

LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Por PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS DATOS PERSONALES Y SU VALOR.—3. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES.—4. EL DERECHO ESPAÑOL DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.—5. LA PRIMERA JURISPRUDENCIA.—6. LA VIRTUALIDAD DE LAS REGLAS OBJETIVAS.—7. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES.—8. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 95/46/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995.

1. INTRODUCCIÓN

La protección de los datos personales es el principal aspecto de la tutela de los derechos de las personas frente al uso de la informática a la que se refiere el artículo 18.4 de la Constitución (1). Se trata de una preocupación novedosa en nuestro ordenamiento, tanto desde el punto de vista jurídico, cuanto desde la perspectiva de la sociedad, ya que son muchas las personas que todavía no son plenamente conscientes de su necesidad e, incluso, entre los juristas no se han despejado aún muchas de las dudas y confusiones iniciales. Me parece que han transcurrido ya los años suficientes desde que entraron en vigor las normas e instituciones que habían de brindar esa protección para que sea posible llevar a cabo una revisión de conjunto de lo que se ha conseguido. Por otra parte, el momento es oportuno, ya que estamos en vísperas de una modificación de cierto relieve de la Ley Orgánica que contiene el núcleo principal de ese conjunto normativo-institucional. Al mismo tiempo, a más de seis años de la interposición de varios recursos de inconstitucionalidad contra diversos

(1) Sobre esta cuestión, véase PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, y la bibliografía allí citada. Cfr., también, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

preceptos de ese texto legal, no parece que pueda —ni deba— demorarse más tiempo su decisión.

Conviene, no obstante, para disponer de una perspectiva más completa, hacer primero una breve descripción de los elementos que forman parte de esta materia. Asimismo, me parece útil recordar los pasos principales que condujeron a la aprobación de las leyes y otras normas dictadas en este ámbito y los problemas de fondo que pretenden afrontar. Sólo después tendrá sentido apuntar las dificultades principales que hasta ahora se han podido detectar en las regulaciones aprobadas y las que han surgido en la práctica de su aplicación.

La previsión constitucional de la tutela de los derechos frente al uso de la informática se proyecta sobre los datos personales e implica, por un lado, derechos y garantías para los titulares de esos datos de carácter personal. Por el otro, supone para quienes los recogen, tratan, transmiten, ceden o conservan, una serie de obligaciones en lo que se refiere a la calidad y a la seguridad de la información de esa naturaleza que manejan y a las condiciones en que pueden utilizarla, almacenarla, facilitarla o cederla. Además, implica restricciones a la posibilidad de acceder a ella por parte de terceros, así como límites respecto de los datos personales que pueden ser tenidos en consideración y, posteriormente, incorporados a los ficheros automatizados.

En fin, la importancia que se le da a esta materia y la necesidad de articular unos mecanismos de tutela adecuados a los riesgos que, por este flanco de la información personal automatizada, amenazan a los individuos explican que el legislador, explicitando el espíritu constitucional, se haya preocupado por fijar reglas objetivas sobre el tratamiento de estos datos, haya previsto procedimientos específicos de garantía para sus titulares y haya creado una institución pública, la Agencia de Protección de Datos, cuya razón de ser no es otra que la de velar por el cumplimiento de las normas que integran este nuevo sector del ordenamiento jurídico.

Es menester señalar que lo novedoso de esta materia —el Derecho de la Protección de Datos Personales y el bien jurídico que pretende satisfacer: la intimidad personal o la autodeterminación informativa (2)— no quiere decir que haya sido abordada con improvisación por nuestro legislador. Más bien puede decirse lo contrario: después de que la Constitución de 1978 fuese —con la portuguesa de 1976— una de las primeras en hacerse eco de la necesidad de dar carta de naturaleza, como derecho fundamental, a la salvaguarda de los datos personales frente al uso de la informática, sin embargo, la adopción de normas e instituciones concretas que dieran satisfacción a tal aspiración se fue retrasando año tras año. De esta manera, hasta finales de 1992, en que se legisla al respecto, España fue uno de los pocos países de Europa occidental carentes de una disciplina jurídica en este campo.

Cuando, por fin, las Cortes Generales deciden afrontar el desarrollo legislativo del artículo 18.4 del texto fundamental (3), tampoco tuvieron que inventar una normativa.

(2) Cfr., al respecto, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit., págs. 115 ss.

(3) Sobre las diferentes iniciativas legislativas que se ensayaron y sobre la elaboración de la ley vi-

Por el contrario, se beneficiaron de las enseñanzas del ya abundante derecho comparado sobre la cuestión y, sobre todo, tuvieron en cuenta las previsiones del Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, de protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (4). La consideración de ese documento internacional no quedaba a la discrecionalidad de las cámaras, sino que venía exigida por la propia Constitución, ya que, en su artículo 10.2, establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con (...) los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España». Y esto es lo que había sucedido con tal Convenio, pues fue ratificado el 27 de enero de 1984 y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el 15 de noviembre de 1985.

Así, pues, la existencia, de una obligación internacional, además de la propia exigencia de desarrollar la Constitución, no fueron estímulos suficientes para nuestro legislador durante un buen número de años. Ello, sin duda, se debió a una falta de conciencia de la entidad del problema que aquí subyace (5). Conviene, por tanto, volver, siquiera sea brevemente, a los intereses que están presentes para poner de manifiesto su relevancia.

2. LOS DATOS PERSONALES Y SU VALOR

El progreso científico y tecnológico ha traído consigo unas posibilidades antes insospechadas de reunir, almacenar, relacionar y transmitir todo tipo de información. Aplicada a la que se refiere a las personas, la combinación que las técnicas de la información, la automatización y la telemática ofrecen permite obtener, centralizar, utilizar, elaborados del modo que se desee, y conservar por tiempo ilimitado todo tipo de datos de carácter personal. De esta forma resulta que, normalmente, sin que medie advertencia alguna y, en consecuencia, sin que nos percatemos de ello, bien los poderes públicos, bien los sujetos privados, tienen —o pueden tener sin excesivo esfuerzo— conocimiento de amplias parcelas de nuestras vidas y utilizan esa información que de nosotros disponen en su beneficio, pero también de una manera que puede causarnos notorios daños (6).

gente, cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit., págs. 158 ss., e *Informática y protección de datos personales*, cit., págs. 15 ss., respectivamente.

(4) Sobre este Convenio, cfr. *El Consejo de Europa y la protección de datos personales*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997.

(5) A esa conclusión conducen, por ejemplo, los argumentos con los que la mayoría parlamentaria del momento rechazó las iniciativas de los grupos de la oposición que intentaron, por la vía de la proposición de ley, cumplir con el mandato constitucional del artículo 18.4. Cfr., al respecto, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit., págs. 165 ss.

(6) Véase, al respecto, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit., págs. 107 ss. Asimismo, MARÍA LUISA FERNÁNDEZ ESTEBAN: *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, especialmente págs. 115 ss.

Hay que advertir que el peligro potencial y real al que nos enfrentamos radica, por una parte, en el volumen de información, a menudo aparentemente irrelevante, que sobre nosotros se maneja. Por la otra, en la posibilidad cierta de obtener —mediante el tratamiento de esos datos— nuevos elementos informativos que nos afectan. En tercer lugar, en que tales procedimientos permiten lograr el conocimiento de aspectos de nuestra vida que, además de personales, merecen ya el calificativo de íntimos. Por último, existe el riesgo de que, a partir de ese cúmulo informativo, se elaboren o construyan perfiles de nuestra personalidad en función de los cuales se tomen decisiones sobre nuestros derechos y expectativas, por ejemplo, a la hora de conseguir una vivienda en alquiler, obtener un crédito bancario o una simple tarjeta de crédito o aspirar a un puesto de trabajo (7).

Ante todo ello, no es preciso dibujar las amenazas a las que nos enfrentamos. Viviríamos, de no tomar medidas de protección eficaces, en una suerte de casa de cristal, bajo la constante observación de unos pocos, a los que el conocimiento exacto y pleno de nuestras vidas, daría un enorme poder sobre los demás. Veríamos, así, en juego, no ya nuestra intimidad, sino, también, la identidad que nos es propia y, por tanto, la libertad que nos pertenece constitutivamente. Estaríamos en un mundo en el que la conciencia creciente de que otros disponen o pueden disponer en cualquier momento de información sobre todo lo que hacemos e, incluso, pensamos inspiraría comportamientos psicológicamente clónicos: tenderíamos a conducirnos en nuestras relaciones con los demás, no espontánea y libremente, sino de acuerdo con los patrones gratos a quienes controlan la información.

Ciertamente, este panorama pone de manifiesto en términos concretos y por oposición, lo que de valioso tienen los datos personales y la necesidad de establecer los medios para que el titular a quien pertenecen, el individuo al que corresponden, mantenga o recupere el poder de disposición y control sobre ellos. Cuanto se ha dicho resulta más claramente cuando se trata de datos delicados o sensibles, si es que queremos utilizar la terminología propia del Derecho de la Protección de Datos Personales y de la doctrina que sobre él se viene formando en los últimos años. Es decir, de aquellos que, por afectar al reducto más íntimo de la personalidad, requieren una garantía más fuerte. Son, claro está, los que se refieren a las creencias religiosas, filosóficas o ideológicas, los que afectan al origen racial, la sexualidad o a la salud.

3. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

No es cuestión de reproducir aquí el debate teórico sobre el *nomen iuris* que ha de encuadrar el conjunto de técnicas jurídicas que articulan esa tutela. Sabido es que las tendencias principales apuntan a utilizar ya sea el concepto de intimidad, ya sea

(7) A propósito de la incidencia de estos riesgos en las relaciones laborales, cfr. JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *Utilización y control de datos laborales*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997, en particular págs. 93 ss..

el de autodeterminación informativa para construir, a partir de él, el régimen jurídico que asegura esta protección. Hay argumentos para cada una de esas posturas aunque personalmente prefiero —y así lo he defendido (8)— la segunda. Ahora bien, lo importante es que, cualquiera que sea la denominación por la que se opte, nos hallamos en el ámbito de un derecho fundamental cuyo contenido jurídico está formado por los diferentes instrumentos que integran la protección de los datos personales y que posee un núcleo o reducto indisponible incluso para el legislador, como sucede con todos los derechos fundamentales (9).

Entre los elementos que lo componen nos encontramos, ante todo, con la exigencia del consentimiento informado del afectado como regla que ha de observarse antes de proceder a un tratamiento de este tipo de datos. Consentimiento que solamente puede ser obviado cuando la ley así lo permita. Luego, está el reconocimiento a todos de facultades positivas y negativas sobre la información personal que les afecta y que sea objeto de tratamiento o se halle en ficheros automatizados. Es decir, el derecho a conocer la existencia de ficheros en los que se tratan datos personales y, en particular, los derechos a acceder a los que se refieran al afectado, rectificar los incorrectos y cancelar los excesivos, inadecuados a la finalidad para la que se recabaron u obtenidos en violación de las normas legales. Como es natural, a estos derechos de los titulares de los datos personales, corresponden los correlativos deberes de quienes los acopian, tratan, transmiten, conservan o utilizan de cualquier manera. Existen, por otra parte, algunos datos que por su naturaleza particularmente sensible reciben una protección especial. Además, se han establecido reglas objetivas que han de presidir el tratamiento de los datos personales y, desde luego, se han creado instituciones, procedimientos e, incluso, sanciones específicas —penales y administrativas— para hacer efectiva tal protección y, a la postre, el derecho en causa.

(8) De nuevo, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit. págs. 115 ss.; ID: *Informática y protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 27 ss. Véase, además, ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO: en *Manual de informática y derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 43 ss. A este autor se deben los primeros y principales estudios sobre la materia. Ahora me limito a citar una de sus últimas aportaciones en la que resume sus puntos de vista. Además, MANUEL HEREDERO HIGUERAS: *Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Comentario y textos*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 11 ss.

(9) En efecto, ya se le denomine privacidad, como hace la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992, o derecho a la intimidad que es lo que prefiere la Directiva Europea 95/46. Sobre esta cuestión no existe discrepancia. Véanse las contribuciones más recientes a este debate que así lo subrayan en ÁLVARO A. SÁNCHEZ BRAVO: *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998, págs. 43 ss., quien sigue los planteamientos de PÉREZ LUÑO y JOSÉ FRANCISCO ETXEBERRÍA GURIDI: *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1998, págs. 29 ss.

4. EL DERECHO ESPAÑOL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

Se fundamenta en el artículo 18.4 de la Constitución y ha de inspirarse en el Convenio del Consejo de Europa núm. 108, de 1981. Está contenido, principalmente, en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD) y en sus reglamentos de desarrollo: el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos —puesta en marcha en 1994— y el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992 (10). Esta normativa, a la que cabe añadir las Instrucciones dictadas por la Agencia (11) y la doctrina jurisprudencial que luego se examinará, ha de adaptarse a las exigencias de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de

(10) Sobre la LORTAD y sus normas de desarrollo, cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *Informática y protección de datos personales*, cit. Asimismo, HEREDERO HIGUERAS: *La Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal...*, cit. Véase, asimismo, ANA ISABEL HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 1999; «La protección de datos personales (en la LORTAD y Derecho Comparado)», núms. 6 y 7 de *Informática y Derecho*, UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1994. Además, LUCRECIO REROLLO DELGADO: «Derechos de la personalidad y datos personales», en *Revista de Derecho Político*, núm. 44/1998, págs. 143 ss. Respecto de esta tutela en el ámbito de las Administraciones Públicas, véase CELESTE GAY FUENTES: *Intimidad y tratamiento de datos en las Administraciones Públicas*, Editorial Complutense, Madrid, 1995. Sobre su proyección en el ámbito jurídico laboral, véase FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, cit., págs. 165 ss. Por lo que hace a los datos relativos a la salud, véase PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: «El tratamiento jurídico de los documentos y registros sanitarios informatizados y no informatizados», en *Información y documentación clínica*, vol. II. CGPJ/Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1997, págs. 577 ss. Cfr., además los trabajos de JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ y CARLOS ROMEO CASABONA en esa misma obra. A propósito de los ficheros judiciales, cfr. el artículo 230.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los artículos 77 y ss. del Reglamento 5/1995, de 8 de junio, de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales. Sobre el particular, cfr. PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: «La confidencialidad de los datos personales: garantías en el proceso judicial», JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ (dir.): *La protección del derecho a la intimidad de las personas (ficheros de datos)*, CGPJ, Madrid, 1997, págs. 228 ss., así como los restantes trabajos contenidos en ese libro. Véase, igualmente, MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ (dir.): *Acceso judicial a la obtención de datos*. CGPJ, Madrid, 1997. Analiza también estas normas reglamentarias EYXEBERRÍA GURIDI: *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*, cit., págs. 59 ss.

(11) Las dictadas, por el momento, son las siguientes: Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, relativa a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito; Instrucción 2/1995, de 4 de mayo, sobre medidas que garantizan la intimidad de los datos personales recabados como consecuencia de la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un préstamo hipotecario o personal; Instrucción 1/1996, de 1 de marzo, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los edificios; Instrucción 2/1996, de 1 de marzo, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los casinos y salas de bingo; Instrucción 1/1998, de 19 de enero, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

estos datos, Directiva que ha adoptado algunos enfoques diferentes a los seguidos por nuestra ley (12). Por lo demás, el Código Penal de 1995 ha tipificado, por vez primera en nuestro Derecho, supuestos delictivos que se refieren a lesiones particularmente graves de la autodeterminación informativa o de la intimidad (artículos 197 y siguientes) (13).

A todo ello hay que añadir la primera —y hasta ahora única— ley autonómica que se ha dictado en este ámbito: me refiero a la Ley 13/1995, de 21 de abril, de regulación del uso de la informática, dictada por la Comunidad de Madrid, la cual ha creado y puesto en funcionamiento su correspondiente Agencia de Protección de Datos, institución de garantía que, naturalmente, tampoco existe en ninguna de las demás Comunidades Autónomas.

El resultado es un ordenamiento dotado de un apreciable nivel de complejidad y de buenas dosis de confusión que es preciso despejar. La complejidad deriva, por una parte, de la novedad de la regulación y de los conceptos y términos que maneja. Pero, por la otra, resulta también de la dificultad de conciliar los principios generales con las normas que, en ocasiones, resuelven, aparentemente en contra de aquéllos, los supuestos concretos (14). He utilizado para denominarlo la expresión Derecho de la Protección de Datos Personales, pues me parece que cuenta ya con la densidad necesaria para ser contemplado como un sector material específico y esa fórmula ayuda a identificarlo ya que responde a sus contenidos, particularmente al bien jurídico que pretende preservar y a la técnica que para ello emplea. En este contexto, falta la orientación de la doctrina —todavía muy escasa— y de la jurisprudencia —reducida, por el momento, a muy pocas sentencias—, tanto de los tribunales ordinarios, cuanto del Tribunal Constitucional, según vamos a ver a continuación. Antes, advirtamos, sin embargo, que el panorama descrito se complica adicionalmente porque la LORTAD, básicamente una norma de carácter general que no ha sido complementada por otras de alcance sectorial, no ha previsto —ni podría haberlo hecho aunque lo hubiera pretendido— soluciones para muchos de los proble-

(12) MANUEL HEREDERO HIGUERAS: *La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, ha estudiado su contenido desde la perspectiva del ordenamiento español. También se han analizado las consecuencias que implica la transposición de esta directiva en la obra colectiva *Jornadas sobre el Derecho español de la Protección de Datos Personales*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996. Recientemente, véase SÁNCHEZ BRAVO: *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, cit., págs. 121 ss.

(13) Cfr., al respecto, FERMÍN MORALES PRATS: «El Código Penal de 1995 y la protección de datos personales», en *Jornadas sobre el Derecho español de la Protección de Datos Personales*, cit., págs. 211 ss. Además, FRANCISCO BUENO ARÚS: «Los delitos relativos a la informática», en *El Código Penal de 1995: Parte especial*, Centre de Estudis Jurídics i Formació Especialitzada/CGPJ, Barcelona, 1998, págs. 187 ss.

(14) Me refiero, especialmente, al régimen de las cesiones de datos entre las Administraciones Públicas y a las limitaciones que experimentan los derechos del afectado ante los ficheros de titularidad pública. Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *Informática y protección de datos personales*, cit., págs. 95 ss. Por lo que se refiere a los de los cuerpos y fuerzas de seguridad, cfr. ETXEBERRÍA GURIDI: *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*, cit., págs. 101 ss.

mas que afloran en la realidad. Porque lo cierto es que hemos llegado a una situación en la que se hace una utilización masiva de la informática en todas las relaciones sociales y surgen cada día nuevos supuestos de conflicto entre las exigencias que impone el progreso social y económico y las que derivan de la defensa de los derechos fundamentales del individuo.

