponderación como un método de decisión y el principio de proporcionalidad como un método de control sobre esta deliberación⁴².

Efectivamente este instrumento de control, que proviene del derecho alemán, aporta una serie de parámetros para evaluar, si ante un conflicto de intereses se ha tomado la decisión adecuada, es decir, para evaluar si se ha ponderado correctamente. En este sentido, si con Aristóteles consideramos que la justicia es una cuestión de “dar a cada uno lo suyo”, es una herramienta clave, porque evita la discrecionalidad”.

De este modo, entenderemos la ponderación como un mandato operacional dado por la misma ley que consiste en valorar y decidir en un caso concreto qué derecho y de qué manera debe primar, mientras que la aplicación del principio de proporcionalidad puede comprenderse como una herramienta de ayuda para llevar a cabo tal ponderación. Por ello, en muchas de las resoluciones que vamos a pasar a comentar se alude a la ponderación, sin necesidad de recurrir al principio de proporcionalidad, mientras en otros casos, tal vez más conflictivos se ha aplicado la técnica de la proporcionalidad.

En su aplicación, la ponderación a juicio del legislador español, en relación con el derecho de acceso debe acompañarse de un análisis en cada caso concreto de las siguientes circunstancias, como así recoge el propio artículo 15 de la LTAIPBG:

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

b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.

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

d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad”.

Además, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 europeo nos aporta las siguientes pautas para proceder en el ejercicio de ponderación:

- a) Valorar caso por caso
- b) Legitimidad y finalidad
- c) Información de la persona

⁴² Ver en su artículo “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, InDret, Madrid, 2009. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/621_es.pdf (consultado el 3 de abril).

d) Derecho de oposición

Por otro lado, quisiera ahora recordar someramente en qué consiste el instrumento de aplicación del principio de proporcionalidad. La supuesta actuación que se someta a debate será considerada proporcional y, por tanto, apta, si cumple los siguientes requisitos: a) que sea adecuada para alcanzar el fin que propone; b) que la intervención será necesaria en cuanto que no exista una medida alternativa menos gravosa para el interesado, y c) que sea proporcional en sentido estricto, es decir, que no suponga un derecho excesivo del derecho o interés sobre el que se produce la intervención pública.

Vamos a fijarnos un segundo en la Ley de Transparencia catalana, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre⁴³, puesto que su redacción, más clara a este respecto, puede sernos de utilidad. En efecto, la ley catalana señala en su artículo 24 lo siguiente:

“[Si la] información [...] contiene datos personales no incluidos en el artículo 23, se puede dar acceso a la información, previa ponderación razonada del interés público en la divulgación y los derechos de las personas afectadas. Para realizar dicha ponderación deben tenerse en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias [...]”.

Además, conceden un artículo entero a la inclusión de la proporcionalidad, que no ponderación. Así, el artículo 22 reza:

“Los límites aplicados al derecho de acceso a la información pública deben ser proporcionales al objeto y la finalidad de protección. La aplicación de dichos límites debe atender a las circunstancias de cada caso concreto, especialmente la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso a la información.”

Es el propio artículo el que señala que la proporcionalidad debe aplicarse una vez se ha decidido la limitación de un derecho. Por tanto, siguiendo al artículo 24 debemos entender la ponderación como el ejercicio que nos permite discernir si la aplicación de un límite al derecho de la protección de datos procede o no. En cambio, a tenor del artículo 22 de la misma ley la proporcionalidad nos dice cómo debe ser efectuada esta limitación, para que no se produzca un abuso en la misma. Es decir, la proporcionalidad para el objeto que nos corresponde, la transparencia y la protección de datos, debe aplicarse siempre al tratamiento de los datos protegidos. Es más, la propia ley de protección de datos de carácter personal, Ley Orgánica, 15/1999 así lo apunta en su artículo 4. 1:

“Los datos de carácter personal solo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”.

He querido señalar la diferencia entre la ponderación y la proporcionalidad, porque ambos han sido y son elementales a la hora de poder determinar en qué casos procede y en cuáles no proporcionar un acceso a la información pública, así como para determinar cuál es el modo menos lesivo para proceder. Por ello es importante distinguirlos bien a efectos de poder aplicarlos correctamente y con utilidad.

