

Bloc 3. Els límits a la transparència i a l'accés, en particular la protecció de dades

3.1 Introducció sobre els límits a la transparència

Hola de nou. Encetem el tercer bloc, dedicat als límits a la transparència, que és el nucli dur del curs, i per això és el que conté més vídeos.

A aquestes alçades del curs, segur que ja ets conscient de la importància del dret d'accés en un sistema democràtic. Però malgrat la seva importància innegable, no és un dret absolut, com tampoc no ho són la immensa majoria de drets.

Quan entren en joc restriccions a la transparència, per preservar altres drets o interessos, cal fer un equilibri i no caure ni en l'opacitat excessiva, ni tampoc en una sobreexposició informativa.

Veurem que els límits o les restriccions s'apliquen tant a la publicitat activa com al dret d'accés. Així, l'article 7 de la Llei de transparència adverteix que en publicar informació al Portal de la Transparència s'han d'aplicar els límits establerts per al dret d'accés, especialment els relatius a la protecció de dades personals.

Les restriccions a la transparència, no les has de veure com una cosa insòlita. Totes les regulacions del dret d'accés hi posen límits, fins i tot les més aperturistes. De fet, en aquest punt, la Llei de transparència segueix en gran manera la llista de límits del Conveni del Consell d'Europa sobre l'accés a documents.

Ara bé, només podem limitar l'accés en els casos expressament establerts a les lleis. Potser un dia et demanen alguna informació i penses "caram, això no s'hauria de facilitar". Doncs bé, si no pots vincular la informació a cap limitació legal, cal facilitar-la.

Les limitacions legals no es poden invocar de manera genèrica, sinó que cal motivar la denegació en el perjudici concret per al dret o interès a protegir, que es coneix com a test del dany.

La possible aplicació d'un límit exigeix fer una tasca de ponderació, sempre atenent a les circumstàncies concretes del cas. A més, s'ha de tenir en compte la possible concurrència d'un interès públic o privat superior que justifiqui l'accés a la informació. Aquest seria el cas d'una informació de rellevància social o d'interès col·lectiu.

Així mateix, l'eventual limitació ha de ser proporcional a l'objecte i la finalitat de la protecció. Així, seria desproporcionat denegar l'accés a una informació que inclou diversos documents, només perquè en alguna part hi concorre algun límit. El que seria procedent en aquest cas seria l'accés parcial i, si l'ocultació parcial dificulta la comprensió de la informació, la persona interessada ens pot sol·licitar l'aclariment.

Aquesta opció de l'accés parcial, l'has de tenir sempre present. És una bona solució en casos problemàtics, en permetre'ns conciliar els diferents drets o interessos concurrents. De vegades a la persona sol·licitant ja li està bé obtenir la informació sense incloure dades personals de tercers. Per exemple, si ens demanen saber quants aspirants han participat en un procés selectiu, n'hi ha prou de facilitar la xifra d'aspirants, sense necessitat d'identificar-los. Si la informació sol·licitada no afecta tercers se simplifica molt la feina, ja que ens evitem l'audiència a tercers i la tasca de ponderació.

La Llei de transparència no fixa un temps de vigència dels límits, sinó que es remet al que pugui establir la llei que regula cada límit, i afegeix que en tot cas es manté la restricció mentre perduren les raons que la justifiqui.

De totes maneres, hi ha una regla general a la Llei d'arxius, que estableix que, quan han passat 30 anys de la producció del document, la restricció queda sense efecte, llevat que la legislació específica fixi una altra cosa, o que la informació contingui dades personals que puguin afectar la seguretat, l'honor, la intimitat o la imatge. En aquests casos, la restricció no s'aixeca fins als 25 anys de la mort de la persona afectada i, si es desconeix la data de la mort, als 50 anys del document, sempre però que tinguem la certesa de la mort, ja que en cas contrari només es podria donar l'accés amb el consentiment de la persona afectada.

