

## **DRET A LA PRIVADESA, TRANSPARÈNCIA I EFICÀCIA ADMINISTRATIVA: UN EQUILIBRI DIFÍCIL I NECESSARI**

Emilio Guichot Reina\*

### **Sumari**

I. Introducció

II. La tensió entre el dret a la protecció de dades i l'eficàcia administrativa

III. La tensió entre el dret a la protecció de dades i el dret d'accés a la informació pública

---

\* Emilio Guichot Reina, professor titular de dret administratiu de la Universitat de Sevilla, Facultat de Dret, av. del Cid, s/n, 41004 Sevilla, eguichot@us.es.  
Article rebut el 14.07.2007.

## I. Introducció

En aquest treball analitzem la tensió entre el dret a la protecció de dades i els principis d'eficàcia i transparència administrativa. Es tracta d'un tema crucial del dret públic de la informació que necessita una reflexió profunda la qual encara està per fer en el nostre dret. En aquest article es formulen claus generals que pretenen contribuir modestament a l'esclariment necessari de la qüestió.<sup>1</sup>

## II. La tensió entre el dret a la protecció de dades i l'eficàcia administrativa

El flux informatiu d'informació que contingui dades personals dins d'una mateixa Administració pública i entre administracions públiques diferents no planteja major problemàtica jurídica quan té lloc amb el consentiment previ i informat de l'interessat. A més, és de gran interès apuntar l'existència de normes que en els darrers anys han anat configurant el dret dels ciutadans a no aportar documentació que estigui en poder de la mateixa Administració i fins i tot d'una altra de diferent.

L'article 35.f de la Llei 30/1992, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, de 26 de novembre (d'ara endavant, LRJAP-PAC), reconeix el dret dels ciutadans en les seves relacions amb les administracions públiques a no presentar documents no exigits per les normes aplicables al procediment de què es tracti, o que ja es trobin en poder de l'Administració actuant.<sup>2</sup> Es tracta d'un dret del ciutadà —que s'hi pot acollir o no, ja que requereix el seu consentiment— i només és operatiu en el si d'una mateixa Administració pública, no respecte a documents que estiguin en poder d'una Administració pública diferent d'aquella que tramita el procediment. Des del punt de vista del dret a la protecció de dades, no hi ha cap objecció per fer, ja que el principi del consentiment resulta crucial a aquest efecte: el dret a la protecció de dades

<sup>1</sup> Sobre el dret a la protecció de dades davant l'Administració pública, en general, ens remetem a la nostra monografia *Datos personales y Administración Pública*, Civitas, 2005, i a l'article «Derecho a la protección de datos y actividad administrativa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 71, 2005, pàg. 81-120.

<sup>2</sup> Aquest dret ha estat objecte de desplegament per a les actuacions davant l'Administració de l'Estat pel Reial decret 1778/1994, de 5 d'agost, que adequa les normes reguladores dels procediments administratius per a l'atorgament, la modificació i l'extinció d'autoritzacions; en l'article 2, denominat «aportació de documents», precisa que l'exercici d'aquest dret té com a condició que el ciutadà faci constar la data i l'òrgan o dependència en la qual van ser presentats o, si s'escau, emesos, i que no hagin transcorregut més de cinc anys des de l'acabament del procediment a què corresponguin. I també que, en els supòsits d'impossibilitat material d'obtenir el document, degudament justificada a l'expedient, l'òrgan competent podrà requerir que el sol·licitant presenti o, en defecte d'això, acrediti per altres mitjans els requisits a què es refereix el document, anteriorment a la formulació de la proposta de resolució. Totes aquestes condicions es recullen igualment en la normativa sobre subvencions. En aquest mateix sentit es regula la qüestió en els art. 23.3 de la Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions, i 4.2 del Reial decret 225/1993, de 17 de desembre, que aprova el reglament de procediment per a la concessió de les subvencions públiques; tots dos reproduïen aquesta previsió, però no tenen caràcter bàsic. En aplicació de l'article 35.f de la LRJAP-PAC es van aprovar l'any passat els reials decrets 932 i 933/2006, de 28 d'abril, que suprimeixen, respectivament, l'aportació de fotocòpies de documents d'identitat i del certificat d'empadronament com a document probatori del domicili i la residència, en els procediments administratius de l'Administració general de l'Estat i dels seus organismes públics vinculats o dependents. En aquests casos, la comprovació de les dades es fa d'ofici per l'òrgan instructor, d'acord amb les dades d'identificació que tinguin als seus arxius, bases de dades o altres fons documentals, o, quan sigui imprescindible l'acreditació fefaent, mitjançant un sistema informàtic de Verificació de Dades d'Identitat, el responsable del qual és la Direcció General de la Policia i de la Guàrdia Civil (desplegat per l'Ordre PRE/3949/2006, de 26 de desembre), i de Verificació de Dades de Residència, el responsable del qual és l'Institut Nacional d'Estadística (desplegat per l'Ordre PRE/4008/2006, de 27 de desembre). En aquest cas es requereix el consentiment de l'interessat, que ha de constar a la sol·licitud d'iniciació del procediment o al seu rebut de presentació, o en qualsevol altra comunicació posterior. En cas de no prestar el seu consentiment, haurà d'aportar fotocòpia del document d'identitat.

és un dret que tracta de garantir, no la reserva absoluta de les dades, sinó, precisament, les facultats de disposició i control dels ciutadans sobre les seves dades, és a dir, l'«autodeterminació informativa», com s'ha arribat a anomenar el dret. Això explica que, d'acord amb els articles 6, 7 i 11 de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (d'ara endavant, LOPD), amb el consentiment dels interessats les dades puguin ser tractades i comunicades, respectant, és clar, la resta de principis i drets que conformen el contingut del dret a la protecció de dades.

Resulta de la major actualitat i interès ressenyar que la ben recent Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics, ha regulat, als articles 6.2.b<sup>3</sup> i 9,<sup>4</sup> el dret dels ciutadans a no aportar dades i documents que estiguin en poder d'altres administracions públiques i les transmissions de dades entre administracions públiques a què l'exercici del dret esmentat dona origen. Es tracta d'una modalització del dret reconegut a l'article 35.f per als casos de tramitació electrònica de procediments, però suposa una ampliació del contingut d'aquest, ja que no es limiten a possibilitar l'exercici del dret a no aportar les dades i els documents que estiguin en poder de l'Administració que tramita el procediment, sinó de qualsevol Administració pública. En aquests casos, es requereix el consentiment de l'interessat —de la manera com estipula la LOPD i el seu futur reglament de desplegament, i que divergeix, com se sap, segons que es tracti o no de dades especialment protegides— quan continguin dades personals (altrament, cal entendre que haurà d'aportar-les ell mateix), consentint que oblige l'Administració actuant a demanar-ho per via electrònica de l'òrgan de la mateixa Administració o d'una de diferent en poder de la qual es trobin, i aquesta última a comunicar-les a la primera, llevat que existeixin restriccions a les dades i documents demanats conforme a la normativa d'aplicació. Però al costat d'aquest «dret», entès com a possibilitat de no aportar documentació que contingui dades personals, consentint que l'Administració que tramiti la requereixi directament a la que les té, la llei ha establert la possibilitat de prescindir del consentiment esmentat, en els casos en què les diverses disposicions legals així ho permeten, possibilitat que, com veurem a continuació, es preveu en sectors molt diversos de l'activitat administrativa, amb independència que la sol·licitud d'informació es tramiti o no en el marc d'un procediment electrònic. En ambdós casos, si les dades es troben en suport electrònic, es preveu la interconnexió que la Llei sembla convertir en una obligació pel que fa a les relacions interadministratives. Tot això es compatibilitza expressament en la Llei dins el respecte al principi d'adequació, de finalitat i de seguretat i, en general, a la normativa sobre protecció de dades, per la qual cosa, al nostre parer, aquesta Llei s'hi compassa bé, i no mereix retrets des de l'òptica d'aquest dret.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> «A no aportar les dades i els documents que estiguin en poder de les administracions públiques, les quals han d'utilitzar mitjans electrònics per recollir la informació esmentada sempre que, en el cas de dades de caràcter personal, es compti amb el consentiment dels interessats en els termes que estableix la Llei orgànica 15/1999, de protecció de dades de caràcter personal, o una norma amb rang de llei així ho determini, llevat que existeixin restriccions d'acord amb la normativa d'aplicació a les dades i els documents demanats. El consentiment esmentat es podrà emetre i demanar-se per mitjans electrònics.»

<sup>4</sup> «1. Per a un exercici eficaç del dret reconegut en l'apartat 6.2.b, cada Administració haurà de facilitar l'accés de la resta d'administracions públiques a les dades relatives als interessats que estiguin en poder seu i es trobin en suport electrònic, especificant les condicions, els protocols i els criteris funcionals o tècnics necessaris per accedir a les dades esmentades amb les màximes garanties de seguretat, integritat i disponibilitat, de conformitat amb el que disposa la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal, i la seva normativa de desenvolupament. 2. La disponibilitat d'aquestes dades estarà limitada estrictament a aquelles que són requerides als ciutadans per les altres administracions per tramitar i resoldre els procediments i les actuacions de la seva competència d'acord amb la normativa que els regula. L'accés a les dades de caràcter personal estarà condicionat, a més, al compliment de les condicions que estableix l'article 6.2.b de la present Llei.»