5. LA PRIMERA JURISPRUDENCIA (15)

El Tribunal Constitucional ha dictado, hasta el momento de escribir estas líneas, seis sentencias sobre la materia que nos ocupa, aunque todavía no se ha pronunciado sobre los recursos de inconstitucionalidad que se interpusieron contra la LORTAD por el Defensor del Pueblo, por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular y por el Consejo Ejecutivo y el Parlamento de Cataluña (16). Esas sentencias son la 254/1993, la 143/1994 y las 11, 33, 35 y 94/1998. Estas cuatro últimas se refieren todas ellas al mismo problema: la utilización por una empresa de datos personales relativos a la afiliación sindical de sus trabajadores para fines distintos de los que motivaron su recogida. Las otras dos afrontan el alcance del artículo 18.4 de la Constitución y la problemática del número de identificación fiscal, respectivamente. Por tanto, las cuestiones abordadas por la jurisprudencia constitucional son solamente tres. Veamos los aspectos principales de la doctrina que contienen.

La STC 254/1993 irrumpe con fuerza en este campo y ofrece soporte para hablar de la entrada en escena de un nuevo derecho fundamental en el ordenamiento español. Enlaza, pues, con cuanto afirma la Exposición de Motivos de la LORTAD que, también, se manifiesta en este sentido, si bien lo hace refiriéndose a un derecho a la privacidad, barbarismo que todavía circula entre nosotros. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional estima un recurso de amparo interpuesto contra la denegación del acceso por parte del afectado a sus datos personales obrantes en los ficheros de las Administraciones Públicas. La negativa a atender la solicitud se fundó en la falta de desarrollo legal en aquel momento del artículo 18.4 del texto fundamental. No obstante, el Tribunal Constitucional consideró que esa decisión vulneraba los derechos que emanan de ese precepto, interpretado a la luz del Convenio núm. 108 del

(15) A continuación se recogen solamente aquellas sentencias que se pronuncian sobre aspectos centrales del régimen del derecho a la autodeterminación informativa. En las distintas Memorias de la Agencia de Protección de Datos se da cuenta de todas aquellas que inciden, siquiera sea indirectamente o sobre sus aspectos colaterales, en el mismo.

(16) Sobre estos recursos, cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *Informática y protección de datos*, cit., pág. 23, nota 18 y en los epígrafes correspondientes al régimen de los ficheros de titularidad pública, en particular en lo relativo a las cesiones de datos entre las Administraciones Públicas (artículo 19 de la LORTAD) y a las excepciones que los artículos 21 y 22 de esa misma ley establecen para los ficheros de las fuerzas y cuerpos de seguridad y para los ficheros tributarios. Asimismo, se han impugnado las normas que limitan la intervención autonómica en esta materia a los ficheros de las Administraciones de las Comunidades Autónomas (artículos 40 y 41 de la LORTAD).

Consejo de Europa sobre la protección de datos personales, en su día ratificado por España. En particular, entendió que las facultades que, según este Convenio, los Estados han de reconocer a los particulares —entre las que se cuenta la de acceder a los datos que les afecten recogidos en registros informatizados— y los límites que de ellas han de derivar para quienes manejen informáticamente datos personales (17), debían erigirse en derechos subjetivos mediante la conexión interpretativa que impone el artículo 10.2 de la Constitución española en materia de derechos y libertades (18).

El pronunciamiento es, sin duda, contundente, tanto en lo que se refiere a esa concepción del bien jurídico que aquí se quiere proteger, cuanto por las consecuencias que extrae la sentencia de esa combinación entre los artículos 18.4 y 10.2 de la Constitución y las normas del Convenio 108 del Consejo de Europa sobre las facultades que han de ser reconocidas a las personas en lo que hace a la tutela de sus datos. Quiero decir que, en mi opinión, el Tribunal parece asumir las tesis de quienes defendemos la autonomía de la figura subjetiva que aquí está en juego. En efecto, su argumentación permite sostener esta posición mejor que la contraria cuando dice:

«... nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto que es, en sí mismo, un derecho fundamental, el derecho

(17) Cfr. el artículo 8 del Convenio, en el que se señalan las garantías complementarias para la persona concernida. Básicamente, consisten en el derecho a conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, el derecho a acceder a los datos que se refieran al afectado, el derecho a rectificarlos o a cancelarlos en determinadas circunstancias y el derecho a un recurso.

(18) Inicialmente, el Tribunal Supremo (STS de 30 de abril de 1990, Sala 3.^a) había entendido que del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa no podían deducirse, mediante la conexión con sus previsiones del artículo 18.4 vía artículo 10.2, ambos de la Constitución, derechos subjetivos para los afectados. El argumento central del Tribunal Supremo consistía en que el propio texto de ese Convenio dice que en él sólo se recogen principios que han de inspirar la regulación que establezcan los Estados. Luego es a éstos a quienes corresponde configurar las correspondientes posiciones subjetivas y del Convenio sólo emana para el Estado la obligación de desarrollar la actividad legislativa y reglamentaria que permita aplicarlo. El Tribunal Constitucional, en cambio, prescindirá de ese razonamiento formal y llegará a una conclusión contraria tras el análisis del contenido del Convenio, visto que su articulado perfila con suficiente precisión las facultades que los sujetos han de disfrutar en esta materia y los correlativos deberes de quienes se encuentren en el polo pasivo de la relación jurídica. Sobre esta sentencia constitucional, véase LUIS MIGUEL ARROYO YANES: «El Derecho de Autodeterminación Informativa frente a las Administraciones Públicas (Comentario a la STC 254/93, de 20 de julio)», en *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 16/1993, págs. 119 ss. Igualmente, ANA ROSA GONZÁLEZ MURÚA: «Comentario a la STC 254/1993, de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la protección de los datos personales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 37/1994, págs. 227 ss. También, IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ: «Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41/1994, págs. 187 ss.

a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama la informática» (19).

Es verdad que en posteriores fundamentos jurídicos esta sentencia vuelve a hablar del derecho a la intimidad —aunque utiliza una vez la expresión libertad informática (20)— y que su conclusión relaciona con ese derecho fundamental las diferentes facultades para la protección de los datos personales que, a partir del Convenio 108, considera que reconoce nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, pienso que la confusión, más que contradicción, puede ser aclarada. Vistos los términos en que la sentencia se expresa, el bien jurídico en presencia y la posición que ha mantenido en sus decisiones más recientes, es razonable pensar que el cambio de perspectiva en que incurre obedece más a la falta de familiaridad del Tribunal con los conceptos propios del Derecho de la Protección de Datos Personales, en paralelo a la mayor parte de la doctrina, que a una convicción jurídica. Porque, en efecto, no tiene sentido subrayar la presencia de una nueva garantía fundamental para, después, concluir que no es otra cosa que una manifestación del derecho a la intimidad. Mas bien da la impresión que lo que pretende señalar la sentencia es que nos encontramos ante una novedad: la que representa una faceta de ese derecho hasta ahora no percibida. Pero, situada la cuestión en ese plano, entonces se halla en el mismo terreno escogido por quienes prefieren defender la entrada en escena de una nueva figura de derecho fundamental.

En otro orden de consideraciones, no puede ocultarse la relevancia de esta sentencia en lo que se refiere al alcance que atribuye a la cláusula del artículo 10.2 a la hora de integrar o, incluso, sustantivizar derechos fundamentales a partir de documentos internacionales. Es evidente que, de aplicarse en todos los casos semejantes el criterio aquí seguido, se pueden producir consecuencias muy importantes. Ni más ni menos por el cauce del artículo 10.2 se introducirán nuevos derechos o se ampliarán las facultades que conforman el contenido de los ya reconocidos a partir de muy escuetas previsiones constitucionales, siempre que España haya ratificado tratados o convenios en los que se contengan desarrollos de tales enunciados de la Constitución. Es verdad que, en este caso, la precisión con la que en el Convenio 108 se definen las facultades que han de ser reconocidas a las personas y los límites a observar por quienes manejan los datos protegidos, junto con los términos en los que se manifiesta el artículo 18.4, han facilitado la conclusión del Tribunal en este supuesto. No obstante, eso no priva de valor a la posición adoptada (21).

(19) Fundamento jurídico 6.º

(20) Que es la que prefiere PÉREZ LUÑO y, de acuerdo con sus puntos de vista, SÁNCHEZ BRAVO. Cfr. sus obras citadas en las notas 8 y 9.

(21) Claro que es muy difícil sustraerse a la impresión de que la existencia de la LORTAD, en el momento en que se produce este fallo del Tribunal Constitucional, ha condicionado decisivamente su sentido.

La STC 143/1994 admitió la constitucionalidad del Número de Identificación Fiscal (NIF), tal como está regulado en la actualidad (22), entendiendo que las cautelas y garantías que rodean su utilización, especialmente las derivadas de la LORTAD, salvan las objeciones que, de otro modo, podría merecer desde la perspectiva del derecho a la intimidad. No obstante, se trata de una sentencia, en buena medida, contradictoria y poco sensible a las preocupaciones que presiden el Derecho de la Protección de Datos Personales. Me refiero a que todo su razonamiento se funda en una concepción tradicional del derecho a la intimidad y a que, si bien se resiste a admitir que el NIF pueda constituir una amenaza potencial para los aspectos económicos de la intimidad, acaba concluyendo que, efectivamente el riesgo no existe, no porque sea imposible, sino porque las cautelas establecidas por el ordenamiento jurídico para su utilización lo conjuran. Es decir, acaba admitiendo lo contrario que al principio anuncia: sí hay peligro, pero ha sido atajado por el legislador, por cierto, añadimos nosotros, después de que el NIF hubiese sido creado y su aplicación hubiese comenzado, ya que las principales medidas de protección en las que la sentencia ve la garantía del derecho a la intimidad son las que aporta la LORTAD, dos años posterior a las normas vigentes sobre el NIF.