Per acabar la introducció als límits, fem un breu repàs a la llista de casos en què es pot denegar o restringir l'accés a la informació, si es causa un perjudici a determinats drets o interessos:

- a) Seguretat pública.
- b) Investigació o sanció d'infraccions penals, administratives o disciplinàries, expedients en què s'exerceixen potestats d'inspecció, control i sanció.
- c) El secret o la confidencialitat en la tramitació de procediments, si una norma amb rang de llei estableix aquest secret.
- d) Igualtat de les parts en processos judicials i tutela judicial efectiva.
- e) Els drets dels menors d'edat. Més endavant la Llei insisteix a reforçar la protecció de la informació que afecti els menors, si la divulgació pot condicionar el lliure desenvolupament de la seva personalitat. Estem parlant d'un col·lectiu més vulnerable, respecte el qual regeix el principi de l'interès superior del menor, i per això es reforça la restricció a la transparència.
- f) La intimitat i els altres drets privats legítims. La qüestió de la intimitat, la veurem en tractar el límit de les dades personals.
- g) El secret professional i els drets de propietat intel·lectual i industrial.

Tots aquests són límits a la transparència. Però el dret a saber té un caràcter expansiu, de manera que la restricció hauria de ser l'excepció.

En la llista que hem vist, però, no m'he referit d'una manera específica al límit de les dades personals, que mereix un tractament específic perquè és el motiu més invocat per denegar-hi l'accés. Per això li dedicarem els dos propers vídeos. Seguirem!

3.2 El límit relatiu al dret a la protecció de dades (1)

Hola, ha arribat l'hora d'abordar la restricció a la transparència per a les dades personals, i ho farem en aquest vídeo i el següent.

Recorda que aquesta limitació és per protegir un dret fonamental, i que dada personal és qualsevol informació relativa a una persona física identificada o identificable: nom i cognoms, DNI, adreça, telèfon mòbil, nivell de renda, quantia dels impostos que abona, dades acadèmiques, etc.

De ben segur que en la informació que gestionis a la teva Administració hi consten aquestes dades personals, i moltes altres. Doncs bé, respecte d'aquestes dades, els empleats públics tenim un deure de secret i confidencialitat. O sigui, que hem de fer mutis. Però també tenim el deure de ser transparents. I com ho fem per no vulnerar cap dels dos deures? Com aconseguim que les dades personals no siguin un obstacle a la transparència? Vegem.

Segons la legislació de protecció de dades, qualsevol revelació de dades personals a un tercer diferent de la persona l'afectada, és una comunicació o cessió de dades. D'acord amb això, si a la teva Administració permeteu a un ciutadà d'accedir a dades personals d'altres, estem davant d'una comunicació de dades. Val a dir que aquesta comunicació es produirà tant si les dades es donen per atendre una sol·licitud d'accés, com si es publiquen al Portal. Potser pensaràs que en la publicació al Portal les dades no es comuniquen a un tercer. Cert, no hi ha un destinatari, sinó molts: qualsevol que tingui connexió a Internet.

Així doncs, en un cas i en l'altre, estarem davant d'una comunicació de dades personals, que normalment requereix el consentiment de la persona afectada. Però no cal aquest consentiment si la comunicació està habilitada per una llei, com seria el cas de la Llei de transparència. Per tant no caldria el consentiment de la persona afectada. Però sí que caldria informar-la si en recollir les seves dades tal comunicació era previsible, com seria el cas d'informació de publicació obligada al Portal (subvencions, autoritzacions de compatibilitat a empleats públics, etc.). D'aquesta manera, la persona afectada seria conscient de la publicació i s'hi podria oposar, si concorrien motius justificats, relatius a la seva situació particular.

Abans de conèixer les regles sobre el límit de les dades personals, i així saber si podem comunicar les dades sense consentiment de la persona afectada, cal fer un aclariment previ. Quan parlem del límit de les dades personals, ens referim a dades de persones vives perquè el dret a la protecció de dades s'extingeix amb la mort de la persona. Així, amb caràcter general, la informació que tinguem de persones difuntes no està subjecta a restriccions, tret del que ja et vaig explicar sobre dades personals que afectin la seguretat, l'honor, la intimitat o la imatge, en què la protecció s'amplia fins a 25 anys després de la mort.

Un cop fet aquest aclariment sobre l'exclusió de les dades de persones mortes, entrem a analitzar els tres tipus o categories de dades personals que estableix la Llei de transparència. Segons quina sigui la categoria de les dades, la restricció opera amb més o menys intensitat.