<sup>5</sup> Fora d'això, no és del tot cap novetat ja que el precepte no només entronca amb l'article 35.f de la LRJAP-PAC, sinó també amb altres previsions aplicables fins ara tan sols en l'àmbit de l'Administració estatal, com el fet de no ser necessari adjuntar fotocòpies de

En connexió amb el que acabem d'assenyalar, ara cal plantejar-se si, en efecte, en determinats casos un òrgan administratiu pot tenir el deure de posar a disposició de qualsevol òrgan administratiu de la mateixa Administració o d'una altra de diferent la informació personal que detingui un document quan aquells òrgans se'l requereixin per exercir les seves competències. És a dir, aquí ja no es tractaria de fluxos informatius que pressuposen el consentiment del ciutadà, sinó que n'operen al marge. Ja no parlariem de l'exercici d'un dret del ciutadà, sinó d'una facultat d'un òrgan administratiu de recollir informació d'un altre al qual s'imposa el deure de donar compliment al requeriment esmentat. Aquest fluxu inconsistent és pensable tant dins d'una mateixa Administració com entre administracions públiques.

Des de la perspectiva de la LOPD, el consentiment per al *tractament de dades dins d'una mateixa Administració* (en sentit estricte, és a dir, la seva utilització per l'Administració que té les dades) no és necessari quan les dades es recullen per a l'exercici de les funcions pròpies de les administracions públiques en l'àmbit de les seves competències.<sup>6</sup> La Llei no regula de manera expressa la comunicació de dades d'un òrgan administratiu responsable d'un fitxer a un altre de la mateixa Administració. A falta d'un aclariment, i d'acord amb una interpretació coherent i sistemàtica de la Llei, s'ha d'entendre que aquesta és possible sempre que es respecti el principi de finalitat, en l'enteniment que aquest hagi de tenir, i que com se sap, i encara que sembli mentida, és discutit. I és que la LOPD no imposa la utilització de les dades per a la finalitat per a la qual van ser demanades, sinó que, de manera negativa, la proscriu per a *finalitats incompatibles*, i a continuació assenyala que no es considera com a tal el tractament posterior de les dades amb finalitats històriques, estadístiques o científiques.<sup>7</sup> En això se separa de la seva predecessora, la Llei orgànica 5/1992, de 29 d'octubre, de regulació del tractament automatitzat de les dades de caràcter personal (d'ara endavant, LORTAD), que prohibia qualsevol ús per a una *finalitat diferent* d'aquella per a la qual les dades havien estat recollides.<sup>8</sup> Certament, que sigui una finalitat incompatible amb una altra és força difícil de determinar. La transcendència d'aquest canvi de redacció encara és objecte de debat en la doctrina, la jurisprudència i les agències estatal i autonòmiques de protecció de dades.<sup>9</sup> Segons el nostre parer, cal convenir que es tracta d'una expressió desafortunada, ja que, altrament, el precepte grinyola amb tot el sistema de la Llei, basat precisament en el principi de l'afectació de les dades a finalitats

---

documents identificatius i certificats d'empadronament, al qual vam fer ja al·lusió, o bé el que disposa el Reial decret 209/2003, de 21 de febrer, que regula els registres i les notificacions telemàtiques, així com la utilització de mitjans telemàtics per a la substitució de l'aportació de certificats pels ciutadans, que va introduir un nou capítol V al Reial decret 263/1996, de 16 de febrer, titulat «Certificats telemàtics i transmissions de dades». El Reial decret esmentat va preveure la substitució de certificats en suport paper per certificats telemàtics o per transmissions de dades, i va regular ambdues figures, condicionant la seva utilització en ambdós casos al consentiment de l'interessat o a l'existència d'una previsió legal que l'autoritzi i especificant que l'expedició, el tractament i els efectes es regeixen per la LOPD.

<sup>6</sup> Art. 6.2 LOPD.

<sup>7</sup> Art. 4.2 LOPD.

<sup>8</sup> Art. 4.2 LORTAD. La interpretació de l'Agència de Protecció de Dades espanyola era, a més, estricta. Per posar-ne un exemple, en la Memòria 1998 es considerava que la utilització de dades de joves, obtingudes per al reclutament, amb la finalitat de dirigir-los informació sobre la campanya del Ministeri de Defensa per a la captació de tropa professional suposava una desviació de la finalitat inicial prohibida per la LORTAD.

<sup>9</sup> La Sentència de l'Audiència Nacional d'11 de febrer de 2004 afirma que el terme «incompatibles» de l'article 4 de la LOPD ha de ser interpretat sistemàticament i no literalment, cosa que en la pràctica significa continuar aferrat al concepte de finalitat diferent, criteri que segueix, per exemple, l'Agència de Protecció de Dades de la Comunitat de Madrid. Fins a l'aprovació de la LOPD, l'Agència de Protecció de Dades partia d'aquesta interpretació del principi de finalitat. A partir d'aquesta data, entén, d'una banda, que la LOPD ha suposat un reforçament del principi, en la mesura que s'exigeix la precisió inicial de finalitats «determinades i explícites» (Memòria de 1999). Però, d'una altra, s'ha fet ressò del canvi en la redacció, i considera que «[...] ja que la Llei no identifica què cal entendre per "finalitat compatible", s'ha d'analitzar l'existència de la compatibilitat esmentada en cada supòsit de fet que es plantegi, i determinar si ateses les disposicions aplicables a cada cas i les circumstàncies d'aquest es pot considerar que aquesta finalitat que s'al·lega com a compatible és lícita d'acord amb les normes aplicables i si manté una relació adequada amb la finalitat que va justificar el tractament de les dades».

concretes i predeterminades. En aquest punt, la confrontació amb la normativa europea i comparada és especialment útil, ja que la Llei reproduceix, de manera no literal, el que preveu la normativa europea, que el que prohibeix és la *utilització o tractament incompatible* amb la finalitat per a la qual les dades van ser demanades.<sup>10</sup> L'expressió no tindria, doncs, més virtualitat que la de donar cabuda a la seva excepció, que és només, i precisament, la prevista en aquest apartat, segons el qual «no es considera incompatible el tractament posterior d'aquestes dades amb finalitats històriques, estadístiques o científiques», i això en consideració de l'absència general de risc per als drets de la persona que deriva d'aquesta mena de tractaments. Es troba a faltar, en tot cas, un aclariment d'un punt absolutament crucial i que afecta tot el sistema.<sup>11</sup>

Respecte a les comunicacions de dades entre administracions públiques diferents, es poden dur a terme amb el consentiment de l'afectat, o bé sense, quan les dades hagin estat obtingudes o elaborades per una Administració amb destinació a una altra, o quan tingui lloc per exercir les mateixes competències o competències que versin sobre les mateixes matèries.<sup>12</sup> El primer d'aquests supòsits es caracteritza per la instrumentalitat en l'activitat de l'Administració cedent. En aquests casos, i segons les definicions legals, s'hauria d'entendre que no es produeix en realitat una cessió, en la mesura que l'Administració cedent actua com a encarregada del tractament, i la cessionària és l'autèntica responsable del fitxer o tractament. Aquí s'enquaden els casos de col·laboració interadministrativa, articulada sovint com a encomanda de gestió o com a delegació de competències. Un supòsit destacat seria l'elaboració per les diputacions dels padrons de petits municipis. També els casos de presentació d'escrits en registres d'una Administració amb destinació a una altra, acollits a l'art. 38.4 Llei 30/1992. Per la seva banda, el règim general de la comunicació interadministrativa es caracteritza per una foscor absoluta, que porta la seva causa tant del dictat de la Llei, que utilitza una formulació en negatiu i uns conceptes difícils d'encaixar en la sistemàtica legal, com en el fet que la redacció inicial del precepte ha quedat alterada després de la declaració d'inconstitucional duta a terme per la STC 292/2000.<sup>13</sup> D'acord amb aquesta jurisprudència constitucional caldria distingir-hi, doncs, dos supòsits:

a) *Quan la comunicació de dades té com a destinació la utilització per una altra Administració per a la mateixa finalitat per a la qual han estat demanades i tractades*, no es necessita el consentiment de l'interessat, si bé la comunicació s'ha de preveure en la disposició de creació del fitxer.<sup>14</sup> En aquest cas, no es requereix

<sup>10</sup> D'acord amb el Conveni 108 (article 5.b): «Les dades de caràcter personal que siguin objecte d'un tractament automatitzat s'han de registrar per a finalitats determinades i legítimes, i no s'han d'utilitzar d'una manera incompatible amb les finalitats esmentades». D'acord amb la Directiva de 1995 (article 6.1.b): les dades personals han de ser «recollides amb finalitats determinades, explícites i legítimes, i no ser tractades posteriorment de manera incompatible amb les finalitats esmentades; no es considerarà incompatible el tractament posterior de dades amb finalitats històriques, estadístiques o científiques, sempre que els estats membres estableixin les garanties oportunes».

<sup>11</sup> El Grup Parlamentari Socialista va presentar una Proposició de Llei orgànica de modificació de la LOPD de reforma de l'article 4.2, per substituir la nova referència a les finalitats «incompatibles» i tornar a l'anterior de finalitats «diferents» (BOCG, sèrie B, núm. 233-1, de 26 d'abril de 2002).

<sup>12</sup> Art. 21 LOPD.

<sup>13</sup> El precepte disposava que: «Les dades de caràcter personal recollides o elaborades per les administracions públiques per al compliment de les seves atribucions no seran comunicades a altres administracions públiques per a l'exercici de competències diferents o de competències que versin sobre matèries diferents, *excepte quan la comunicació hagi estat prevista per les disposicions de creació del fitxer o per una disposició de rang superior que en reguli l'ús*, o quan la comunicació tingui per objecte el tractament posterior de les dades amb finalitats històriques, estadístiques o científiques». Aquesta dicció obria la possibilitat de previsió reglamentària de comunicació de dades per a l'exercici de competències diferents o de competències que versin sobre matèries diferents (que es podia dur a terme en la disposició de creació del fitxer), de manera que el que hem ressaltat en cursiva va ser considerat inconstitucional en la STC 292/2000.