Pues bien, tras un estudio de las resoluciones y jurisprudencia en materia de controversia entre protección de datos y derecho de acceso, lo que aquí propongo es destacar las condiciones que se han erigido como determinantes en la ponderación y control de proporcionalidad para

⁴³ Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 18, publicado el 21 de enero de 2015, pp. 4300-4342.

tomar decisiones jurídicas. Por ejemplo, ¿es importante que la persona cuyos derechos de protección de datos se encuentran amenazados sea un personaje público o no? Si lo fuera ¿es lícito cualquier medio para garantizar el derecho de acceso?

A) *INTERESES EN JUEGO: EL INTERÉS GENERAL Y LAS EXCEPCIONES AL MISMO*

En la ponderación, se parte de la premisa de que va a darse una disminución de derechos. Uno de los dos sujetos implicados en la controversia va a ver como sus derechos se ven menoscabados. Por esto en primer lugar hay que determinar qué se debe ponderar; no hay una ponderación directa entre la protección de datos y el derecho de acceso a la información, como veremos, sino que cada uno de ellos puede desglosarse en otros bienes jurídicos que hay que considerar. Así, pues, empezando desde lo más sencillo, determinaremos que lo que en primer lugar debe compararse del lado del acceso a los documentos es el interés general. Este concepto es clave, ya que el mismo artículo 15 de la LTAIPBG dice al respecto de la ponderación: “el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del *interés público* en la divulgación de la información [...]”. Sin embargo, ¿qué debemos entender por interés general y cuando debe prevalecer?

a) *El interés general*

El Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº10 en su Sentencia nº138/2016⁴⁴ apoya el criterio utilizado por el CTBG en la resolución que es objeto de controversia para la citada sentencia, criterio este que dice:

“en cuanto el acceso a la información contribuya a un mayor conocimiento de los criterios de organización y funcionamiento de las instituciones o a la asignación de los recursos, cabrá considerar la existencia de un interés público prevalente sobre los derechos a la protección de datos y a la intimidad en los términos y excepciones establecidas por la LTAIBG. Por el contrario, cuando la información no contribuya a un mayor conocimiento de la organización y funcionamiento de las instituciones o de la asignación de los recursos públicos, prevalecerá el respeto a los derechos de protección de datos”.

En fin, el Tribunal hace suyas estas palabras recogidas en la resolución del CTBG, que a su vez no hace otra cosa que aplicar un Criterio por él emitido y firmado juntamente con la AEPD⁴⁵. Si uno acude a este Criterio se encontrará con un desarrollo más detallado a la hora de decidir y calibrar cómo debe ponderarse. Así, podemos decir que, en particular, estos puestos de especial jerarquía y nivel son (y no se trata de un *numerus clausus*, al contrario, son ejemplos): a) el personal eventual de asesoramiento y especial confianza; b) el personal directivo, y c) el personal no directivo de libre designación.

b) *Excepciones: los datos especialmente protegidos y otras situaciones especiales*

Ahora bien, una vez que hemos especificado el contenido del interés general debemos proseguir: ¿qué interés debe ejercer un contrapeso en la balanza? Recuperemos el párrafo 3 del artículo 15 de la LTAIPBG arriba citado y sumemos la segunda parte:

“[...] el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos

⁴⁴ Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº10, Sentencia nº 138/2016 de 17 de octubre de 2016, Madrid.

⁴⁵ CI/001/2015, de 24 de junio

de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”.

Si de un lado tenemos el interés general, de otro debemos tener en cuenta los intereses particulares que viene garantizados por el derecho a la protección de datos. Hemos dicho que una vez acreditado un interés general, éste prevalecerá por encima de la protección de datos, aunque ahora veremos que no siempre. En ningún caso, como se deben aportar los datos protegidos de carácter especial protegidos en los términos de la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD) en su artículo 7, apartado 3. Igualmente, supone una excepción a la preponderancia del acceso a los documentos las situaciones especiales de los funcionarios o trabajadores públicos que desaconsejen un suministro de información, como puede ser el caso de una mujer víctima de violencia de género. En este caso la protección de datos será más fuerte con vistas a salvaguardar su integridad física.