En el primer nivell tenim les dades personals especialment protegides i en el tercer nivell, les que col·loquialment denomino "especialment desprotegides", que són les merament identificatives vinculades a l'Administració. Aquests dos nivells de dades personals, d'intensitat màxima i mínima, els abordarem en aquest vídeo. No pateixis, no m'oblido del segon nivell. És on trobem la resta de dades personals, és a dir, les que no encaixen ni en el primer ni el tercer nivell. De fet, aquest conjunt de dades del segon nivell és el que acostuma a generar més problemes, i per això li dedicarem un vídeo específic, el següent.

Comencem amb les "dades especialment protegides".

Aquesta denominació prové de la legislació de protecció de dades, i es refereix a dades que tenen una incidència especial en la intimitat. Són les dades d'ideologia, afiliació sindical, religió, creences, origen racial, salut, vida sexual i infraccions penals o administratives que no comportin l'amonestació pública a l'infractor. Podem incloure també en aquesta tipologia, segons el Reglament europeu de protecció de dades aplicable des del maig de 2018, les dades genètiques i les biomètriques destinades a identificar una persona, com ara l'empremta dactilar.¹

La regla és la denegació de l'accés, tret que la persona sol·licitant aporti el consentiment escrit de la persona afectada. Aquesta regla cediria en alguns casos, com ara si la persona afectada hagués fet públiques manifestament les dades d'ideologia o religió; o en el cas de dades de salut o vida sexual, si l'accés està autoritzat per una llei.

Anem ara a les “dades merament identificatives vinculades a l'Administració”.

Aquestes dades estarien en l'extrem contrari, ja que la regla general és que preval l'accés. Per això les identifico com “especialment desprotegides”. Parlem d'informació directament relacionada amb l'organització, el funcionament o l'activitat pública de l'Administració, que conté dades personals merament identificatives. Exemples: un certificat o informe on consta identificat qui l'emet, ja sigui un càrrec o empleat públic, o també el treballador/a d'una empresa concessionària. Un altre exemple: un llistat amb el nom de les persones amb targeta de crèdit a càrrec de l'Administració.²

Com veus, són dades que només identifiquen a qui intervé per raó del seu càrrec o funció pública, però que no aporten informació sobre la seva vida privada.

Hi ha una excepció a aquesta regla de transparència: si en el cas concret preval la protecció de dades personals o altres drets constitucionalment protegits. Aquest podria ser el cas del nom d'empleats penitenciaris o de cossos policials.

Ara ja saps com aplicar el límit de les dades personals en les dues categories que hem vist, les més protegides i les més desprotegides. En el proper vídeo veurem la categoria d'entremig. Som-hi!

¹ Mitjançant la disposició final 11.2 de la Llei Orgànica 3/2018 es va modificar l'article 15.1 de la Llei espanyola de transparència (Llei 19/2013), afegint les dades genètiques o biomètriques dins la categoria de dades especialment protegides.

² L'article 70.2 del Decret 8/2021 enumera les dades personals que es consideren merament identificatives.

3.3 El límit relatiu al dret a la protecció de dades (i 2)

Hola, en aquest vídeo seguim analitzant el límit per les dades personals. Em refereixo a les dades de la tipologia o categoria del segon nivell, és a dir, les que no encaixen en els conceptes ja vistos en el vídeo precedent, de dades especialment protegides i d'especialment desprotegides.

Et poso a continuació alguns exemples de dades personals que encaixarien en aquesta categoria, situada entremig dels dos extrems:

- Dades del padró municipal d'habitants (domicili, adreça electrònica, data de naixement, nivell d'estudis acabats, etc.).
- Dades de renda, que figuren a molts expedients de contingut econòmic.
- Dades que s'exposen als diferents escrits que rebem a les administracions: sol·licituds, comunicacions, al·legacions, reclamacions o queixes, denúncies, etc.