Es preciso advertir que, en esta ocasión, el Tribunal Constitucional no ha tenido en cuenta que existen ejemplos en los que se ha llegado a prohibir constitucionalmente la adjudicación de un número único de identificación personal a los ciudadanos (23). Y tampoco tomó en consideración los trabajos que estaban en curso sobre la materia en la Unión Europea en el momento de dictarse esta sentencia. Precisamente, los que llevaron, un año más tarde, a la equiparación de estos códigos —en la Directiva 95/46— con los datos personales a proteger. Cosa ésta que ha acabado sucediendo también en España, si bien mediante la ampliación, vía reglamentaria, del concepto de dato personal (24). En todo caso, es significativo que siendo los números de identificación personal uno de los problemas más debatidos en el marco de la protección de datos personales, habida cuenta de los riesgos que pueden acarrear para la autodeterminación informativa, el Tribunal Constitucional pase por alto —más bien, descarte— esa potencial peligrosidad. Naturalmente, lo que procede es justamente lo contrario: de ahí que se proponga la introducción de fuertes límites a la utilización de este instrumento, pues no se desconoce su idoneidad para centralizar información personal diseminada en ficheros automatizados públicos y privados (25).

(22) Este código numérico ha de ser utilizado en las relaciones de los contribuyentes con las Haciendas Públicas, así como en todas aquellas relaciones de carácter patrimonial que mantengan, incluso, entre particulares. Su regulación se encuentra en el Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo, a partir de una previa habilitación legislativa concedida por Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988. El Real Decreto 1393 /1998, de 4 de agosto modificó el artículo 15 de aquél.

(23) Es el caso de Portugal, cuya Constitución lo prohíbe en el artículo 35.5.

(24) Me refiero al artículo 1.4 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

(25) Sobre estas cuestiones, cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *El derecho a la autodeterminación*

Las SSTC 11, 33, 35 y 94/1998, enlazan con la doctrina establecida en la primera de las sentencias constitucionales citadas. Se refieren a varios casos en los que una empresa pública —RENFE— utilizó su fichero de datos sobre afiliación sindical (26) para confeccionar una relación de trabajadores, pertenecientes al sindicato que había convocado una huelga, a los efectos de detraerles la parte proporcional del salario correspondiente al período de duración de aquella (27). En los supuestos contemplados por estas sentencias se dio, además, la circunstancia de que esos trabajadores recurrentes no secundaron la convocatoria, mejor dicho, no tuvieron ocasión de hacerlo pues tuvo lugar fuera de su jornada laboral.

En estos casos, el Tribunal Constitucional da algunos pasos significativos. En particular en la primera y en la última de estas sentencias, pues la 33 y la 35/1998 se remiten en su fundamentación a la contenida en la STC 11/1998 (28). En esta decisión el supremo intérprete de la Constitución argumenta desde la convicción de que nos encontramos ante un nuevo derecho fundamental: el de controlar el flujo de informaciones que conciernen a una persona. Derecho que comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención. Es, pues, receptiva la sentencia a las posiciones que reclaman el *status* de *habeas data* como presupuesto desde el que organizar la protección de los datos personales. Tal planteamiento es muy importante, porque, despejando la confusión antes señalada a propósito de la STC 254/1993, abandona la óptica tradicional de la tutela de la intimidad y asume las nuevas interpretaciones que defienden la afirmación del derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática.

En esa línea profundiza la STC 94/98. En efecto, dice respecto del artículo 18.4 de la Constitución, que

«no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, sino que consagra *un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada*

informativa, cit., págs. 189 ss.; ID.: *Informática y protección de datos personales*, cit., págs. 72 ss. Además, JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN: «Constitucionalidad del número de identificación único», en *Jornadas sobre el Derecho español de la Protección de Datos Personales*, cit., págs. 55 ss., quien señala, además de los peligros que implica, su incompatibilidad con la dignidad de la persona, en la medida en que la reduce a una mera fórmula numérica. Este trabajo se publica también en el último número del año 1998 de la revista *Jueces para la Democracia*, págs. 7 ss.

(26) Cuya razón de ser es facilitar la percepción por los sindicatos de la cuota de sus afiliados en la empresa. Ésta detrae del salario de los trabajadores sindicados el importe de esa cuota y lo transfiere directamente a las centrales sindicales, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical.

(27) En virtud de lo dispuesto en el artículo 6 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

(28) Sobre esta sentencia y sobre la STC 35/1998, véase el comentario de SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO: «La informática y su potencialidad lesiva frente al derecho de libertad sindical», en *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 30, febrero de 1999, págs. 10 ss.

persona —a la «privacidad», según el neologismo (29) que reza en la Exposición de Motivos de la LORTAD—, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos. Trata de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios» (f.j. 6.º) (s.d.a.).

Pero la STC 11/1998 contiene, además, otros puntos de interés. En lo que hace a los elementos esenciales de este derecho, subraya la importancia que tiene la finalidad para la que se recogieron los datos. Así, junto con el consentimiento libre e informado del afectado o la autorización legal, la finalidad se convierte un factor determinante de la protección de datos pues circunscribe el uso que de ellos pueda hacerse, prohibiendo, por tanto, que se aprovechen para otros objetivos diferentes, no comprendidos en el consentimiento del titular de los datos personales o en la habilitación legal. En el caso que resuelve la sentencia, la irregularidad determinante de la violación del derecho fundamental ha consistido en que la empresa, responsable del fichero de afiliación sindical, ha utilizado un dato, recogido con la finalidad exclusiva de deducir de la retribución de los trabajadores la cuota de afiliación sindical e ingresarla directamente en la cuenta del sindicato al que cada uno pertenezca, para un fin diferente: operar las detracciones salariales que autoriza la legislación sobre el derecho de huelga. Ciertamente, este objetivo, distinto del que fundamentó la recogida del dato de la afiliación sindical, es el que generó la lesión del derecho a la autodeterminación informativa (30).

Sobre estas ideas vuelve la STC 94/1998, pues recalca el principio cardinal de la protección de los datos personales consistente en la congruencia y la racionalidad que han de presidir su utilización. Estas exigencias, consignadas en la LORTAD y derivadas del recto entendimiento del artículo 18.4 de la Constitución, requieren que medie «una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata informáticamente y el legítimo objetivo para el que se solicita y, en consecuencia, prohíbe tajantemente el uso de los datos para finalidades distintas de las que motivaron su recogida (...)» (f.j. 4.º).

Por último, la STC 11/1998 añade otra reflexión significativa. Tiene que ver con el carácter instrumental que posee este derecho (31). En efecto, si la protección de la información personal ante los peligros derivados de su tratamiento automatizado es un bien jurídico valioso por sí mismo, también posee una dimensión instrumental en la medida en que sirve para garantizar otros derechos. Esta doble cualidad no es ajena a los derechos fundamentales y, lejos de devaluarlos, incrementa su relevancia. En el

(29) Más bien se trata, según se ha dicho antes, de un barbarismo. Privacidad procede del inglés *privacy*.

(30) Todo ello con independencia de la circunstancia, acreditada en los autos y ya mencionada, de que los trabajadores recurrentes en amparo, si bien pertenecían a uno de los sindicatos convocantes de la huelga, no participaron en ella, por encontrarse fuera de servicio en el período en el que aquélla tuvo lugar.

(31) Sobre el particular, véase LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *Informática y protección de datos personales*, cit., págs. 35-36.

caso aquí contemplado, el derecho a la autodeterminación informativa es instrumental respecto de la libertad sindical reconocida por el artículo 28.1 de la Constitución (32).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es aún más escasa y todavía permanece anclada en los parámetros tradicionales. Durante tiempo su única sentencia significativa (33) ha sido la de su Sala Tercera, de 3 de marzo de 1995 (34). Se trata de una decisión que, razonando desde la perspectiva del derecho a la intimidad, confirma la interpretación llevada a cabo por el Consejo General del Poder Judicial del concepto de interesados al que se refieren los artículos 235 y 266.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La cuestión debatida es la de a quiénes reconoce el legislador el interés para acceder al contenido de las resoluciones judiciales que constan en los libros, registros y archivos judiciales (35). A juicio de la Sala, es necesario precisar la noción de interesado. En particular, dice lo siguiente:

«El interés legítimo que es exigible en el caso, sólo puede reconocerse en quien, persona física o jurídica, manifiesta y acredita, al menos "*prima facie*", ante el órgano judicial, una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso —y, por ende, de la sentencia que lo finalizó en la instancia—, bien con alguno de los actos procesales a través de los que aquél se ha desarrollado y que están documentados en autos, conexión que, por otra parte, se halla sujeta a dos condicionamientos: a) que no afecte a derechos fundamentales de las partes procesales o de quienes de algún modo hayan intervenido en el proceso, para salvaguardar esencialmente el derecho a la privacidad e intimidad personal y familiar, el honor y el derecho a la propia imagen que eventualmente pudiera afectar a aquellas personas; y b) que si la información es utilizada, como actividad mediadora, para satisfacer derechos o intereses de terceras personas, y en consecuencia adquiere, como es el caso, un aspecto de globalidad o generalidad por relación no a un concreto proceso, tal interés se mantenga en el propio ámbito del Ordenamiento jurídico y de sus aplicadores, con carácter generalizado, pues otra cosa sería tanto como hacer partícipe o colaborador al órgano judicial en tareas o actividades que, por muy lícitas que sean, extravasan su función jurisdiccional» (fundamento 5.º).