B) PONDERACIÓN: UN CASO PRÁCTICO

A continuación, quisiera proponer el siguiente ejercicio: examinar una resolución y acompañarla en cada paso para afianzar bajo una mirada práctica lo que ha sido explicado a través de la ley.

Me he decantado en particular por la resolución 46/2017, de 15 de febrero de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública (en adelante GAIP) por los siguientes motivos: a) no es emitida por el CTBG, sino por la GAIP lo que da lugar a un interesante análisis de la relación entre la legislación estatal y la regional; b) es especialmente ilustrativa a efectos de analizar diferentes elementos aquí explicados en el ejercicio de la ponderación y la proporcionalidad; c) muestra el necesario ejercicio de diálogo entre la GAIP y la Agencia de Protección de Datos Catalana (en adelante, APDCAT), y d) se trata de una resolución muy actual, lo que es especialmente importante si consideramos el corto recorrido que ha tenido la nueva legislación en transparencia.

En este caso, encontramos a una persona reclamante que solicita a la diputación de Lérida el detalle de las dietas e indemnizaciones por kilometraje cobradas por el anterior presidente de la diputación, así como los extractos de la tarjeta de crédito o débito que tuviera asignada, durante el período de su mandato. La motivación que hacía constar en la solicitud era la necesidad de esta información para el ejercicio de su tarea como concejal municipal y comarcal.

a) Relación entre la ley estatal y la ley autonómica

En primer lugar, la Administración solicitada se niega a dar la información debido a que el solicitante de información había formulado diversas peticiones de acceso a la información pública en un breve período de tiempo. Para ello la administración recurrida apela a la ley estatal, artículo 18, que establece entre las causas de inadmisión en su apartado 1. e) : “Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley.” Sin embargo, la ley catalana en su artículo 29 que regula las causas de inadmisión no contempla estas causas y niega el carácter de supletoriedad aplicable a este caso. Sostiene que el legislador catalán ha querido ofrecer una mayor protección y garantía al derecho de acceso y que descartó conscientemente la repetición como causa de inadmisión: siendo respetuoso con la ley estatal se manifiesta su potestad legislativa en este caso al prescindir de determinadas causas de inadmisión, que por tanto, no son aplicables al caso, pese a ser reconocidas en la ley estatal.

De este modo, encontramos que la ley autonómica puede diferir de la estatal, ya que la normativa autonómica ha establecido un marco más garantista, así como más restrictivo de las potestades discrecionales de la Administración y, por ello, puede inaplicar la regulación estatal.

b) La ponderación y proporcionalidad

En segundo lugar, los datos que se solicitan no son, en principio, datos especialmente protegidos ni meramente identificativos y, por tanto, según lo que hemos visto procede aplicar la ponderación. Siguiendo a la ley, ya la estatal, ya la autonómica, vemos que hay cuatro elementos a tener en cuenta en la ponderación:

- a) El tiempo transcurrido
- b) La finalidad del acceso, especialmente si tiene una finalidad histórica, estadística o científica, y las garantías que se ofrezcan.
- c) El hecho de que se trate de datos relativos a menores de edad.
- d) El hecho de que pueda afectar a la seguridad de las personas.

En este caso, se estiman los puntos a), b) y d). En relación al punto b, la finalidad: El solicitante pide acceso a la información, por un lado, de las dietas o indemnizaciones, por otro lado, de los extractos de las tarjetas de crédito o débito. Para ambos casos se puede entender el especial caso concreto de un concejal, como dice la resolución:

“deberá tenerse en cuenta que la participación directa de la persona reclamante, como concejal de un municipio de la provincia, tiene en la elección del Presidente de la Diputación de Lérida, así como el hecho de que el municipio al cual pertenece está directamente interesado en la buena gestión de los recursos públicos de que dispone la Diputación ya que constituyen, en buena parte, el apoyo financiero de municipios pequeños, como el de pertenencia de la persona reclamante. La consideración que se hace de la condición política de la persona reclamante viene impuesta por imperativo del artículo 20 LTAIPGB, que obliga a ponderar teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto”.