Aquesta categoria de dades és la més problemàtica. Per què? Doncs perquè la Llei no s'inclina ni a favor de l'accés, ni de la protecció de dades. El que fa la Llei és encomanar-nos una tasca de ponderació entre l'interès públic en la divulgació i els drets de les persones afectades, en el cas concret plantejat. Per a aquesta tasca de ponderació, la Llei enumera unes circumstàncies a tenir en compte, que són:

- a) El temps transcorregut. Sembla que el transcurs del temps jugaria en favor de l'accés. En tot cas, recorda la regla dels 30 anys ja comentada, segons la qual un cop passat aquest termini s'aixecaria la restricció, tret que s'afectés la seguretat, l'honor, la intimitat o la imatge.
- b) La finalitat de l'accés, especialment si és històrica, estadística o científica, i les garanties que s'ofereixin. En efecte, que la sol·licitud estigui motivada per poder exercir un dret o amb alguna finalitat concreta, juga en favor de l'accés. Ah, però no vam dir que no calia motivar la sol·licitud ni dir per què es vol la informació? Cert, formalment no cal, perquè el dret d'accés cal entendre'l com un dret autònom de la ciutadania, vinculat al seu dret de participació i control democràtic. Ara bé, res no impedeix a la persona sol·licitant explicitar les raons per les quals demana la informació, sobretot si la basa en un interès o finalitat particular. Més encara si la persona sol·licitant d'informació és conscient que conté dades personals de tercers, fet que portaria a la ponderació entre els interessos concurrents. Per tant, no és preceptiu, però sí molt convenient, que la persona sol·licitant exposi els elements que jugarien en favor de l'accés.

Igualment, també aniria en favor de l'accés si la informació es demana per un treball de recerca, ja sigui històrica o d'una altra índole. En aquests casos seria convenient fer signar un compromís de confidencialitat, com a garantia que les dades personals només s'utilitzarien per a l'elaboració del treball, però que no es divulgarien.

- c) Que siguin dades de menors d'edat. Aquesta circumstància jugaria en contra de l'accés, per les raons ja comentades sobre la protecció superior d'aquest col·lectiu.
- d) Que pugui afectar la seguretat de les persones. Així, si en facilitar l'accés a la informació es posa en risc la seguretat d'altres persones, seria un factor en contra de l'accés.

A banda d'aquestes circumstàncies enumerades per la Llei, en podem tenir en compte qualsevol altra que sigui rellevant en la ponderació. Per exemple, si les dades personals s'havien publicat prèviament, jugaria a favor de l'accés. Aquest podria ser el cas de llistes de participants en processos selectius, publicades anteriorment. Un altre factor a tenir en compte seria l'expectativa de privacitat. Així, si en recollir les dades personals es va generar en les persones afectades una certa expectativa de confidencialitat, aniria en contra de la transparència.

Hi ha un darrer factor a tenir en compte, que en molts casos pot esdevenir l'element decisiu per determinar l'interès prevalent. Em refereixo a la finalitat que persegueix la transparència. Així, quan s'hagi de ponderar entre ocultar o fer visible una informació, cal tenir sempre molt present si aquella informació encaixa en la finalitat de la transparència.

Ah, i quina era la finalitat de la transparència? Recorda-ho bé: donar visibilitat a l'acció dels governants, per permetre a la ciutadania de conèixer-la, fiscalitzar-la i participar-hi. Per tant, seria un pes a la balança a favor de la transparència que la informació servís per a aquesta finalitat. Seria el cas d'informació sobre com s'han pres determinades decisions, destinació dels fons públics, criteris generals d'actuació, etc. Un exemple concret: el cas que et comentava en un dels primers vídeos sobre l'extracte de la targeta de crèdit assignada a càrrecs públics. Parlem de dades personals vinculades a l'organització, però que van més enllà de les merament identificatives, de manera que no les podríem incloure en el nivell d'especialment desprotegides. Caldria per tant ponderar i, en tractar-se d'una informació clarament vinculada a la transparència i que no sembla que hagi d'incloure dades sensibles, prevaldria el dret d'accés.

En definitiva, es tracta de despullar els governants per donar visibilitat a la seva activitat pública o sufragada amb fons públics. Per contra, la transparència no ens ha de portar a despullar els ciutadans i revelar informacions de la seva vida privada.