(32) Véase al respecto el fundamento jurídico 6.º de la STC 94/1998. Este caso guarda relación con el contemplado por la STC 292/1993, de 18 de octubre. Aquí el Tribunal Constitucional amparó la pretensión de una organización sindical de negarse a facilitar a la empresa la relación de sus afiliados que ésta requería para comprobar la implantación de aquella entre sus trabajadores. El Tribunal entendió que la preservación de la libertad sindical exigía amparar al recurrente. Aunque no menciona el derecho a la autodeterminación informativa, ni el derecho a la intimidad, sí relaciona la sentencia la libertad sindical con la libertad ideológica reconocida por el artículo 16 de la Constitución. Por eso, puede considerarse esta decisión jurisdiccional en la línea de la que, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, se ha llamado *privacy in group association*. Cfr. GERALD GUNTHER: *Constitutional Law*, 11.ª ed., Foundation Press, Mineola, Nueva York, 1987, págs. 1350 ss.

(33) Me refiero a las posteriores a la entrada en vigor de la LORTAD. Antes, ya se ha dicho más arriba, la Sala Tercera había dictado la STS de 30 de abril de 1990, sobre el alcance del Convenio 108 del Consejo de Europa en virtud del artículo 10.2 de la Constitución.

(34) Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1995/2292.

(35) El Consejo había consignado su criterio en dos acuerdos de su Pleno de 10 de abril de 1991.

A falta, pues, de esa específica conexión con el proceso no se posee la condición de interesado. Ni la publicidad del proceso (artículo 120.1 de la Constitución), ni el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz [artículo 20.1.d)] impiden este entendimiento, pues no padecen como consecuencia de él. En efecto, la primera no equivale a la distribución general e íntegra del texto de las sentencias y otras resoluciones y el segundo no estaba en causa en el proceso que concluye con la decisión que nos ocupa. Lo que el recurrente en realidad pretendía era hacerse sistemáticamente con la información de carácter personal consignada en esos documentos para nutrir con ella sus bases de datos y desarrollar en mejores condiciones una de las actividades que constituyen su objeto social: suministrar a sus clientes, mediante contraprestación, informes sobre solvencia económica de terceros. Por eso, la Sala, en consideración a cuanto señalan el artículo 18.4 de la Constitución y la LORTAD y visto que, con arreglo a los criterios por ella establecidos, la empresa recurrente no podía aspirar a la condición de interesado, opta por proteger el derecho a la intimidad de los afectados y desestima el recurso.

También ha dictado esa misma Sala Tercera del Tribunal Supremo la sentencia de 5 de junio de 1995, pero es común opinión el desacuerdo con el que se pronuncia sobre los derechos del afectado (36).

En fechas recientes, se ha producido la primera decisión de la Sala Segunda. Se trata de su sentencia de 18 de febrero de 1999 en la que, con motivo de un recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una sentencia absolutoria de la Audiencia de Las Palmas de Gran Canaria por un delito de revelación de secretos, el Tribunal Supremo se ocupa de precisar la interpretación que merece el artículo 197, en sus apartados 2, 3 y 5, del Código Penal. Los hechos juzgados consistían en el proceder de un periodista que dio noticia, publicada en el *Diario de Las Palmas*, de que dos reclusos enfermos de SIDA, cuyos nombres y apellidos desvelaba, trabajaban en las cocinas de la prisión provincial de El Salto del Negro. El autor había conseguido identificar a esas dos personas a través del cruce de dos listados extraídos de registros informatizados: uno de ellos contenía la relación de reclusos de ese centro penitenciario aquejados de esa enfermedad; el otro incluía los nombres de los que trabajaban en las cocinas. Sólo los dos mencionados en el periódico figuraban en ambas listas. El informador apelaba a las autoridades de la prisión para que, de confirmarse los datos que él ofrecía, tomaran medidas urgentes que evitaran posibles contagios.

La Audiencia Provincial absolvió al periodista del delito de revelación de secretos, pese a estimar probados los hechos relatados. El Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y dicta una segunda en la que condena al autor de la información.

(36) Cfr., al respecto, el parecer de la Agencia de Protección de Datos, en su *Memoria 1995*, págs. 184-185. Asimismo, véase el comentario de JOSÉ MARIA ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ en «La confidencialidad de los datos tributarios y el derecho de acceso de los contribuyentes», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 226, de 21 de diciembre de 1995. Asimismo, cfr. HEREDERO HIGUERAS: *La Ley Orgánica 5/1992...*, cit., págs. 168-169.

Es interesante advertir que la Sala, al apreciar la indebida aplicación que ha hecho la Audiencia del artículo 197 del Código Penal, es consciente de la novedad de la norma que ha de aplicarse a este caso y, por eso, se detiene en fundamentar su decisión. Es en este punto donde se hace eco del bien jurídico subyacente: la libertad informática o el propio del *status de habeas data*, pero, al igual que sucede en la primera de las sentencias constitucionales que se han examinado, inmediatamente después de hacer estas referencias, que pertenecen al arsenal conceptual de quienes argumentan la existencia de un derecho de nuevo cuño en este ámbito (37), añade que los delitos contemplados en el tipo básico de esa disposición (su apartado 2.º) «atentan contra la intimidad de las personas desvelando o, más ampliamente, haciendo un uso ilegítimo de los datos personales insertos en un programa informático» (fundamento 1.º).

Ahora bien, si puede llamar la atención la inicial confusión del Tribunal Constitucional, en el caso de la Sala Segunda hay razones que permiten explicar su posición. Me refiero a que está condicionada por lo que el Código Penal dispone al respecto y ese cuerpo legal tipifica estas figuras del delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Título X de su Libro II, bajo la rúbrica «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio». Es cierto que la terminología utilizada por el legislador no tiene por qué vincular necesariamente a la hora de establecer los conceptos dogmáticos (38). No obstante, es también comprensible que los primeros pasos dados en la aplicación de nuevas normas, precisamente aquellas que marcan el tránsito desde una concepción preinformática de la tutela penal de la personalidad a otra que utiliza las sanciones más rigurosas —las privativas de libertad, incluso— para castigar las agresiones más graves a ese bien jurídico que es la autodeterminación informativa, se ajusten al tenor literal de las disposiciones legales.

Por lo demás, es interesante destacar las precisiones que hace la sentencia en lo que toca a los aspectos principales de los delitos tipificados en el artículo 197. Así, conviene subrayar que no es necesario que concurra el ánimo de perjudicar al titular de los datos a los que se accede ilegítimamente. Entre otras razones, la Sala aduce en defensa de su tesis que a esa solución conduce

«la propia relevancia constitucional del bien jurídico lesionado por el delito, cuya protección penal no puede estar condicionada, so pena de verse convertida en ilusoria, por la improbable hipótesis de que se acredite en quien atente contra él, el deliberado y especial propósito de lesionarlo».

(37) En particular, utiliza las categorías difundidas entre nosotros por PÉREZ LUÑO en sus distintas obras sobre la materia. El profesor de Sevilla sostiene que la libertad informática es el nuevo derecho fundamental que vertebra la tutela de los intereses propios del *status de habeas data*. Cfr., por ejemplo, una de sus últimas contribuciones al respecto: ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, «La tutela de la libertad informática», en *Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales*, cit., págs. 91 ss.

(38) En este sentido, es habitual la cita de CARLO ESPOSITO, *La validità delle leggi*. Giuffrè, Milán, 1964 (reimpresión inalterada de la edición de 1934), pág. 69: «é compito del legislatore di emanare disposizioni giuridiche, e non di darne una costruzione dommatica vincolante».

Ahora bien, al distinguir la información objeto de la tutela penal, la sentencia advierte que, toda vez que «el delito se consuma tan pronto el sujeto activo “accede” a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición», no todos los datos reservados de carácter personal o familiar pueden ser objeto del delito contra la libertad informática. Es menester, además, «la existencia de un perjuicio para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar (...) al titular de los datos o a un tercero». Se comprende fácilmente la dificultad de determinar cuándo se produce ese daño. Por eso, la sentencia se limita a avanzar un criterio general: el desvelamiento de un dato personal o familiar origina tal perjuicio

«siempre que se trate de un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera “sensible” por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta, dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar» (fundamento 2.º).

Se puede apreciar que, en este punto, el Tribunal Supremo se ve obligado a trazar la distinción básica a partir de la que se construye el ámbito propio del derecho a la autodeterminación informativa: la que diferencia entre la intimidad más estricta y lo que queda fuera de ella pero sigue siendo información de carácter personal. Pero volviendo ahora a lo que se señalaba a propósito del daño, no cabe duda de que, en el caso enjuiciado, no reviste complicación apreciar la existencia de ese perjuicio. En efecto, hacer público que una persona padece el SIDA depara un claro daño moral y económico habida cuenta de la alarma social y de las reacciones que se producen ante esa enfermedad (39).