En cuanto a las dietas en particular, el GAIP reconoce su importancia y necesidad en la medida en que la propia ley en su artículo 11.1⁴⁶ la incluye como información contenida en lo relativo a la gestión económica. Su reconocimiento expreso en la ley determina que el propio legislador ya ha ponderado el derecho a la información como prevalente por encima del derecho de la protección de datos y le ha dado una importancia especial. Por tanto, debe considerarse que la petición del solicitante es legítima y la Administración debe aportar los datos que le pide.

⁴⁶ El artículo dice: “1. La información relativa a la gestión económica y presupuestaria que la Administración debe hacer pública en aplicación del principio de transparencia debe incluir:

- a) El presupuesto, con la descripción de las partidas presupuestarias anuales y los datos de su ejecución -de forma que pueda conocerse el grado de ejecución con carácter trimestral- y de su liquidación, así como el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- b) Las retribuciones, indemnizaciones y dietas, las actividades y los bienes de los miembros del Gobierno, de los altos cargos de la Administración pública y del personal directivo de los entes públicos, las sociedades, las fundaciones y los consorcios, y las indemnizaciones que han de percibir al dejar de ejercer su cargo.
- c) Las cuentas anuales completas preceptivas y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización de los órganos de control externo que las hayan emitido.
- d) Las resoluciones dictadas por el órgano competente para instruir y resolver los expedientes relativos a las declaraciones de actividades, patrimoniales y de intereses de los altos cargos y a la inscripción en los registros correspondientes, en aplicación de la normativa sobre incompatibilidades de los altos cargos.
- e) La información general sobre las retribuciones, indemnizaciones y dietas percibidas por los empleados públicos, agrupada en función de los niveles y cuerpos.
- f) El coste de las campañas de publicidad institucional, desglosando los distintos conceptos de la campaña y el importe contratado a cada medio de comunicación.”

En cuanto a los extractos de las tarjetas de crédito o de débito, la ponderación es más compleja. Debe tenerse en cuenta:

- Que los datos son de interés general, ya que por un lado, es información económica en relación con los recursos públicos, y por otro, permite el control de los dirigentes públicos
- Que los datos que se solicitan lo hacen respecto de un período concreto en el que la persona afectada ocupaba el cargo de Presidente de la Diputación.
- Que la persona que lo solicita, como ya se ha señalado, es un concejal y, por tanto, debe señalarse un mayor interés, ya que el control emana de la esfera pública.
- La posibilidad de desvelar datos especialmente protegidos.
- La posibilidad de que el detalle de los movimientos expusiera datos íntimos o de su vida familiar.
- La posibilidad de que la exposición de los datos de carácter personal pueda afectar a la seguridad de la persona.

Ahora procedamos a analizar la ponderación de todos estos factores. Los tres primeros puntos acreditan la validez de la motivación del interés general a la hora de solicitar esos datos. En cuanto a los elementos que podrían actuar en contra: en su evaluación el GAIP considera que es poco probable que haya datos que afecten a la intimidad, y menos aún con la familiar, dado que las tarjetas están ligadas con la vida pública. Por otro lado, y en relación con la seguridad del afectado, en cuanto los movimientos de la tarjeta puede revelar pautas de desplazamiento se contraponen el hecho de que el tiempo transcurrido y el hecho de que el afectado no ocupe el cargo minimizan tal riesgo. En cuanto a los gastos que revelasen información especialmente protegida, como pueden ser los relativos a la vida sexual, a la salud o a la comisión de infracciones penales o administrativas estos sí deberían tener un tratamiento específico que los protegiese del acceso a la información.