<sup>14</sup> Fem referència al principi de finalitat, atès que l'art. 21 al·ludeix al criteri de les «competències diferents» i les «competències que versin sobre matèries diferents». Els termes utilitzats comporten una gran dificultat hermenèutica i han donat lloc a interpretacions doctrinals molt diverses. Entenem que la Llei ha volgut assegurar la lliure circulació de dades entre administracions sempre que es mantingui una identitat de destinació, la qual cosa coincidiria amb el concepte de «matèria» (medi ambient, seguretat, tributs, etc.).

consentiment de l'afectat (com no el requereix la normativa europea), i l'explicació seria que l'efectivitat dels fins públics, que han legitimat prèviament l'obtenció de les dades, requereix que el repartiment territorial de competències no sigui obstacle per a la seva efectivitat i per a una actuació coordinada entre els òrgans de les diverses administracions amb competència sobre la matèria.

b) Quan la comunicació de dades té com a destí la utilització per una altra Administració per a una finalitat diferent d'aquella per a la qual han estat demanades i tractades, conforme al que preveu la STC 292/2000, cal una previsió legal expressa, i en aquest cas es pot dur a terme sense consentiment de l'afectat. L'anàlisi de la normativa sectorial mostra que les lleis especials que autoritzen la comunicació de dades incontestada intra o interadministratives, discriminant supòsits en què es pot donar i d'altres en què no, ho fan atenent criteris mancats de motivació i d'elements ponderatius; sovint autoritzen de la manera més àmplia la cessió interadministrativa de dades personals sense consentiment en sectors clau de l'activitat administrativa, com ara Hisenda o la Seguretat Social, i declaren inaplicable el règim de la comunicació de dades que dissenya l'art. 21.1 LOPD (a l'efecte d'eliminar la limitació de la identitat de finalitats).<sup>15</sup> A més, s'ha de tenir en compte que les dades essencials de les persones (nom, cognoms, domicili, sexe, data i lloc de naixement, DNI, nivell d'estudis) estan a disposició de totes les administracions públiques per a l'exercici de les seves respectives competències, a través del padró municipal i el fitxer o registre de població creat per la LOPD.<sup>16</sup> Podem dir el mateix de les dades cadastrals, també les reservades, que es consideren a disposició de totes les administracions «amb les limitacions derivades dels principis de competència, idoneïtat i proporcionalitat».<sup>17</sup> O de les dades del Registre de la propietat, la comunicació de les quals es preveu, genèricament, a instància de qualsevol autoritat administrativa.<sup>18</sup> D'aquesta manera, es podria dir que al capdavant les administracions es comuniquen amb pràctica llibertat les dades personals dels ciutadans que els són necessàries per exercir les seves competències, sense el consentiment dels interessats. Com a únic contingut autènticament garantit hi ha que qualsevol comunicació se supedita a la necessitat i l'adequació de les dades per al compliment de les seves funcions dins la matèria específica en què cada Administració, i dins d'aquesta, cada òrgan, és competent. Encara més, en molts casos es preveuen connexions directes a bases de dades on figuren dades personals, com en el cas de les dades d'estrangers que contenen el padró municipal, el Registre de la propietat, les bases de dades d'Hisenda, entre d'altres.<sup>19</sup> En efecte, cada vegada són més les previsions normatives que possibiliten l'accés a bases de dades

<sup>15</sup> Així, p. ex., en matèria tributària (art. 93 a 95 Llei 58/2003, de 17 de desembre, general tributària, desplegats per Ordre del Ministeri d'Economia i Hisenda de 18 de novembre de 1999, que regula el subministrament d'informació tributària a les administracions públiques per al desenvolupament de les seves funcions); o de recaptació de drets de la Seguretat Social (art. 36 Reial decret legislatiu 1/1994, de 20 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general de la Seguretat Social).

<sup>16</sup> Efectivament, d'una banda, la normativa reguladora del padró municipal (on els ciutadans s'han d'inscriure obligatòriament) preveu que la cessió de dades del padró a altres administracions públiques és obligatòria per als ajuntaments i no requereix el consentiment previ, si bé s'ha de limitar a aquells casos en què sigui necessari *per a l'exercici de les seves respectives competències*, i exclusivament per a assumptes en què la residència o el domicili siguin dades rellevants. Les dades esmentades són molt rellevants (nom, cognoms, domicili, sexe i data i lloc de naixement, DNI —o equivalent per a estrangers— i el nivell d'estudis —art. 16 i 17 LRBR). Per la seva banda, sobre la base del padró i del cens electoral que es forma a partir d'aquest la LOPD ha establert la creació dels anomenats fitxers o registres de població, i ha previst la seva cessió interadministrativa incontestada per a *qualsevol finalitat que es trobi dins de l'àmbit competencial de cada Administració* (disposició addicional segona: «1. L'Administració general de l'Estat i les administracions de les comunitats autònomes poden sol·licitar a l'Institut Nacional d'Estadística, sense consentiment de l'interessat, una còpia actualitzada del fitxer format amb les dades del nom, cognoms, domicili, sexe i data de naixement que consten als padrons municipals d'habitants i al cens electoral corresponents als territoris on exerceixin les seves competències, per a la creació de fitxers o registres de població. 2. Els fitxers o registres de població tindran com a finalitat la comunicació dels diferents òrgans de cada Administració pública amb els interessats residents als respectius territoris, pel que fa a les relacions juridicoadministratives derivades de les competències respectives de les administracions públiques»).

<sup>17</sup> Art. 51 a 53 Reial decret legislatiu 1/2004, de 5 de març.

<sup>18</sup> Art. 332.6 Reglament hipotecari.

<sup>19</sup> En aquest sentit, es pot citar l'Ordre del Ministeri d'Economia i Hisenda de 18 de novembre de 1999, que regula el subministrament d'informació tributària a les administracions públiques per al desenvolupament de les seves funcions, amb consentiment de l'interessat

personals a un subjecte diferent del responsable i que no es troba sota la seva dependència, sense la intermediació del responsable esmentat. A falta d'una regulació específica, la connexió directa a bases de dades suposa un repte de conceptualització, ja que cal decidir si qui accedeix té la consideració d'usuari o de tercer al qual es comuniquen dades. Segons el nostre parer, una interpretació sistemàtica de la Llei advoca per reservar el concepte d'usuari a les persones que es troben sota l'àmbit de direcció del responsable o responsables del fitxer, entenent que en els altres casos es tracta d'una cessió. La LOPD inclou dins del concepte de tractament qualsevol operació, també «les cessions de dades que resultin de comunicacions, consultes, interconnexions i transferències». El problema rau en el fet que aquest tipus d'interconnexió suposa un risc de «descontrol» de l'efectivitat del dret, en la mesura que els principis i les facultats que l'integren es poden arribar a esvaïr, ja que tot el sistema de la LOPD parteix i pressuposa que és el responsable del fitxer el que garanteix la vigència dels principis de finalitat i d'adequació; el que possibilita l'exercici dels drets d'oposició, accés, rectificació i cancel·lació; el que respon de les mesures de seguretat i secret, i el que respon davant de l'afectat (dret a indemnització) i davant l'Agència de Protecció de Dades (règim sancionador) pels incompliments.<sup>20</sup> En aquests casos, és evident la necessitat de configurar la connexió de tal manera que garanteixi el compliment de la normativa sobre protecció de dades (en especial, accés per persones identificades, per a fins determinats i permesos legalment, a les dades estrictament necessàries per a aquests fins, i amb seguretat en la comunicació telemàtica), cosa que pot desactivar els perills apuntats.

---

però també sense, en els casos previstos en la Llei general tributària. En ambdós casos, té com a possibles destinatàries les diferents administracions públiques. L'article 5 regula l'accés mitjançant consulta a bases de dades tributàries en els supòsits previstos abans a l'article 113.1 de l'anterior Llei general tributària i avui a l'article 95.1 de la vigent, pels subjectes que determina l'article esmentat, en casos excepcionals, i en condicions de seguretat, constància de la identitat de qui consulta i la finalitat de la consulta, etc. La possibilitat que brinda la legislació hipotecària és més àmplia, després de la reforma mitjançant la Llei 24/2005, de 18 de novembre, que permet l'accés directe per via telemàtica al contingut dels llibres registrals de totes les autoritats, empleats o funcionaris públics que actuïn per raó del seu ofici o càrrec, als qui la Llei hipotecària presumeix l'interès a esbrinar l'estat dels béns immobles o drets reals inscrits. Però el mecanisme més polèmic de tots es troba en la normativa del padró. En efecte, la Llei orgànica 14/2003, de 20 de novembre, va introduir una disposició addicional cinquena en la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, que preveu que els òrgans administratius competents en matèria d'estrangeria tinguin «accés directe» als fitxers de l'Agència Estatal d'Administració Tributària, la Tresoreria General de la Seguretat Social i l'Institut Nacional d'Estadística —aquest últim pel que fa al Padró Municipal d'Habitants— en què es trobin dades que hagin de constar als expedients que tramiten, sense necessitat de consentiment de l'interessat, i així mateix, a aquest efecte, es va introduir també en la Llei 7/1985, de 2 d'abril, de bases del règim local, una disposició addicional setena, sota el rètol «accés a les dades del padró», que permet l'accés de la Direcció General de la Policia a les dades d'estrangers que figurin al padró, «preferentment per via telemàtica», amb mesures de seguretat que permetin la constància de cada accés, la identificació d'usuari, la data i l'hora en què es va realitzar, així com de les dades consultades, per garantir el dret a la protecció de dades. Aquestes previsions han estat molt polèmiques. La previsió d'accés de la Direcció General de la Policia a les dades d'inscripció del padró dels estrangers, «preferentment per via telemàtica», per a l'exercici de les seves competències sobre control i permanència dels estrangers va ser objecte d'esmenes per diputats del Grup Mixt, del PNB i d'IU, com també del PSOE, si bé aquest últim va acceptar una esmena transaccional que autoritza l'accés de la policia al padró municipal però amb garanties no previstes en el projecte original, relatives a les màximes mesures de seguretat, la constància dels accessos, la identificació d'usuari, la data i l'hora de l'accés i les dades consultades a què hem fet referència. L'Agència de Protecció de Dades espanyola va elaborar un informe específic sobre aquesta previsió normativa, el número 211/2004. No obstant això, el mecanisme continua sent polèmic, a part del fet de permetre l'accés directe telemàtic, perquè ho fa per a finalitats incompatibles amb les que en motiven la recollida, ja que es considera —al nostre parer, raonablement— que existeix una contradicció entre fomentar la inscripció padronal com a manera d'integració social i d'accés a serveis públics, i utilitzar aquesta informació amb finalitats de control policial i, si s'escau, d'expulsió. Això explica que hagi donat origen al plantejament d'un recurs d'inconstitucionalitat (recurs d'inconstitucionalitat núm. 1024-2004, promogut pel Parlament basc). En tot cas, la possibilitat d'accés telemàtic es produeix només per part d'un òrgan administratiu concret (la Direcció General de la Policia), només a determinades dades que el sistema informàtic depura, i per a una finalitat determinada i pública.