En otro orden de consideraciones, es particularmente importante que el Tribunal, al analizar en qué medida la conducta del acusado podría estar amparada por el derecho fundamental a comunicar y recibir libremente información, concluye —a la luz de la jurisprudencia constitucional (40)— que, a pesar de la posición preferente que es propia de los derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución, en este caso su ejercicio ha comportado una lesión injustificada del «derecho a la intimidad de dos personas, mediante la ruptura de la reserva de los datos incluidos en un registro informático». Porque, siendo cierto que los hechos de los que el acusado da cuenta son hechos noticiables cuyo conocimiento interesa a la opinión pública —que tiene derecho a estar informada de la situación sanitaria de los centros penitenciarios— y siendo verdad, también, que todo ello guarda relación con el interés colectivo a remediar los eventuales fallos de la Administración a impulso de la presión de la opinión pública, esos objetivos podían ser satisfechos sin necesidad de divulgar la identidad de las personas afectadas (41).

(39) Se apoya el Tribunal Supremo en este punto en la STC 20/1992, de 14 de febrero.

(40) Tal como la resume la STC 85/1992, de 8 de junio.

(41) Lo noticiable, dice la sentencia en su fundamento 6.º, «era la mera presencia de enfermos de SIDA en la cocina de la prisión no la identidad de los mismos».

Este sucinto examen de las sentencias constitucionales y del Tribunal Supremo que hasta el momento se han ocupado de distintos aspectos del derecho a la autodeterminación informativa muestra el estadio preliminar en el que, como la mayor parte de la doctrina, se halla la jurisprudencia en esta materia. No obstante, la orientación que parece irse afirmando en el Tribunal Constitucional, si no experimenta movimientos de reflujo, contribuirá a llevar la interpretación judicial a los cauces más coherentes con los valores y bienes que el Derecho de la Protección de Datos Personales aspira a garantizar.

6. LA VIRTUALIDAD DE LAS REGLAS OBJETIVAS

Fuera de este marco, que es el que trazan las normas vigentes y sus primeras interpretaciones judiciales, poco más puede añadirse en términos concretos. Es preciso volver a los principios del Derecho de la Protección de Datos y, en particular, a sus reglas básicas, todas ellas positivizadas por la LORTAD e inspiradas por el Convenio 108 del Consejo de Europa, pues ayudan a precisar el contenido esencial del derecho que examinamos. Me refiero a las siguientes:

1.^a Las que apuntan a la relación que debe existir entre el tratamiento informático de datos personales que se pretende y el cumplimiento de una finalidad legítima. Se trata de una relación de necesidad. Es decir, el tratamiento ha de ser necesario para lograr ese objetivo legítimo. Naturalmente, la desaparición de esa necesidad, elimina el presupuesto que ampara el tratamiento y dota, de este modo, de un carácter de temporalidad a la conservación y utilización de esta información.

2.^a Las que se refieren a la adecuación que entre finalidad e información utilizada debe existir. Esta exigencia añade a la anterior el fundamental elemento de la proporción o medida: el tratamiento, además de necesario, ha de ser adecuado, es decir, razonable a la vista del fin que se pretende.

3.^a También hay que incluir la regla que impone la recogida leal de los datos. La lealtad en este terreno requiere el consentimiento informado del interesado o la cobertura de una autorización legal.

4.^a Igualmente, ha de jugar la exigencia de la calidad de la información obrante en el fichero o sometida a tratamiento. Calidad por la que debe velar quien la recoge o utiliza y consiste en la veracidad, exactitud y actualidad de los datos personales que se manejan. Insisto en que corresponde al responsable del fichero o del tratamiento el deber de asegurar esa calidad, aunque, naturalmente, el afectado pueda exigirla a través de las facultades que integran su derecho a la autodeterminación informativa.

5.^a Además se han de añadir las cautelas a observar en los supuestos en los que se ceda esa información personal automatizada y a la necesidad de que sólo tenga lugar tal cesión cuando, mediando consentimiento del afectado o autorización legal se guarde la conexión de finalidad, así como la proporción, que están en el origen de la recogida de esos datos personales.

6.^a Por fin, debe tenerse bien presente el respeto a los derechos del interesado que no han de padecer otras limitaciones que las expresamente establecidas por la ley y aun éstas, cuando concurren, han de motivarse por quien pretenda hacerlas efectivas.

A pesar de la abstracción con la que están formulados, considero que estos criterios pueden ser especialmente útiles a la hora de resolver los problemas que se susciten en la práctica. A través de ellos ha de ser posible suplir algunas insuficiencias del vigente régimen jurídico y superar —siempre desde la perspectiva de afianzar el derecho fundamental que se sostiene en el artículo 18.4 de la Constitución— parte de las dudas que la regulación dedicada por la LORTAD a algunas materias ha provocado en la doctrina.

7. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Sabemos que la técnica jurídica de la protección de los datos personales ante el uso de la informática nace y existe para hacer efectivo el derecho a la autodeterminación informativa que brota del artículo 18.4 de la Constitución. Es decir, se trata de un conjunto de normas e instituciones cuya razón de ser es la de ofrecer una primera línea de defensa especializada de este derecho fundamental, sin perjuicio de las demás que a este tipo de derechos reconoce el ordenamiento jurídico.

En general, conviene efectuar este recordatorio siempre que se alude al Derecho de la Protección de Datos Personales porque solamente entonces se capta su verdadero sentido y se pone un medio muy importante para tomarlo en serio (42). En efecto, el artículo 18.4 no es fruto del mero divertimento, ni del refinamiento de los juristas. Al contrario, busca ofrecer protección para riesgos actuales, importantes y crecientes a los que se enfrentan las personas, de los que, sin embargo, muchos no son conscientes. Y sin una conciencia clara de la entidad del problema, no es fácil alcanzar las soluciones necesarias.

No hay duda de que cuando lo que está en juego es la supervivencia o la libertad personal, no preocupa el control de la información sobre uno mismo que circula por diversos ficheros automatizados o que es sometida a tratamientos de esa naturaleza. No obstante, del uso indebido de ese flujo de información —según hemos dicho— pueden brotar agresiones muy graves, si no a la vida misma, sí a la propia dignidad, a la libertad, a la intimidad, al trabajo o al patrimonio personal. Por tanto, es preciso insistir, hay que tomarlo en serio porque solamente si se aprecia en lo que vale será posible promover en las personas la conciencia previa a la adopción de posturas activas encaminadas a preservar sus derechos.

(42) Sobre esta idea cfr. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1/1988, págs. 239 ss. En general, véase RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1995.

Tal como, en su día, señaló Rudolf von Ihering, es preciso luchar por el Derecho (43). Aquí es menester luchar por los derechos que nos protegen de los riesgos de la informática. Por eso, una de las tareas principales que tenemos pendiente —y que afecta especialmente a las autoridades de control en esta materia— consiste en dar a conocer el haz de derechos de la persona que el legislador ha explicitado para que, de este modo, sean sus propios titulares quienes asuman su defensa (44). Lo que, por otra parte, es lo apropiado en quienes son libres y responsables en su conducta.

No obstante, los indicios no son precisamente optimistas. Las *Memorias* de la Agencia de Protección de Datos española (45) reflejan un creciente conocimiento, de su existencia y de los derechos que está llamada a proteger. No obstante, no pueden sino reconocer la gran tarea que todavía queda por realizar. Por lo demás, si de las referencias empíricas pasamos a algunos indicadores aislados, pero muy significativos, se podrá valorar con más precisión lo que estoy señalando. Así, al margen de las habituales inercias y renuencias administrativas que provoca la creación de un nuevo ente como la Agencia y que se traducen en la omisión de algunos trámites preceptivos, normalmente por desconocimiento (46), hemos podido encontrar, nada menos que en el Tribunal Supremo, alguna sentencia que no sintoniza con las normas vigentes sobre la materia en el momento en que se pronunció (47).

Menos mal que, a veces, esa ignorancia rinde unos frutos imprevistos. Así, gracias al Alcalde de Madrid, la Agencia de Protección de Datos pudo dar un gran paso adelante en su esfuerzo informativo (48). Ahora bien, sin perjuicio de insistir en la

(43) RUDOLF VON IHERING, *La lucha por el Derecho* (Presentación de LUIS DíEZ-PICAZO. Versión española y nota introductoria de Adolfo Posada. Prólogo de Leopoldo Alas «Clarín»). Civitas, Madrid, 1989. Véase, además, PABLO LUCAS VERDÚ, *La lucha por el Estado de Derecho*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1975, págs., 125 ss. quien extiende el llamamiento del maestro al propio Estado de Derecho.

(44) Éste es el parecer de la Agencia de Protección de Datos española. Cfr. su *Memoria de 1994*, Madrid, 1995, págs. 136-137, donde se afirma que, ante el carácter personalísimo de los derechos de los que nos ocupamos, «solamente la persona interesada en la protección de su intimidad podrá alcanzar una defensa eficaz frente a la misma, o lo que es igual, es necesaria la colaboración activa del ciudadano...». Véanse, en este mismo sentido, las reflexiones de ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO sobre el *status activus processualis* que, retomando ideas expuestas en otros trabajos suyos, recoge en «La tutela de la libertad informática», en *Jornadas sobre el Derecho español de la Protección de Datos Personales*, cit., págs. 91 ss.