Es en este punto donde se introduciría el juicio de proporcionalidad. Efectivamente, tras las consideraciones aquí detalladas y la aseveración de que debe darse la información solicitada se estipula una serie de medidas con el objeto de que este acceso a la información sea proporcional: “la GAIP declara el derecho de acceso a la información objeto de esta reclamación, que deberá facilitarse con el detalle requerido, a no ser que resulte necesario agrupar el gasto por categorías en un período de tiempo determinado a la vista de datos especialmente protegidos”⁴⁷. Por tanto, se estima que la actuación es a) adecuada, ya que es útil a efectos de conseguir el fin señalado por el interés general, es decir, el conocimiento y control de la actuación pública; b) es necesaria, dado que se ha aceptado la no necesidad de acceder a la información de las tarjetas de manera detallada, pero se mantiene el deber de acceder a la misma por conceptos, y c) es proporcional, en la medida en que no se da un perjuicio gravoso, al salvaguardar la protección de los datos más íntimos o sensibles.

Pese a que en la resolución no se establece un juicio explícito de proporcionalidad, nos parece útil mostrarlo aquí, pues de manera clara se está optando por una medida menos agresiva que sea respetuosa con los derechos del afectado y, por tanto, se está actuando bajo el principio de proporcionalidad.

Tanto la disociación como el acceso parcial que se da en este caso se presentan como herramientas que permiten un tratamiento equilibrado entre el derecho de acceso y la protección

⁴⁷ Y es que, aunque en un principio se ha sostenido que la solicitud no refiere a datos especialmente protegidos, en la medida en que se desconoce el contenido específico en referencia a las tarjetas de créditos, debe presuponerse la posibilidad de que estos encierren datos de especial protección.

de datos personales. Aunque estos dos instrumentos se suelen dar en la publicidad activa, su uso en el acceso a los documentos también es fundamental, como acabamos de comprobar.

Y es que en la mayoría de los casos más que una negación absoluta del derecho de acceso se recurre a un límite sobre el acceso total a la información, de tal forma que se facilite la información necesaria para salvaguardar el interés público sin que se produzca un abuso sobre el derecho de protección de datos del afectado. En este sentido, la importancia de la protección de datos es fundamental.

c) Relación entre el GAIP y la APDCAT

Para llegar a estas conclusiones el GAIP se ha sustentado a su vez en un informe solicitado a la APDCAT que confirma que en este caso el derecho de protección de datos no impide el acceso a la información respecto de las dietas e indemnizaciones, así como del conocimiento de si hubo o no una tarjeta de crédito durante el período de su cargo. Por otro lado, estipula que no deberá darse detalle de los datos de estas tarjetas que afecte a su intimidad personal o familiar o a sus derechos y libertades.

El informe de la APDCAT es tomado en consideración por el GAIP, al explicitarlo en su resolución. De igual modo, lo tiene en cuenta a la hora de valorar los medios para acceder a la información de las tarjetas.

Por tanto, se hace evidente la posibilidad de una relación complementaria entre ambos órganos, a través de un trabajo conjunto en la resolución de los conflictos planteados entre ambos derechos.

6. CONCLUSIONES

Como se dijo en la introducción, en este estudio hemos querido dar una muestra del ejercicio práctico de la ponderación en los casos conflictivos entre el derecho de acceso a los documentos y la protección de datos, para lo que también hemos recurrido a exponer los aspectos teóricos que se ven implicados en tal ejercicio. Todo ello con el fin de poder facilitar la labor de la Administración a la hora de resolver al respecto.

Quisiera recoger sucintamente las conclusiones que se pueden extraer de lo hasta ahora planteado.

En primer lugar, en lo que refiere al estatuto jurídico del derecho de acceso, si bien hemos concluido que en España no es considerado un derecho fundamental, esto no supone un perjuicio del derecho de acceso en la práctica ordinaria. Como hemos podido comprobar en los apartados 3 y 4, la ley es exhaustiva al respecto de en qué casos puede limitarse el derecho de acceso. Esto supone que, pese a partir de una desventaja *a priori* respecto de la protección de datos, los órganos administrativos no pueden discriminar el derecho de acceso bajo una presunta propensión a defender el derecho de protección de datos como derecho fundamental. Al contrario, en cada caso particular debe de aplicarse el juicio de ponderación, sin avanzar soluciones apresuradas al respecto. Los casos en los que el acceso a la información queda restringido no han sido por una aplicación automática de una prevalencia del derecho de protección frente al derecho de acceso, sino por la aplicación de los supuestos contemplados en la propia ley ordinaria. Este tratamiento ordinario, poco jerarquizado de ambos derechos nos permite reforzar la opinión que ha sido mantenida en el primer apartado: es posible la evolución de la jurisprudencia en España hacia una recepción del derecho internacional en la que el derecho de acceso acabe siendo considerado como derecho fundamental por los más altos tribunales del país.