<sup>20</sup> La doctrina escassa i qualificada que s'ha ocupat de la qüestió ha posat en relleu la contradicció potencial entre l'eficàcia que proporciona l'intercanvi telemàtic d'informació i el dret a la protecció de dades personals (Valero Torrijos, J. i Fernández Salmerón, M., *La protección de los datos personales y las Administraciones Públicas en la Unión Europea* (en premsa). Reflexió que aprofundeix la línia traçada pel Document de Treball sobre l'Administració en Línia, de 8 de maig de 2003, del Grup de Treball sobre protecció de dades de l'article 29 de la Directiva 95/46/CE (aquest Grup de Treball és un organisme de la UE, amb caràcter consultiu i independent, per a la protecció de dades i el dret a la intimitat. Lloc web: [www.europa.eu.int/comm/privacy](http://www.europa.eu.int/comm/privacy)).

Ara bé, dit això, referent a la necessitat de consentiment o de previsió legal expressa per a la comunicació de dades, quan es pretenguin destinar a una finalitat diferent de la que va motivar-ne la recollida, ens sembla possible argumentar que, davant l'activitat administrativa, el ciutadà no corre cap risc pel fet que les seves dades personals siguin transvasades lliurement a l'interior d'una mateixa Administració o d'una Administració a una altra per a l'exercici de les competències respectives per cada òrgan dins cada Administració en els seus diversos àmbits competencials. Aquesta podria ser una afirmació aparentment herètica,<sup>21</sup> però entenem que el control davant els possibles abusos es trobaria, precisament, en la combinació dels principis de legalitat de l'actuació administrativa i la qualitat de les dades, que impediria a qualsevol òrgan administratiu acumular més dades de les estrictament necessàries per al compliment de les seves funcions. Qualsevol desviació seria contrària a aquests principis i, per tant, il·legal, mentre que el ciutadà no hauria de sentir cap amenaça per l'exercici correcte de les seves competències per part de les administracions a partir de dades personals veraces, i conservaria en tot cas les seves facultats d'informació, accés, rectificació i cancel·lació per controlar el compliment d'aquests pressupòsits. D'aquesta manera, el principi d'eficàcia administrativa (que, depenent del sector, es pot posar en relació amb el dret a la salut, la seguretat, el manteniment equitatiu de les càrregues públiques, etc.) juntament, en el cas de les cessions interadministratives, amb el deure de cooperació avui expressat a l'art. 4 LRJAP-PAC, pugna per un flux sense limitacions de dades entre administracions públiques per a l'exercici de les seves respectives competències.<sup>22</sup> Al cap i a la fi, l'únic límit afegit pel TC consisteix a sotmetre aquest lliure tràfic als requisits generals de tota limitació a un dret fonamental, la qual cosa significa en la pràctica, de manera fonamental i gairebé exclusiva, sotmetre'l a reserva de llei, reserva que es podria argumentar si no es pot considerar coberta per l'obligació de col·laboració interadministrativa que estableix l'art. 4 LRJAP-PAC.<sup>23</sup> Certament, es pot argüir que la declaració d'inconstitucionalitat parcial de l'art. 21 LOPD duta a terme per la STC 292/2000 pressuposa una resposta negativa, però el cert és que altres preceptes de la mateixa LOPD tenen un abast igualment general i que una reserva de llei especial manca de la flexibilitat necessària que pot exigir la col·laboració administrativa en supòsits imprevistos (cal pensar, per exemple, en una sol·licitud d'informació sobre els empresaris que elaboren un producte determinat exigida a l'Administració estatal tributària per una Administració autonòmica que la necessita per adoptar mesures sanitàries). A més, s'ha de tenir en compte que, a vegades, en les disposicions esmentades es preveu que un fitxer compleixi més d'una finalitat, i on cada una d'elles s'integra en el marc competencial de diferents òrgans administratius. En aquest cas, l'òrgan responsable del fitxer podrà cedir al que no en sigui responsable les dades necessàries per assolir la finalitat prevista. El Tribunal Suprem ha entès que la inconstitucionalitat de la previsió de la LOPD que permetia autoritzar per reglament la cessió de dades personals es refereix a la cessió per a una

<sup>21</sup> Si bé sembla apuntar també aquest sentit, A. Troncoso Reigada (en el pròleg al llibre de Fernández Salmerón, M., *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2003) defensa que «impedir a una Administració pública utilitzar aquest fitxer per a una finalitat parcialment diferent de vegades no té sentit ja que aquesta té la facultat de tractar dades personals sense consentiment de l'interessat. La solució de demanar-li el consentiment seria contradictòria amb l'art. 6.2 LOPD» (pàg. 39, nota 41).

<sup>22</sup> En definitiva, per què no facilitar aquest transvasament de dades, quan l'Administració és una entitat de naturalesa vicarial al servei dels interessos generals? Potser no originaria això un millor funcionament de les diferents administracions i un millor repartiment de les càrregues públiques? (controlant, per exemple, que els ingressos consignats a l'efecte de sol·licitar una subvenció coincideixen amb els declarats davant de l'Administració tributària). Quin interès digne de protecció pot esgrimir el ciutadà per oposar-se a aquest flux informatiu? No sembla que hi hagi en el nostre Estat democràtic un risc cert d'acumulació silenciosa de dades per formar perfils individuals per part de les administracions públiques (la qual cosa, fora d'això, estaria obertament proscriu pels principis de legalitat i qualitat).

<sup>23</sup> Pel que fa a les relacions interadministratives, l'article 4 de la LRJAP-PAC, en l'apartat primer, estableix, entre les manifestacions del principi de lleialtat institucional que regeix les relacions entre administracions públiques, les següents: *c)* Facilitar a les altres administracions la informació que necessitin sobre l'activitat que desenvolupin en l'exercici de les seves pròpies competències. *d)* Prestar, en l'àmbit propi, la cooperació i l'assistència actives que les altres administracions puguin demanar per a l'exercici eficaç de les seves competències. I en l'apartat segon disposa que: «A l'efecte del que disposen les lletres *c)* i *d)* de l'apartat anterior, les administracions públiques podran sol·licitar totes les dades, documents o mitjans probatoris que es trobin a disposició de l'ens al qual es dirigeixi la sol·licitud. També podran sol·licitar assistència per a l'execució de les seves competències».



finalitat diferent de la estableix la norma de creació, i no per a una de les finalitats ja previstes inicialment. Tanmateix, el cert és que en tots els casos esmentats més amunt, on es preveuen supòsits absolutament generals de comunicació incontestada, el particular desconeix *de facto* quines seran les possibles destinacions de les seves dades, malgrat que la normativa exigeix que les disposicions reglamentàries de creació de cada fitxer facin constar les possibles cessions, per la qual cosa la seva previsió legal no fa l'efecte que sigui una garantia de pes. Com a argument comparatiu, s'ha de ressenyar que l'autorització de qualsevol comunicació intra i interadministrativa de dades per a l'exercici de les respectives competències la preveu la normativa comunitària que regula el tractament de dades per les institucions, i es pot derivar de la Directiva de 1995, que no regula de manera específica la comunicació, sinó que la integra dins el concepte de tractament, i aquest es legitima sense necessitat de consentiment de l'interessat, sempre que és necessari per al compliment d'una missió pública o d'una obligació legal. Creiem, doncs, que el legislador espanyol ha estat curt de mires i que el Tribunal Constitucional ha anat probablement massa lluny en la seva aplicació mimètica de la dogmàtica general dels límits dels drets fonamentals. Com es pot comprovar, aquesta idea requereix una reflexió dogmàtica de l'abast més gran possible que vagi acompanyada d'una aproximació profunda (inclosos els seus components extrajurídics) sobre l'enteniment de quina és la naturalesa de la relació Administració-ciudadans.<sup>24</sup> Sobre això, no es pot deixar de recordar que els principis d'eficàcia i col·laboració, com hem apuntat, són principis constitucionals: el primer es troba recollit a l'article 103.1 i sobre el segon, el Tribunal Constitucional ha assenyalat —per totes, a la Sentència 233/1999— que «no cal justificar en preceptes concrets» i que «es troba implícit pròpiament en l'essència de la forma d'organització territorial de l'Estat que s'implanta en la Constitució». Per tant, respecte dels límits i els controls que el dret estableixi, ambdós tenen també un paper determinant per al dret administratiu, que no ha de ser vist només com un dret reactiu o de garantia.