(45) Me refiero a las de 1994, 1995, 1996 y 1997. No se ha podido disponer de la de 1998, en prensa al escribirse estas líneas.

(46) Véase cuanto se dice en la *Memoria de 1994* de la Agencia de Protección de Datos, págs., 129 ss. y en la de 1996, pág. 67.

(47) Me refiero a la STS (Sala 3.ª), de 5 de junio de 1995, antes citada.

(48) Tal fue el caso de las manifestaciones públicas del alcalde de la capital de España, en el mes de septiembre de 1996, declarando su desconocimiento sobre la Agencia de Protección de Datos y confundiéndola con algo parecido a una agencia de viajes. La carta que le dirigió el Director de la Agencia de Protección de Datos, publicada por la prensa madrileña, informando al regidor municipal de la naturaleza y funciones de este ente público, alcanzó una gran difusión.

importancia decisiva de ese empeño, importa subrayar que esa falta de conocimiento se presenta, a veces, de una forma más sutil pero no menos perjudicial que la otra. Es la que va aparejada a la actitud que contempla los derechos propios de la protección de datos como un conjunto de facultades producto de la voluntad del legislador o, simplemente, derivadas de normas reglamentarias. Evidentemente, esta percepción ignora el entendimiento que la Constitución asume en este punto y puede ser muy nociva si se extiende en sectores normalmente conscientes de sus demás derechos, en los poderes públicos llamados a aplicar las normas o entre los propios juristas. Si no se ataja con decisión será difícil avanzar.

Todo eso conduce a que, en ocasiones, cuando se plantea la cuestión de la proyección de los principios y derechos expresados en la LORTAD o, en general, el ámbito de las normas de protección de datos en ella recogidas, se ciñan las consideraciones que hacemos los juristas a una interpretación técnico-formal de la ley, apegada a su literalidad pero desconocedora de las principales exigencias que derivan del derecho fundamental que está en juego. Porque, si de lo que se trata es de preservar esa autodeterminación informativa puesta en causa por la informática, las cláusulas de exclusión de la aplicación de las normas legales o el silencio del legislador sobre la vigencia de este derecho fundamental no deben ser suficientes para impedirlo. Al menos, el principio de interpretación conforme a la Constitución y el mayor valor de los derechos fundamentales deberían servir para superar cortapisas de ese carácter.

Tanto si identificamos en la autodeterminación informativa, como si vemos en la intimidad el objeto protegido por el artículo 18.4 de la Constitución e interpretamos, en todo caso, sus normas a la luz del Convenio 108 del Consejo de Europa (49), es evidente que el bien jurídico allí tutelado genera un derecho fundamental. Y, en cuanto tal, no debe admitir otras restricciones que aquéllas, constitucionalmente justificadas, que establezca el legislador orgánico. Pero, preguntémonos de nuevo, ¿puede la ley orgánica excluir la vigencia de un derecho de esta naturaleza en ámbitos como los que contempla la LORTAD? Desde otro punto de vista, el silencio del legislador sobre la virtualidad de los principios y derechos en que consiste la autodeterminación informativa en un determinado sector ¿impide que operen también dentro de él?

Ante estas consideraciones los criterios seguidos por el artículo 2 de la LORTAD plantean serios problemas en todo lo que no se refiera a los ficheros automatizados para uso estrictamente personal o doméstico. Del mismo modo, de la experiencia vivida hasta el momento en la aplicación de la ley (50), se deducen argumentos para sostener su inadecuación en los dos planos en los que opera esa disposi-

(49) De conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución. Cfr. sobre el particular la STC 254/1993, ff.jj. 6.º y 7.º y cuanto se ha dicho antes sobre el particular.

(50) Cfr., al respecto, ANTONIO ORTÍ VALLEJO, «Cinco años de la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal», en *La Ley*, núm. 4438, de 15 de diciembre de 1997, págs. 1 ss.

ción (51). Es decir, en lo relativo a los ficheros al margen de todo tipo de regulación (artículo 2.2) y en lo que hace a los que se rigen por sus disposiciones específicas (artículo 2.3) (52). Por otra parte, esas mismas premisas por fuerza se proyectan sobre la Agencia de Protección de Datos y, en general, sobre todo el sistema de tutela construido por la LORTAD. Afortunadamente, los responsables de ese órgano de garantía han sido conscientes de la perspectiva a la que me estoy refiriendo. Por eso, en el ejercicio de las competencias que les ha asignado la LORTAD, han conseguido contrarrestar algunas de las preocupaciones suscitadas por el amplio margen con el que el legislador construyó las excepciones a los derechos del afectado frente a los ficheros de titularidad pública (53).

No obstante, sigue siendo necesario reconocer expresamente la proyección de los principios y derechos de la autodeterminación informativa a todos los tratamientos automatizados de datos personales que no sean estrictamente anónimos. Igualmente, es menester despejar todo posible equívoco en torno a lo que es el derecho en cuestión y a lo que son instrumentos para protegerlo.

En este sentido, parece claro que, si, por razones relacionadas con el estatuto que les es propio, algunos órganos o instituciones han de quedar al margen de la fiscalización de la Agencia de Protección de Datos, como puede ser el caso de los órganos constitucionales a los que se refiere la disposición adicional primera de la LORTAD (54), pero también el de los órganos jurisdiccionales (55) o el de algunos tratamientos y ficheros de los partidos políticos, sindicatos y asociaciones religiosas (56), eso no significa que estemos ante espacios en los que no existe el derecho

(51) Así se desprende de las *Memorias* de 1994 y 1995 de la Agencia de Protección de Datos.

(52) Véase cuanto señala al respecto JUAN JOSÉ MARTÍN-CASALLO LÓPEZ en «La Directiva 95/46 y su incidencia en el ordenamiento jurídico español», en *Jornadas sobre el Derecho español de la Protección de Datos Personales*, cit., págs. 9 ss. y ya anticipaba en su trabajo «Implicaciones sobre la Directiva sobre protección de datos en la normativa española», en *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 20, julio de 1996, pág. 5.

(53) Me refiero, entre otras cosas, al ejercicio de la potestad de inspección. Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Informática y protección de datos personales*, cit., págs. 114 ss.

(54) Y de relevancia constitucional.

(55) Como es natural, el silencio de la LORTAD sobre los ficheros de los órganos jurisdiccionales no supone que en ellos no deban respetarse los derechos de autodeterminación informativa de las personas. De ahí que, para evitar todo equívoco, el artículo 230.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 16/1994, encomendara al Consejo General del Poder Judicial la aprobación de las normas reglamentarias que aseguren el respeto a las garantías y derechos reconocidos por la LORTAD respecto de los datos de carácter personal tratados en los ficheros bajo la responsabilidad de los órganos judiciales. El Consejo ha cumplido esa encomienda del legislador. Así, los artículos 77 y siguientes del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, contiene esas normas. Por lo demás, véanse las obras citadas, a propósito de este tipo de ficheros automatizados, en la nota 10.

(56) Aunque en este caso no me parece inconveniente ni imposible con las normas vigentes el control de la Agencia en los casos de cesión de datos a los que se refiere el artículo 2.2.e) de la LORTAD. Es verdad que la Directiva no los excluye del régimen de protección que establece, al contrario, los incluye en su artículo 8.2.d). No obstante, sigo creyendo que no debe extremarse la intervención en el seno de es-

fundamental que nos preocupa, pues su fuerza vinculante deriva de la Constitución directamente. De igual modo, tampoco implica su inexistencia el que las facultades de autodeterminación informativa puedan experimentar en esos y en otros supuestos, en atención a intereses de superior valor y cuando así lo prevea la ley orgánica, restricciones o limitaciones que no sean desproporcionadas.

Esto supuesto, la perspectiva que se propone arroja una nueva luz para contemplar, además de lo que se refiere al ámbito en el que ha de operar la protección de los datos personales, el alcance de las restricciones a las que se ve sometida cuando de los ficheros de titularidad pública se trata. Si se tiene presente que, en realidad, afectan a un derecho fundamental no debería ser muy complicado reconsiderar aquellas disposiciones legales que permiten, no ya su limitación sino su práctico vaciamiento, dada la vaguedad y el exceso con que formulan las cláusulas restrictivas en ellas recogidas. En este sentido, el artículo 19 de la LORTAD podría muy bien ser eliminado, vistas las dificultades que plantea (57) e, igualmente, deberán ser revisadas las excepciones a los derechos de los afectados frente a los ficheros de titularidad pública que se recogen en los artículos 21 y 22, todos ellos de la LORTAD (58).

Creo que de seguirse estos criterios no sólo se despejarían las principales tachas de inconstitucionalidad que ahora se imputan a nuestra ley, sino que, al mismo tiempo, se obtendrían un ordenamiento más coherente y una protección más satisfactoria. Y, desde luego, el espacio ganado para la intervención de la Agencia se habría ampliado notablemente en beneficio de todos.

tas formaciones sociales más allá de lo que se refiere a las cesiones o a los datos sensibles. Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Informática y protección de datos...*, cit., págs. 44-45.