En el segundo apartado, en el que se analizaba el derecho de protección de datos en relación con el derecho de intimidad, hemos concluido que, si bien ambos derechos son irreductibles en la práctica, el segundo ha sido parte necesaria en el reconocimiento del primero. Asimismo, hemos establecido la conexión entre los elementos que forman parte del derecho a la intimidad y los datos especialmente protegidos. Por otro lado, como hemos visto en la última resolución comentada la ponderación de derecho es una práctica compleja. Esto supone que al sopesar los bienes del interés general y sus excepciones difícilmente se puede resolver de manera automática, sino que es necesario desglosar para cada caso los elementos que forman parte del conflicto. En este sentido, el concepto de intimidad y su relación con la protección de datos puede convertirse en un elemento clave como hemos observado en la resolución de la GAIP, en la que, si bien no se había producido una solicitud directa de datos especialmente protegidos, la resolución sí ha tenido en consideración la posibilidad de que los mismos pudieran perjudicar la intimidad del afectado, modificando ligeramente el resultado final (en cuanto al detalle de las tarjetas de crédito se refiere). De todo esto se deduce, para el caso de la ponderación, que es lo que aquí interesa, una interesante conclusión: al tener en cuenta tanto la sentencia de la *Comisión contra Bavarian Lager*, como la resolución de la GAIP, es posible colegir que si bien no es necesario demostrar menoscabo en el derecho de intimidad para aplicar las garantías del derecho de protección de datos, sí es conveniente contar con que no todos los datos protegidos tienen el mismo grado de tutela, por el contrario aquellos que forman parte de la intimidad constan de un amparo mayor.

Respecto de la relación entre ambos derechos y la manera de proceder en la aplicación de la LTAIPBG hemos procurado mostrar y facilitar la actuación de la administración individualizando los pasos a seguir, individuación ésta fruto del análisis combinado de la LTAIPBG y de la LOPD. En este sentido hemos reseñado las posibles dificultades a que se enfrenta la Administración a causa de la duplicidad de órganos administrativos que se encargan de resolver en materia de transparencia y protección de datos. Por último, en este apartado se ha comentado la posibilidad de aplicar la herramienta de la disociación, así como la transferencia de información parcial con vistas a resolver de manera proporcional.

Por fin, en el apartado 4 nos hemos centrado en el ejercicio de ponderación y se ha tratado de definirlo con precisión respecto del instrumento del juicio de proporcionalidad, que tan a menudo se presta a confusión. Esto bajo la convicción de que para una aplicación rigurosa es necesario un entendimiento profundo de los fines que mueven cada una de las prácticas. Se ha mostrado un caso práctico elegido para ello por su doble virtualidad: por un lado, es una resolución compleja donde entran en relación diferentes variables que complican el resultado; en razón de esto se ha estimado como un interesante ejemplo para desenredar algunas de las dificultades teóricas planteadas con anterioridad. A este respecto, nos ha ayudado a ilustrar algunas de las conclusiones extraídas de los apartados 1 y 2 (que no es determinante la no condición de derecho fundamental del acceso a la hora de ponderar, y que el derecho a la intimidad puede ayudar a esclarecer algunos de los casos, respectivamente). Nos ha servido también para establecer la relación y aplicación de la ley estatal y autonómica, cuestión capital en lo que respecta a la jurisdicción de la LTAIPBG y sus correlatos autonómicos. Por último, la GAIP nos ha demostrado que contra el recelo que se ha mostrado a la duplicidad de órganos encargados de los conflictos, es posible oponer un trabajo colaborativo y fructífero entre ambas para actuar en aras de la mejor defensa de ambos derechos.