### III. La tensió entre el dret a la protecció de dades i el dret d'accés a la informació pública

Com se sap, l'article 20 de la Constitució consagra la llibertat d'informació i el 105 el dret d'accés a la informació en poder de l'Administració. El desenvolupament legal d'aquest dret es troba als articles 35.n i 37 de la LRJAP-PAC.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Finalment, el que s'ha dit respecte a les dades personals «comunes» s'ha de complementar amb una reflexió sobre la vigència del principi de consentiment en el cas de les dades especialment protegides. L'art. 7 estableix la prohibició absoluta de tractament de dades que revelin la ideologia, l'afiliació sindical, la religió i les creences sense consentiment. Respecte a les relatives a l'origen racial, a la salut i a la vida sexual admet, a més, que siguin demanades, tractades i cedides quan per raons d'interès general així ho disposi una llei. Aquest règim s'aplica aparentment (la sistemàtica de la LOPD resulta realment diabòlica, i és útil acudir a la normativa comunitària i comparada) tant als fitxers públics com als privats; en aquest supòsit s'hauria de concloure que en aquests casos cal que la LOPD, o bé una llei sectorial específica, prevegi el tractament (en sentit ampli) incontestat. Això es trobaria en línia amb la idea que, com que el que està en joc particularment en el maneig d'aquestes dades és la dignitat de la persona (en relació amb el principi de no discriminació i el dret a la intimitat), qualsevol possible afecció (sota la forma de tractament incontestat) necessita una cobertura legal específica, justificada en la protecció d'un dret o bé constitucional, sense que sobre aquesta qüestió n'hi hagi prou amb una simple norma reglamentària general o la disposició de creació del fitxer.

<sup>25</sup> Entre la doctrina que s'ha ocupat del dret d'accés a Espanya, n'hi ha prou amb citar Fernández Ramos, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997; Mestre Delgado, J. F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (Análisis del art. 105.b) de la Constitución*, Madrid, 1998; Parada Vázquez, R., *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1999; Pomed Sánchez, L. A., «El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 142, 1997; *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989; «La intimidad de las personas como límite al derecho de acceso a la documentación administrativa», a DA, *La protección jurídica del ciudadano. Libro homenaje al profesor González Pérez*, t. I, Civitas, Madrid, 1993; Villaverde Menéndez, I., *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995.

Per la seva banda, el Tribunal Constitucional ha considerat que l'article 18.4 suposa el reconeixement en la nostra Carta fonamental del dret a la protecció de dades;<sup>26</sup> va tenir el seu primer desenvolupament legal en la LORTAD, i actualment es troba regulat en la LOPD i els seus reglaments de desplegament.

Regna el silenci més absolut en ambdós blocs normatius sobre les relacions entre accés i protecció de dades, silenci especialment criticable quan es presenta la circumstància que la LORTAD i la LOPD són coetànies, respectivament, a la LRJAP-PAC i a la seva modificació per la Llei 4/1999, de 13 de gener.<sup>27</sup> L'«oblit» legal de la necessitat de compatibilitzar drets i interessos s'aguditzza si tenim en compte dos fets. En primer lloc, que la LOPD, a diferència de la Directiva comunitària, no ha acollit la clàusula de la ponderació de drets i interessos per al tractament in consentit; i que no ha establert excepcions a l'aplicació de la normativa sobre protecció de dades respecte als tractaments amb finalitats periodístiques, connectades directament amb la llibertat d'informació de l'article 20 CE, en contra del que permet l'article 9 de la Directiva de 1995 i el que preveu la Recomanació 1/1997 del Consell d'Europa sobre la normativa pel que fa a protecció de dades i els mitjans de comunicació.

La LRJAP-PAC parteix d'una distinció bàsica en el règim aplicable entre els documents que continguin dades íntimes, l'accés als quals està vedat de manera absoluta a tercers, als quals equipara l'accés a qualsevol document nominatiu que estigui en expedients o fitxers de caràcter sancionador o disciplinari. Com a categoria intermèdia entre les dades íntimes i les dades impersonals, la Llei es refereix als documents que continguin «dades nominatives» no íntimes; en aquest cas s'exigeix un interès directe per obtenir-ne l'accés. La LOPD, senzillament, ignora la qüestió. L'article 11, que regula amb caràcter general el règim de la comunicació de dades, no preveu específicament aquest supòsit, que queda per tant sota el paraigua general que li pugui atorgar una llei que autoritzi la comunicació in consentida. Per la seva banda, el règim específic dels fitxers públics, que sí que regula la comunicació de dades d'una Administració pública a una altra en l'article 21, no conté cap previsió respecte a la seva comunicació a particulars, llevat de la relativa a la prohibició general de comunicació de dades recollides de fonts accessibles al públic, que no es podrà efectuar a fitxers de titularitat privada si no és amb el consentiment de l'interessat o quan una llei prevegi una altra cosa.<sup>28</sup>

L'Agència de Protecció de Dades espanyola no s'ha pronunciat clarament encara sobre les relacions entre ambdós drets. Fins i tot, ha mantingut actituds contradictòries: la prevalença de la normativa sobre accés, la de la normativa sobre protecció de dades o la necessitat d'una anàlisi cas per cas atenent l'interès en joc i el principi de finalitat.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Des de la Sentència 254/1993, de 20 de juliol.

<sup>27</sup> La manca d'aquesta connexió necessària, malgrat la contemporaneïtat en l'aprovació d'aquestes regulacions, l'ha constatada el Tribunal Suprem, en la STS de 31 d'octubre de 2000, Ar. 9119 (ponent: González Navarro).

<sup>28</sup> Fora d'això, una confrontació de les disposicions generals de creació de fitxers públics permet comprovar que aquests no preveuen la cessió de les seves dades a subjectes privats, llevat que el fitxer tingui precisament com a finalitat, exclusiva o concurrent, la informació als qui hi estan implicats directament (com, p. ex., en matèria d'accidents de trànsit).

<sup>29</sup> Així, en la Memòria de 1995 constata, en referència a la cessió a particulars de dades del padró, que l'excepció de l'exigència de consentiment per previsió legal, a què feia referència l'article 11.2.a LORTAD, en connexió amb l'article 37.3 LRJAP-PAC, «determina que l'accés a dades personals es podrà dur a terme pel titular i, a més, per tercers que hi acreditin un interès legítim i directe, llevat de les excepcions de l'apartat 37.4 de la mateixa llei». En aquesta mateixa Memòria indica que les administracions públiques consulten sovint l'APD sobre les relacions entre dret a la protecció de dades i dret d'accés, i assenyala que «la resposta s'ha de valorar cas per cas, posant en connexió la finalitat de les dades amb el caràcter d'interessat del sol·licitant, junt amb la pertinència i el caràcter adequat de les dades per a l'exercici dels drets de l'interessat». En la Memòria de 1996 afirma que l'accés per particulars a dades del padró es regeix per la LRJAP-PAC. En la Memòria de 2001 es pot llegir: «S'informa també que la possibilitat del dret d'accés als arxius i registres de les administracions públiques, consagrat per l'article 105.b de la Constitució i regulat pels articles 35 i 37 de la Llei de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, tal com reiteradament ha assenyalat el Tribunal Suprem, no es pot entendre prevalent sobre la garantia del dret fonamental a la protecció de dades de caràcter personal, i que l'accés queda limitat en els supòsits en què els arxius i registres continguin dades de caràcter personal a les previsions reguladores de la protecció de dades. Així es desprèn també de la doctrina establerta pel nostre Tribunal Constitucional en la Sentència 292/2000, de 30 de novembre».

Per la seva banda, la doctrina que ha analitzat el dret d'accés i s'ha ocupat de l'estudi del règim de les dades nominatives ha estat en general molt crítica amb l'exigència d'acreditar un interès per accedir a les dades nominatives,<sup>30</sup> així com a les que es troben en expedients sancionadors i disciplinaris,<sup>31</sup> obviant aprofundir l'encaix d'aquesta regulació amb la normativa sobre protecció de dades. Però la doctrina que ha estudiat el tema des de l'òptica de la protecció de dades ha arribat, en ocasions, a opinions maximalistes d'acord amb les quals no es pot donar en cap cas la comunicació a tercers de cap dada personal en poder de l'Administració,<sup>32</sup> cosa que ens sembla que és absolutament irreconciliable amb el caràcter no absolut dels drets fonamentals i la necessitat de compatibilitzar-los amb la resta de drets, béns i principis constitucionals. És per això que cal, al nostre parer, un replantejament seriós de la qüestió, que tingui en compte tots els drets, principis i béns en qüestió, i defugui els plantejaments absoluts.<sup>33</sup>

Creiem que és possible formular una sèrie de *directrius*, a tall de decàleg, sobre la manera com s'hauria d'interpretar la relació entre el dret d'accés i el dret a la protecció de dades, la majoria de les quals es troben ja apuntades o consolidades en el dret europeu i comparat,<sup>34</sup> però no així en l'espanyol:

1a. Les relacions entre publicitat i reserva de la informació en poder de l'Administració vinculada a persones determinades ha de ser resolta com qualsevol conflicte entre valors, béns, drets i llibertats constitucionals, mitjançant una delimitació de l'abast i el contingut de cada un d'ells i una ponderació que permeti compatibilitzar-los en cas de conflicte, adoptant la solució que comporti en cada cas el menor sacrifici possible de cada un d'ells.

<sup>30</sup> I. Villaverde Menéndez, *op. cit.*, pàg. 121, considera inconstitucional la restricció als interessats de l'accés a documents merament nominatius. Per S. Fernández Ramos, *op. cit.*, pàg. 105, l'exigència d'acreditació d'un interès per a l'accés a la resta de les dades nominatives no íntimes seria inconstitucional, perquè suposa un límit sense encaix constitucional, tenint en compte que el nom és una dada objectiva que no implica cap judici de valor que pugui atemptar contra la intimitat de les persones. En definitiva, el que sembla una flexibilització en realitat seria una restricció greu i injustificada, pel fet que s'exigeix una legitimació especial. L. A. Pomed Sánchez, *op. cit.*, pàg. 466, creu que la limitació de l'accés a les dades nominatives «pot buidar de contingut el dret d'accés, i és d'una constitucionalitat més que discutible», ja que «entès en la seva literalitat, l'article 37.2 LAP converteix l'exercici del dret d'accés en una pura entelèquia. Llevat d'alguns dels documents continguts als expedients confeccionats per a l'elaboració de disposicions de caràcter general, és clar que tots els documents de l'Administració tenen caràcter nominatiu». R. Parada Vázquez, *op. cit.*, pàg. 165-166, es mostra crític amb la limitació en l'accés als documents nominatius, que en realitat sembla que respon a un desig d'evitar la transparència de l'activitat administrativa de cara als professionals dels mitjans de comunicació.