Finalment, si de resultes de la ponderació decidim permetre l'accés a la informació que inclou dades personals, cal donar només les necessàries. Per exemple, si per transparència cal facilitar la identitat dels arquitectes autors dels projectes d'obres autoritzats per un ajuntament, n'hi ha prou de donar el nom, i seria excessiu facilitar-ne el DNI o el telèfon mòbil.

Així mateix, seria convenient advertir a la persona sol·licitant que amb el lliurament d'informació amb dades de tercers no se l'autoritza a divulgar-les, sobretot quan se li han facilitat en atenció a les seves circumstàncies personals o per la seva condició.³ Si les difongués, se li podrien exigir responsabilitats, conformement a la legislació de protecció de dades.

Aquest criteri de proporcionalitat o de minimització de dades, l'has d'aplicar com a regla general, tant per resoldre sol·licituds d'accés com en la publicació d'informació al Portal. Així, en el Portal cal revelar la identitat de les persones perceptores d'ajuts, però seria excessiu divulgar-ne el DNI o el número de compte corrent on s'ha ingressat l'ajut.

Recorda: la transparència comporta un despullament dels governants, no dels ciutadans.

³ L'article 71 del Decret 8/2021, que regula quin és el contingut mínim de les resolucions de les sol·licituds d'accés, determina que quan la informació facilitada conté dades personals la resolució ha d'incloure un advertiment que informi de l'obligació de tractar la informació d'acord amb la normativa de protecció de dades, si escau, i que comuniqui d'una manera clara i precisa les obligacions que adquireix la persona sol·licitant en relació amb les dades personals que contingui la informació i les limitacions concretes de difusió que deriven de la normativa de protecció de dades.

3.4 Impacte dels límits en la tramitació de les sol·licituds d'accés

Hola, en els tres primers vídeos d'aquest bloc hem vist els límits a la transparència, sobretot els derivats de la protecció de dades, i ens hem centrat en la regulació substantiva dels límits.

Ara seguirem amb els límits, però en la vessant procedimental. No parlarem ja de la intensitat del límit segons la tipologia de les dades, o dels factors a tenir en compte en la tasca de ponderació. El que veurem són els tràmits que imposa la Llei de transparència.

Quins són aquests tràmits? Doncs un és el d'audiència als tercers afectats. Si la informació sol·licitada pot afectar drets o interessos de tercers identificats, cal donar-los un tràmit d'audiència de 10 dies perquè hi puguin fer al·legacions. Aquest tràmit és preceptiu sempre que la informació contingui dades personals de tercers, si no és que estiguin especialment protegides, ja que en aquest cas no és procedent l'accés si la persona sol·licitant no aporta el consentiment escrit del tercer afectat. L'audiència no només pertoca si hi ha dades personals, sinó també quan afecta altres drets o interessos, com ara la propietat intel·lectual o interessos comercials.

Quan donem l'audiència al tercer, la Llei no obliga a revelar la identitat de la persona sol·licitant d'informació, però sí els motius en què basa la sol·licitud, si s'han expressat. En determinats casos podria ser aconsellable revelar-ne la identitat, ja que les al·legacions que poguéss fer el tercer afectat, i en concret la seva eventual oposició a l'accés, podrien dependre de la identitat de la persona sol·licitant.

Per tant, podria estar justificat revelar al tercer afectat la identitat de la persona sol·licitant d'informació. Però abans caldria informar de la persona sol·licitant d'aquesta comunicació de les seves dades al tercer, per complir la legislació de protecció de dades.⁴ A aquest efecte, en el formulari de sol·licitud d'accés podria figurar un avís de l'estil següent: si la informació que sol·liciteu afecta tercers, se'ls podrà comunicar la vostra identitat com a persona sol·licitant, en el tràmit d'audiència preceptiu. Així, de la persona sol·licitant s'hi podria oposar, per motius relacionats amb la seva situació particular, en exercici del que la legislació de protecció de dades denomina dret d'oposició.