<sup>31</sup> S'ha dit que aquest tipus de dades no pertany a la intimitat de les persones i que, per això, es tractaria d'una limitació inconstitucional, sobretot quan es contraposa al principi general de publicitat del procés penal (L. A. Pomed Sánchez, *op. cit.*, pàg. 467, que també dubta de la constitucionalitat de l'exclusió dels expedients sancionadors i disciplinaris); fins i tot s'ha arribat a insinuar (p. ex., Parada Vázquez, *op. cit.*, pàg. 165-166) que aquesta restricció pretén, en realitat, evitar el control públic sobre la potestat sancionadora i disciplinària de l'Administració. No obstant això, hi ha actituds intermèdies. Així, per C. Gay Fuentes (*Intimididad y tratamiento de datos en las Administraciones Públicas*, Complutense, Madrid, 1995) s'hauria de possibilitar l'accés a la resolució administrativa que posi fi al procediment, almenys amb l'omissió prèvia de les dades personals, com passa en els casos de les sentències penals, mentre que segons l'opinió de S. Fernández Ramos la limitació a l'accés no es pot estendre en cap cas als qui van ser part en el procediment (ni, si s'escau, al denunciador) i ha de cedir en relació amb aquelles sancions respecte a les quals es preveu expressament la seva possible publicació. Finalment, J. F. Mestre Delgado, *op. cit.*, defensa que en aquests casos es concedeixi l'accés als qui hi acrediten l'existència d'un interès legítim, empalmant així, en realitat, amb el règim dels documents nominatius en una interpretació *contra legem*.

<sup>32</sup> Així, Lucas Murillo de la Cueva, P., *Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pàg. 96, considera que la comunicació de dades des de fitxers públics requereix, en tot cas, el consentiment de l'interessat, cosa que equival a negar el dret d'accés a la informació pública i fins i tot el dret a la tutela judicial efectiva en el cas de documents que incorporin informació personal.

<sup>33</sup> Sobre la dialèctica entre publicitat i reserva en l'àmbit dels registres públics i, en concret, del Registre de la propietat, ens remetem a la nostra monografia *Publicidad registral y derecho a la privacidad. Una necesaria conciliación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, i a l'article «La publicidad registral a la luz de la normativa sobre protección de datos. En especial, las cuestiones jurídicas que plantea el acceso telemático al contenido de los libros del Registro», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 697, 2006.

<sup>34</sup> *In extenso*, sobre el tema, amb un estudi del dret europeu francès i italià, ens remetem al nostre treball «La dialèctica entre acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales», *Revista de Administración Pública*, núm. 173, maig-agost 2007.

2a. Per delimitar-ne l'abast i contingut, s'ha de tenir en compte que la publicitat que es pretén a l'hora d'exercir l'anomenat «dret d'accés» pot donar cobertura a finalitats diverses. El sol·licitant d'accés ho pot fer com a simple exercici de participació i control democràtic (que és certament on rau el reconeixement constitucional d'aquest dret) o bé com a mitjà per a la defensa d'altres drets o interessos. Per la seva banda, una informació associada al nom d'una persona pot afectar-la pel que fa a la seva integritat física, en determinats supòsits (p. ex., informació sobre funcionaris de presons), a la seva intimitat o al seu dret a la protecció de dades, en casos en què es tracta d'informació personal no íntima o en què poden quedar afectats altres drets mereixedors de protecció que poden connectar, en darrer terme, amb les seves possibilitats de lliure desenvolupament de la personalitat i que instrumentalment obtenen protecció mitjançant el dret a la protecció de dades. Ara bé, no tota informació que conté el nom d'una persona és una dada personal. El concepte de dada personal s'ha estès a tota informació nominativa de qualsevol gènere. Aquesta concepció omnicomprehensiva, justificada per la potencialitat lesiva de l'encreuament d'informació nominativa que pot resultar «inofensiva» considerada aïlladament, es comença a qüestionar, i s'apunta als criteris del contingut, la finalitat i el resultat com a guies per decidir quan una informació associada a una persona identificada o identificable és o no una dada personal.<sup>35</sup> Cal partir, doncs, que no tota informació que conté el nom d'una persona és *ipso facto* informació sobre tal persona i, per això, dada personal, i, per tant, que en molts casos no es trobarà en joc aquest dret (ni, encara menys, el dret a la intimitat). Dins de les dades que sí que tenen relació amb una persona determinada, la normativa que regula el dret d'accés presta una ajuda inqüestionable per distingir entre dada íntima i dada nominativa. Especialment aquesta última, amb la seva diferenciació d'un règim més garantista respecte a les dades denominades «especialment protegides» o «sensibles» (relatives a la ideologia, creença, religió, raça, vida sexual, salut, a les quals s'uneix un règim també diferenciat de les dades sobre condemnes penals o administratives). Certament, ni les dades íntimes —la definició de les quals no es pot fer *a priori*, atesa la indefinició congènita del concepte d'intimitat—<sup>36</sup> es redueixen a les especialment protegides, ni les dades especialment protegides tenen una connexió exclusiva amb l'àmbit de la intimitat (ja que es connecten al seu torn amb altres drets, molt en especial, amb el principi de no discriminació). Però en tot cas la categoria de les dades especialment protegides suposa una directriu important per dilucidar quan una publicitat incontestada per la via de l'atorgament de l'accés pot implicar una major ingerència en els drets constitucionals dels afectats i, per tant, ha de ser excepcional, només justificada per la prevalença d'un altre dret fonamental. Al contrari, un altre tipus de dades, com les «relacionals», fora de l'àmbit familiar (laborals, econòmiques, i, sobretot, moltes de les referides a relacions amb l'Administració pública) cauen fora d'aquesta protecció reforçada, però poden entrar en el concepte de dada personal. La ponderació, doncs, entre publicitat i reserva ha de tenir en compte, en conseqüència, quin és el valor constitucional en joc en cada cas.

3a. La normativa reguladora del dret d'accés a la informació pública és la determinant de la legalitat o no de la comunicació d'informació que inclogui dades personals des de l'Administració als ciutadans, llevat de quan es tracta de l'afectat mateix, en què és d'aplicació la normativa sobre protecció de dades que regula el que també s'anomena dret d'accés i que es podria qualificar perfectament, d'una manera probablement més expressiva, com a dret d'informació individualitzada (que, al seu torn, s'ha de compatibilitzar en alguns casos amb la protecció de l'anonimat de tercers les dades dels quals poden figurar en la informació esmentada).

<sup>35</sup> Sobre el particular, són del màxim interès les cartes del Defensor del Poble europeu de 14 de novembre de 2001, titulada «Transparència i protecció de dades» («Openness and data protection»), i de 30 de setembre de 2002, i, encara més, per l'especialització i l'autoritat de l'òrgan i la seva pretensió de reconduir la interpretació del concepte de dada personal a escala europea, l'Opinió 4/2007 del Grup de Treball sobre protecció de dades de l'article 29 sobre el concepte de dada personal, adoptada el 20 de juny de 2007.

<sup>36</sup> Sobre el particular, vegeu l'anàlisi de la jurisprudència constitucional i les reflexions que li vaig dedicar en el capítol segon de la monografia de Guichot, E., *Datos personales y Administración Pública*, *op. cit.*, i la bibliografia allà citada.

Aquesta regla hauria de tenir consagració legislativa expressa, coordinant així blocs normatius amb vista a la seguretat jurídica.

4a. Tal com apunta la normativa d'accés, les dades íntimes, en principi, han de ser les més resistents a una publicitat in consentida. No obstant això, no es pot excloure tampoc de manera absoluta la publicitat d'aquestes dades, quan hi hagi motius d'interès públic o drets individuals prevalents, per la qual cosa sempre és necessari un judici *ad casum* (cal pensar en la lluita contra els delictes, la protecció de la integritat de les persones, la tutela de la salut, etc.). Per tant, no es dona una exclusió *in genere* i *a priori* absoluta de la publicitat d'aquesta mena de dades. En aquests casos es pot pensar que cobra una importància decisiva quina és la finalitat de la pretensió d'accés: si està vinculada al control general de l'actuació administrativa, sobre la base del principi de transparència, o si està associada a la necessitat de tutelar un bé o dret constitucional diferent. Com apuntem, moltes vegades la demanda d'accés no té per objecte el simple control de l'activitat pública, sinó que connecta amb l'efectivitat d'un altre dret fonamental del demandant (p. ex., informació sobre ingressos d'una persona a l'Administració tributària pel seu excònjuge o pels seus fills; demandes de dades sanitàries per persones que han estat contagiades per l'afectat; dret a la igualtat en l'accés a la funció pública, etc.). En aquests casos, en realitat, l'accés es pressuposa perquè el demandant exerceixi els seus drets constitucionals, i la ponderació ha de ser realitzada, per tant, entre el dret en qüestió i el dret a la protecció de dades o, si s'escau, a la intimitat (p. ex., donant en tot cas prevalença al dret a la vida i a la integritat física, en el cas de dades sanitàries). Es pot plantejar si la normativa no hauria de preveure en aquests supòsits que la revelació s'hagi de sotmetre en tot cas, o llevat d'excepcions extremes en què estigui en joc la integritat o la seguretat de les persones, a autorització judicial, com passa amb les manifestacions «geogràfiques» de la intimitat (domicili, comunicacions).

5a. En el cas de sol·licituds d'accés a dades no íntimes, però sí personals —categoria que hauria de tendir a la identificació amb les «dades nominatives» de l'actual normativa sobre accés, fins i tot mentre no desaparegui aquesta categoria equívoca que ja ha estat suprimida en el dret francès, del qual es va importar—, s'ha de valorar, d'una banda, la importància que té per a la transparència administrativa en el cas concret la concessió o denegació de l'accés, sense oblidar el que s'ha dit sobre que no tota dada que conté el nom d'una persona és una dada personal. Per fer aquest judici cal tenir en compte el tipus d'informació a què es pretén accedir (p. ex., la informació sobre actes emanats de la mateixa Administració, com ara llicències, ajuts o subvencions concedides, contribueix de manera clau i indiscutible a la transparència administrativa, així com la relacionada amb la identitat i les activitats d'agents o contractistes de l'Administració; però no, per exemple, l'accés a l'expedient disciplinari o a la declaració de la renda d'un ciutadà qualsevol).<sup>37</sup> En la mesura que la informació sigui més reveladora de la manera d'administrar el bé comú, més valor s'haurà de donar a l'interès per obtenir-la. També convé atendre el subjecte que la reclama, en connexió amb la finalitat de la demanda. Així, quan són els professionals dels mitjans els qui tracten d'obtenir informació respecte de la qual resulta clau el coneixement de la identitat d'una persona (p. ex., subvencions rebudes per activitats empresarials desenvolupades per un alt càrrec), en connexió amb el paper estel·lar del dret a la llibertat d'informació com a garantia de l'Estat democràtic.<sup>38</sup> Com a directriu es pot apuntar que, quan la informació tingui connexió directa

<sup>37</sup> És interessant de constatar com respecte d'informacions en matèria d'identitat, direcció, lloc de treball, etc., de funcionaris, o sobre subvencions discrecionals, la legislació canadenca —a parer nostre, encertadament— les exclou de la consideració com a dada personal a l'efecte de tractament i comunicació. Vegeu, *in extenso*, el nostre treball de pròxima publicació *Publicidad frente a privacidad en Derecho canadiense: Lecciones para el Derecho europeo*.

<sup>38</sup> A Espanya, el Tribunal Constitucional ha afirmat que: «Les llibertats de l'article 20 no són només drets fonamentals de cada ciutadà, sinó que signifiquen el reconeixement i la garantia d'una institució política fonamental, que és l'opinió pública lliure, lligada

amb la fiscalització pública de l'activitat administrativa, ha de prevaler, en principi, el dret d'accés sobre el dret a la reserva de les dades nominatives no íntimes. D'una altra, caldrà mesurar el perjudici que la revelació podria causar al subjecte de les dades (per tant, caldrà ponderar totes les circumstàncies concurrents, com ara que ja hagin estat manifestades anticipadament pel subjecte, els antecedents —cal pensar en el fet de revelar l'adreça electrònica d'un funcionari que ha sofert prèviament amenaces per aquest mitjà—, l'activitat del subjecte —penseu, p. ex., en el fet de revelar la identitat de funcionaris de presons, treballadors socials, etc., en determinats casos).

6a. El judici de proporcionalitat s'haurà de portar a terme d'acord amb les tècniques habituals en aquest tipus de raonaments, elaborades especialment en el judici constitucional.<sup>39</sup> Cal que tot un seguit de directrius procedimentals es posi al seu servei. Les normes sectorials poden contribuir a dilucidar la qüestió, aclarint quan una dada personal demanada és susceptible *a priori* de ser objecte de publicitat posteriorment i informant-ne el subjecte, sempre que respongui efectivament a una finalitat de transparència que justifiqui, en abstracte, la restricció del dret. En tot cas, s'ha de tenir en compte que el subjecte també pot exercir en aquests casos el dret d'oposar-se a la comunicació esmentada (que és una modalitat de tractament) que li garanteix la normativa sobre protecció de dades quan hi hagi motius fundats i legítims relatius a una situació personal concreta. El judici abstracte s'ha de realitzar també a l'hora de decidir, respecte a aquelles dades la publicitat de les quals es preveu, el mitjà i el suport, tenint en compte els riscos potencials per als drets i interessos dels afectats. Encara que la no necessitat de motivar les sol·licituds d'accés sigui el principi general avui vigent en el nostre dret —tot i que altres drets, com l'italià, sí que ho exigeixin—, es pot plantejar si s'ha de motivar la sol·licitud d'accés, ja sigui des d'un inici, o bé a requeriment de l'Administració, si comprova que la informació sol·licitada inclou dades personals, per permetre'n una ponderació més afinada. Per la mateixa raó, s'hauria de donar trasllat de la sol·licitud d'accés a l'afectat (regulant els terminis), de manera que pogués al·legar el que considerés oportú sobre la gravetat de l'afectació als seus drets que pot suposar la revelació de dades personals, o sobre la possibilitat de procedir a una anonimització prèvia.

7a. Com que estan en joc valors, béns i drets constitucionals, s'ha d'intentar maximitzar-los. Per això, s'haurà de procedir sempre a l'atorgament de l'accés quan mitjançant l'anonimització de la informació *sol·licitada* es pugui assolir la finalitat esmentada de coneixement i control ja que, com estableix la normativa sobre protecció de dades, la informació un cop despersonalitzada queda fora de l'àmbit de protecció del dret. No obstant això, cal tenir en compte que es considera dada personal, d'acord amb aquesta normativa, tota informació referent a persones físiques identificades o identificables, de manera que l'Administració s'haurà de cerciorar que la informació despersonalitzada que facilita no és susceptible d'associació. Així mateix, cal considerar la

---

indissolublement amb el pluralisme polític, que és un valor fonamental i un requisit del funcionament de l'Estat democràtic» (STC 12/1982).

<sup>39</sup> Sobre el principi de proporcionalitat en la doctrina espanyola, vegeu, entre d'altres, Barnés, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988, pàg. 165-283; «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pàg. 15-49; «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, pàg. 495-535; Cruz Villalón, P., *Derechos fundamentales y legislación*, pàg. 233-245; «Nota: los derechos fundamentales», pàg. 247-252, tots dos recollits a *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999; Martín-Retortillo, L. i De Otto y Pardo, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988; Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Ed. McGrawHill, Madrid, 1996; «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pàg. 119-141; Rodríguez de Santiago, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000; Villaverde, I., *Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales*, a *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados/Tribunal Constitucional/Universidad Complutense/Fundación Ortega y Gasset/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pàg. 317-363.

possibilitat de concedir l'accés parcial, quan determinades parts de la informació hagin de quedar reservades a la vista del judici de proporcionalitat emès.

8a. La decisió denegatòria haurà de ser, en tot cas, motivada, quan restringeixi drets, ja sigui el d'accés (i els drets que es pretenguin tutelar amb l'obtenció d'informació, quan l'accés és instrumental, com hem exposat), o bé el dret a la intimitat o a la protecció de dades (o els drets als quals aquests contribueixen instrumentalment a tutelar). Així ho imposa l'article 54.1.a de la Llei 30/1992. Igualment, s'ha de notificar la decisió als interessats, inclosos els subjectes afectats per la revelació de les seves dades que suposa la concessió de l'accés a un tercer, tal com determina l'article 58.1 de la Llei esmentada.

9a. La institució d'un organisme de control del funcionament del sistema d'accés a la informació (ja sigui burocràtic en cada Administració, o bé amb la naturalesa d'una Administració independent), que es pogués pronunciar sobre les decisions administratives, donant una resposta ràpida i gratuïta (la qual cosa resulta clau en matèria informativa) i establint gradualment els criteris generals de ponderació, resulta clau en una matèria com aquesta en què la llei manca del mínim grau de concreció. Sense aquesta concreció, les agències de protecció de dades estan cridades a fer un paper clau en l'establiment dels criteris.<sup>40</sup> Evidentment, com tots els actes administratius, les decisions sobre accés són susceptibles de control pels tribunals contenciosos administratius, com assenyalava l'article 1.1 de la Llei 29/1998.

10a. El tractament posterior de les dades personals queda sotmès a la normativa sobre protecció de dades.

Una valoració de la regulació que conté l'article 37 LRJAP-PAC, a la vista d'aquestes directrius, ens suggereix les reflexions següents:

— Pel que fa al règim de l'accés a les *dades íntimes*, es troba a faltar una flexibilització del que apareix en la llei com un límit absolut, ja que de vegades hi pot haver un interès públic superior en la transparència d'activitats públiques rellevants, a banda que, com hem dit, en determinats casos la prohibició de l'accés per tercers pot pugnar amb la garantia necessària d'altres drets fonamentals, molt especialment, amb el dret a la tutela judicial efectiva, però no solament (cal pensar, p. ex., en la necessitat imperiosa que pot haver de conèixer dades de salut d'una persona per procedir al tractament mèdic d'una altra, en un supòsit de contagi), per la qual cosa una exclusió radical, creiem, s'enfronta a la necessària vigència i ponderació de tots els drets i béns constitucionals en conflicte.