Cal donar aquesta audiència sempre que la informació afecti tercers? Sí, si les seves al·legacions poden determinar la resolució. No determinarien la resolució i, per tant, podríem prescindir de l'audiència, en els casos següents:

- a) Si és procedent inadmetre la sol·licitud. Per exemple, si es demana un esborrany o document intern de treball en què hi consten dades personals, no cal l'audiència perquè sigui procedent la inadmissió, pel tipus d'informació sol·licitada.
- b) Quan concorrin altres límits que porten a desestimar-la, com seria el cas d'unes diligències policials obertes per una possible infracció o delictes, ja que l'accés a aquesta informació perjudicaria la investigació.
- c) Si la informació que es demana és objecte de publicitat activa. Per exemple, imagina que us demanen saber qui ha rebut ajuts a la rehabilitació d'habitatges, o les retribucions d'alts càrrecs o personal directiu. Aquí no tindria cap sentit donar audiència als tercers afectats, ja que no podrien oposar-se a l'accés a una informació que estaria publicada al Portal.

Ja he dit abans que tampoc no cal donar audiència al tercer si les dades contingudes a la informació són especialment protegides. I si són d'aquelles que qualifiquem com especialment

⁴ En cas que s'hagi de revelar la identitat de la persona sol·licitant, cal consultar-ho prèviament amb aquesta en els termes que estableix l'article 62.4 del Decret 8/2021.

desprotegides? És a dir, si ens demanen l'accés a expedients on consta el nom de l'instructor o altres funcionaris o càrrecs que han participat en la tramitació, cal donar-los audiència?

D'entrada semblaria desproporcionat donar audiència aquí, quan la regla general és favorable a l'accés. Però no oblidis que, excepcionalment, pot prevaler la protecció de dades personals o altres drets constitucionalment protegits. Aquest podria ser el cas d'un empleat que és víctima de violència de gènere o testimoni protegit. Doncs bé, aquesta eventual situació excepcional podria ser desconeguda per qui tramita la sol·licitud d'accés. Per tant, sembla recomanable donar l'oportunitat als empleats i càrrecs públics que puguin comunicar aquesta situació excepcional, a l'efecte de tenir-ho en compte davant de sol·licituds d'accés d'informació.⁵ No caldria donar audiència amb motiu de cada sol·licitud, sinó que serviria un avís general previ per un canal adequat, com podria ser la intranet.

Tornant als casos en què cal donar audiència arran la sol·licitud d'accés, seria convenient advertir al tercer que, si no fa al·legacions en el termini esmentat, es podria considerar que no s'oposa a l'accés sol·licitat, i que no se li notificaria la decisió adoptada sobre la petició d'accés. Només és obligat notificar-la a la persona sol·licitant i als tercers afectats que han comparegut.

I si en l'audiència el tercer s'oposa a l'accés? Aquesta oposició per si mateixa no significa que hagi de prevaldre el seu dret o interès, en no vincular l'òrgan que resol. Però òbviament és un element rellevant que caldrà tenir en compte en la ponderació i que pot resultar determinant si en l'oposició s'aporten elements que permetin inclinar la balança a favor del límit.

Si malgrat l'oposició del tercer considerem que procedeix estimar la sol·licitud, cal motivar per què es fa prevaldre el dret d'accés. En tot cas, aquesta resolució estimatòria de l'accés, o la que després es confirmés en via de recurs o reclamació, no es podria fer efectiva fins tenir constància que el tercer no hagi interposat recurs contenciós administratiu en termini. En cas d'haver-lo interposat, es podria donar l'accés si el tercer no demana la mesura cautelar de suspensió. Si l'ha demanada, es podria donar si l'òrgan judicial la rebutgés, sense esperar la sentència.

En aquest vídeo hem parlat dels tràmits que cal fer si ens demanen informació que afecta tercers. En el proper vídeo també sentireu sovint el mot tràmit, però parlaré d'una cosa diferent. En concret, de l'accés als expedients en tràmit i els seus límits.

T'hi espero!

⁵ En aquest sentit, l'article 70.4 del Decret 8/2021 determina que als efectes de l'accés a dades personals merament identificatives, amb caràcter previ a l'inici de la prestació de serveis o ocupació del càrrec les administracions públiques han d'informar el personal, alts càrrecs i personal directiu que aquestes dades personals poden ser difoses o cedides, sense necessitat de donar-los el trasllat de la sol·licitud d'accés.