— Respecte a l'exigència d'acreditació d'un interès per accedir a *dades nominatives* —que, com vam dir, ha estat objecte de crítiques duríssimes per part de la doctrina que s'ha apropiat al tema des de l'estudi del dret d'accés—, cal assenyalar, no obstant això, que a partir de les lleis de protecció de dades i de la jurisprudència constitucional en el nostre dret qualsevol dada referida a una persona identificada o identificable queda coberta pel dret fonamental a la protecció de dades, de manera que qualsevol ingerència que hi hagi (i la publicitat in consentida n'és una) ha de tenir un fonament constitucional i ser proporcionada. Això no implica, de cap manera, que els documents nominatius que no continguin informació íntima (en la terminologia legal)

<sup>40</sup> És seductora la idea d'una reforma legislativa que estengués la competència de les agències a l'accés a la informació —que inclouria un canvi de denominació. Aquesta solució encara podria ser més convenient en el cas de les agències autonòmiques, la competència de les quals se centra en els fitxers públics i amb menys càrrega de treball que l'AEPD. És el model adoptat majoritàriament per les províncies al Canadà. Vegeu, sobre això, el nostre treball de pròxima publicació *Publicidad frente a privacidad en Derecho canadiense: Lecciones para el Derecho europeo*.

constitueixin un límit infranquejable a les sol·licituds d'accés. Però en l'estat actual del dret s'imposa la necessitat de procedir a una ponderació, valorant si la demanda d'accés no encobreix una mera investigació *ad personam* mancada de legitimitat i no connectada amb el principi de transparència (és a dir, una «finalitat incompatible» en els termes de la legislació sobre protecció de dades). Això vol dir que quan hi ha una dada personal, no hi ha consentiment de l'interessat a la seva publicitat i el legislador no s'ha pronunciat, no s'hi pot atorgar l'accés automàtic, sinó acudir a un raonament en clau de proporcionalitat, seguint les pautes que abans hem apuntat, en què la naturalesa de la dada i la seva desvinculació d'allò íntim són un criteri fonamental, però no exclusiu. Sobre això, el principi de transparència ha de tenir una consideració especial en els casos en què es tracti de dades generades en l'àmbit de l'Administració, amb els seus agents o amb els ciutadans, si el coneixement d'aquestes dades és necessari per al control de les activitats administratives. La normativa sobre protecció de dades tampoc no és aliena a l'existència de dades amb «vocació de publicitat»: es tracta fonamentalment del nom i cognoms, el domicili, el número de telèfon i la professió de les persones, en la mesura que apareguin en les anomenades «fonts accessibles al públic».

— Quant a l'accés a dades que es trobin en *expedients sancionadors o disciplinaris*, el cert és que la normativa europea i espanyola sobre protecció de dades els atorga una protecció especial, que consisteix en el fet que només poden ser incorporades a fitxers públics en els termes que estableixin les lleis; per aquesta raó, atès el bloc normatiu esmentat, sembla que està justificada una cautela especial pel que fa a l'accés a dades que incorporen una valoració negativa i tenen, doncs, un potencial lesiu per al subjecte. Això no vol dir que s'hagi de denegar l'accés en qualsevol cas, però sí que en aquests supòsits s'hauria de ponderar tenint en compte aquesta consideració, de manera que només en casos en què el seu coneixement sigui essencial per a la finalitat de transparència i control, o bé si hi ha en joc un altre dret o valor constitucional en la demanda d'accés, hauria de prevaler la publicitat sobre la reserva.

Una reforma de la normativa sobre accés, al nostre parer (i limitant-nos a l'aspecte estudiat en aquest treball) hauria de tenir en compte aquests principis. A més, hauria de començar per incorporar una referència clara a l'encaix entre la normativa esmentada i la reguladora del dret a la protecció de dades, en els termes exposats, i en nom del principi de seguretat jurídica. Caldria regular el procediment, incorporant-hi també les directrius esmentades més amunt, per no parlar de la desitjable creació d'una autoritat en matèria d'accés, la tasca de la qual podria ser crucial, en general, i en tot cas a l'hora de marcar pautes en la dialèctica publicitat-protecció de dades.

A això se sumen els problemes d'harmonització de la regulació general del dret d'accés establerta a l'article 37 LRJAP-PAC amb el règim dissenyat en la Llei 16/1985, de 25 de juny, de patrimoni històric (començant, per cert, per determinar a partir de quin moment del procés arxivístic és aplicable l'una o l'altra).<sup>41</sup> Creiem que aquests mateixos principis han de ser d'aplicació als documents que es troben en arxius històrics. L'article 57 LPH disposa que si els documents contenen dades personals de caràcter policial, processal, clínic o de qualsevol altra índole que puguin afectar la seguretat de les persones, el seu honor, *la intimitat de la seva vida privada i familiar* i la seva pròpia imatge, no podran ser consultats públicament sense que hi hagi consentiment exprés dels afectats o fins que hagi transcorregut un termini de vint-i-cinc anys des de la seva mort, si se'n coneix la data, o, altrament, de cinquanta anys, a partir de la data dels documents. Com es pot comprovar, d'una banda, un cop que el document forma part d'un arxiu històric, només es protegeix quan afecti la seva intimitat i

<sup>41</sup> D'acord amb l'art. 37.6.g LRJAP-PAC, la consulta de fons documentals existents als *arxius històrics* s'ha de regular per les seves disposicions específiques. Per la seva banda, l'art. 57 LPH regula l'accés als documents un cop concloua la tramitació d'un document, i després del dipòsit i registre als *arxius centrals* de cada entitat. Tot i reconèixer que en aquest cas hi ha un defecte de tècnica legislativa, creiem que la regulació més d'acord amb el sentit de l'exclusió de l'art. 37.6.g LRJAP-PAC és reservar l'aplicació del règim de la LPH a l'accés a documents que són en arxius històrics.



mentre no hagi transcorregut un lapse temporal prolongat. Ara bé, es pot pensar que tampoc en aquests casos la prevalença no pot ser absoluta, sinó que, quan ho exigeixi l'efectivitat d'un altre dret o bé constitucional, caldrà procedir a la ponderació, si s'escau i en els termes i amb les garanties abans indicades. El que es pot plantejar és si la Llei de 1985 —anterior, per tant, a la normativa sobre protecció de dades— s'ha d'entendre que cobreix també les dades no íntimes però sí personals (o «nominatives», en els termes de la LRJAP-PAC). Segons el nostre parer, s'ha de respondre en harmonia amb els principis generals que hem vist abans. Sembla evident que la LPH, amb la seva referència a «la intimitat de la vida familiar i personal», va romandre senzillament ignorant del que seria el posterior «naixement» del dret a la protecció de dades i que, per tant, cal una interpretació harmònica amb les exigències que hi emanen, en els termes exposats. A més, és necessari coordinar la normativa sobre arxius amb la normativa sobre protecció de dades, en particular pel que fa a la contraposició entre la finalitat de servei a la documentació històrica de la investigació a què serveix el sistema arxivístic, d'una banda, i la previsió de cancel·lació obligatòria de les dades una vegada han complert la finalitat per a la qual van ser demanades, junt amb la previsió que no són finalitats incompatibles a l'efecte de la normativa sobre protecció de dades els tractaments posteriors per a fins històrics, estadístics o científics. En definitiva, aquesta necessitat particular s'uneix a la més general de regulació de la normativa general del sistema arxivístic, una gran falla del nostre dret.

En resum, s'imposa una autèntica reforma legislativa de la regulació de les relacions entre publicitat i reserva en la normativa sobre accés, reutilització, arxius i protecció de dades que estableixi la coordinació necessària entre totes dues.

S'ha de reconèixer, en efecte, que no és objecte propi de la jurisprudència o de l'Agència definir *a priori* i en positiu sobre el contingut respectiu d'un i l'altre dret. Sens dubte, part del seu contingut acabarà per delimitar-se per la via «contenciosa». I tampoc no faltaran construccions doctrinals que contribueixin a aquesta tasca primordial. En tot cas, correspon al legislador en primera instància obrir camí en aquest sentit, tant mitjançant l'establiment d'una norma general sobre el dret d'accés a la informació administrativa —com s'ha fet en altres països, atès que constitueix el pressupòsit elemental de l'exercici de molts altres drets i una premissa bàsica de la societat de la informació—, com indirectament amb la delimitació d'altres drets que s'hi oposen tendencialment com ara el dret a la protecció de dades.

#### IV. Conclusions

En aquest treball hem analitzat les relacions entre el dret a la protecció de dades i els principis d'eficàcia i transparència administrativa, en relació amb les comunicacions d'informació que continguin dades personals i que tinguin com a destinataris subjectes públics o privats. Es tracta, segons el nostre parer, d'un tema crucial del dret públic de la informació que necessita una reflexió profunda, la qual es comença a dur a terme en el dret europeu i comparat, però que es troba gairebé verge en el nostre dret, dins una orfandat legal, jurisprudencial i en gran manera doctrinal.

No ens hem limitat a una tasca d'indagació en els materials legals, jurisprudencials —en sentit ampli— i doctrinals, sinó que, a més, hem avançat les directrius que, segons el nostre parer, han de disciplinar les relacions entre eficàcia, transparència i privadesa. I això, es pot dir, a partir d'un axioma: la necessitat de compatibilització i ponderació d'aquests valors i, per tant, de reconducció d'una interpretació extrema del dret a la protecció de dades —pròpia, probablement, d'un primer moment de la seva construcció dogmàtica— que amenaça de llastrar de manera indesitjable la possibilitat del flux informatiu necessari per construir una Administració transparent i

eficaç, per un mal entès «fonamentalisme de la protecció de dades», bona part de l'explicació del qual rau en la transposició mimètica a l'àmbit del tractament administratiu de les tècniques de protecció de la privadesa que tenen raó de ser en l'àmbit dels tractaments privats d'informació. En fi, una vegada més es posa de manifest que la diferència entre els subjectes, públics i privats, per raó dels fins que persegueixen —i que, en el cas de l'Administració, justifiquen la seva existència— marca el règim jurídic que cal aplicar. Tot això revela l'absoluta pertinència i la pràctica necessitat de l'aprovació d'una llei reguladora del tractament administratiu de la informació. En tot cas, es tracta d'una matèria per construir, i amb aquestes pàgines hem tractat, modestament, d'aportar alguns materials per al debat jurídic.