(57) No me refiero únicamente a su posible inconstitucionalidad, tal como opina el Defensor del Pueblo que ha recurrido éste y otros preceptos de la ley, sino también a las dificultades que origina la interpretación de qué ha de entenderse por Administraciones Públicas (cfr. cuanto se señala al respecto en la *Memoria de 1994* de la Agencia de Protección de Datos. cit., págs. 126 ss.) o a cómo se compagina esa circulación de datos personales dentro de la esfera pública con el respeto a la finalidad para la que se recogieron a la que se refiere el artículo 4. Con buen criterio MARTÍN-CASALLO LÓPEZ ha defendido, a propósito de la transposición de la regulación europea al ordenamiento interno, la derogación de los artículos 19 y 11.2.e) de la LORTAD, en «Implicaciones de la Directiva...», cit., pág. 6, visto que, además, los restantes apartados de esta última disposición, ofrecen cauces para sustentar las cesiones interadministrativas que sean precisas en términos respetuosos con las exigencias derivadas de la Constitución. En el mismo sentido, MARÍA JOSÉ GARCÍA BEATO, «Principios y derechos en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre y en la Directiva 95/46/CE», en *Jornadas sobre el Derecho español de la Protección de Datos Personales*, cit., págs. 40 ss. En tomo a la interpretación del artículo 19, véase LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Informática y protección de datos personales*, cit., págs. 95 ss.; además, HEREDERO HIGUERAS, *La Ley Orgánica 5/1992...*, cit., pág. 154 ss.

(58) Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Informática y protección de datos personales*, cit. págs. 99 ss. y HEREDERO HIGUERAS, *La Ley Orgánica 5/1992...*, cit., págs. 166 ss. ETXEBERRÍA GURIDI, *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*, cit., págs. 121 ss., insiste en la necesidad de dar una cobertura normativa suficiente y explícita a las restricciones que, por razón de las averiguaciones policiales, sea menester introducir en el régimen del derecho a la autodeterminación informativa.

En otro orden de cuestiones, es perceptible que en algunos sectores específicos se ha generado ya una necesidad clara de regulaciones especiales que desarrollen los principios contenidos en la ley general. Tal vez donde esta necesidad sea más acusada es en el campo de los datos relativos a la salud, cuya singularidad justifica una atención detenida. El Consejo de Europa, promotor y orientador destacado de las actuaciones nacionales en el Derecho de la Protección de Datos Personales, ha sido consciente de este problema y ha elaborado la *Recomendación N. R (97) 5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros relativa a la protección de los datos médicos*. Su concreción en reglas jurídico-positivas es otra de las que podemos considerar prioridades en la materia.

8. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 95/46/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995

Según se señaló más arriba, en 1995 fue aprobada la Directiva 95/46/CE sobre la protección de los datos de carácter personal. Esa iniciativa pretende, sin disminuir los niveles de tutela existentes en el ordenamiento interno de cada país (59), intervenir en este campo con el propósito de contribuir a la agilización y simplificación de los intercambios económicos, es decir, a la racionalización del mercado. Se trata de un enfoque coherente con el ámbito de actuación que es propio del ordenamiento europeo.

Pues bien, ante la necesidad de proceder a la transposición de su contenido al Derecho de los Estados miembros, desde el primer momento se pensó que ésa era también la ocasión adecuada, además de para recoger lo que de novedoso hubiere en la Directiva, para revisar algunas de las opciones tomadas por la LORTAD, especialmente aquéllas que han suscitado más críticas o perplejidades (60). En este sentido, no se han visto especiales obstáculos que impidan aprovechar la necesidad de proceder a la transposición para, a la luz de la experiencia hasta ahora generada en torno a la LORTAD, perfeccionar la tutela que, conforme al Convenio 108 del Consejo de Europa, ofrece nuestro ordenamiento. Es más, se ha considerado posible y aun deseable, pues la combinación de las exigencias de la Directiva con las que derivan de la fuerza normativa propia de los derechos fundamentales a la postre puede hacer que dispongamos de un régimen jurídico más satisfactorio que el actualmente en vigor. En efecto, pese a los diferentes puntos de vista en que se sitúan los legisladores europeo y español, el primero preocupado preferentemente por la funcionalidad del mercado y el segundo atento, también y, sobre todo, a requerimientos que, por imperio de la Constitución, enlazan con un plano valorativo más elevado, no existen obstáculos insalvables para combinar ambas sensibilidades. En realidad, aun

(59) Cfr. sus considerandos 10.º y 11.º

(60) Ése es, por ejemplo, el propósito que inspira a los estudios recogidos en el volumen *Jornadas sobre el Derecho español de la Protección de Datos Personales*, ya citado.

con fundamentos, en parte, distintos, tanto la Directiva cuanto la LORTAD acaban refiriéndose a los mismos bienes sustantivos: los propios de la autodeterminación informativa de las personas. De nuestro ordenamiento no es preciso efectuar citas. Por lo que se refiere a la Directiva, baste recordar sus considerandos 3.º y 4.º y el artículo 1 (61).

Y, sobre todo, la obligación de legislar dentro de un plazo determinado que genera la Directiva alimentó las expectativas de lograr aquellos objetivos con razonable celeridad, pues permitía superar las dificultades prácticas —sean de tipo político o de naturaleza técnica— que habitualmente es preciso resolver para poner en marcha el procedimiento legislativo.

No obstante, la manera en que el Gobierno ha procedido a transponer la Directiva no deja espacio para lograr los objetivos apuntados.

La demora con la que ha actuado es un claro indicio de la escasa sensibilidad con la que se mueve en esta materia, aunque, claro está, no es una actitud novedosa. En efecto, siguiendo un proceder observado en su día a la hora de elaborar y aprobar la ley a la que se refiere el artículo 18.4 de la Constitución, ha esperado a que se agotara en su práctica totalidad el plazo de tres años previsto por la propia Directiva para que los Estados dieran cumplimiento a lo en ella establecido. Así, resulta que del mismo modo que fueron exigencias ajenas a la lógica del derecho fundamental concernido las que impulsaron la elaboración la LORTAD (62), ahora ha sido la inminencia de la expiración de este plazo y de las consecuencias que en términos de responsabilidad del Estado podrían desprenderse del incumplimiento —sin contar con el posible resultado de la eficacia horizontal de las normas de la Directiva— el factor determinante de la aprobación del correspondiente proyecto de ley orgánica.

Así, el 31 de agosto de 1998 el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados* (63) publicaba el proyecto de ley orgánica remitido por el Gobierno. Naturalmente, el plazo antes mencionado concluyó, precisamente el 24 de octubre de 1998, y todavía no se vislumbra el momento en que esta nueva disposición verá la luz. La escasa diligencia con la que ha procedido el prelegislador, a la que se suma la parsimonia del Congreso de los Diputados, son nuevos indicios de la

(61) El apartado primero de este último dice así: «Los Estados miembros garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales». Por lo demás, no hay que excluir que a partir de la defensa del mercado se acabe sosteniendo la necesidad de nuevos derechos subjetivos. Véase, en este sentido, la interpretación que explica la categoría de los derechos de los consumidores y usuarios desde la perspectiva de la mejora de la competencia y su correspondiente crítica, en NORBERT REICH, *Mercado y Derecho*. Ariel 1985, págs. 158 ss.

(62) En particular, las derivadas de la incorporación de España al Sistema de Información de Schengen y de los trabajos de las Comunidades Europeas, entonces ya muy avanzados, encaminados a aprobar la que luego sería la Directiva 95/46. Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Informática y protección de datos personales*, cit., págs. 23-24.

(63) Serie A, núm. 135-1.

previsible decisión de no abordar en este momento más modificaciones que aquellas estrictamente imprescindibles para adecuar nuestro Derecho a los criterios consignados en la Directiva. Y, aunque siempre cabe la posibilidad de que en el trámite parlamentario se intente, también, despejar los aspectos más problemáticos de la LORTAD, las primeras vicisitudes de esta iniciativa legislativa aconsejan una actitud escéptica en este punto.

La exposición de motivos del proyecto aduce como razones que justifican el alcance mínimo de sus normas la circunstancia de que la LORTAD fue elaborada teniendo muy en cuenta los trabajos que por entonces se realizaban en preparación de la Directiva y que, por ese motivo, su coincidencia con ella es muy grande. Por otro lado, no se ha querido entrar en las cuestiones que están pendientes de decisión ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, no deja de ser cierto que, desde que se aprobó nuestra ley, en 1992, hasta 1995, año en que ve finalmente la luz la Directiva, se produjeron cambios relevantes en los criterios anteriormente mantenidos en sus versiones previas de manera que contiene algunas regulaciones claramente diferentes a las de la Ley Orgánica 5/1992. Por ejemplo, en lo que hace al ámbito de aplicación de estas normas, mucho más amplio en la Directiva. O en la organización de la tutela a partir de la noción de tratamiento y no de la de fichero. Igualmente, difieren ambos textos en que la norma europea prescinde de la distinción público-privado que, en cambio, preside la legislación española y opta por diferenciar el régimen de los tratamientos según los datos se hayan logrado con o sin consentimiento del afectado. En fin, la Directiva incorpora nuevas facultades de autodeterminación informativa como el derecho de oposición del afectado y refuerza la posición de las autoridades de control.

Por esas razones, es acertada la observación de que el argumento de la exposición de motivos del proyecto de ley orgánica debería conducir a lo contrario que éste hace: a una intervención más intensa en la disciplina actualmente en vigor (64). Y en lo que se refiere a los recursos de inconstitucionalidad, no parece que sea ningún obstáculo su pendencia para emprender modificaciones de las normas impugnadas, pues, entre otras cosas, podrían esos cambios conducir al desestimiento de los recurrentes.

En cualquier caso, estando todavía pendiente prácticamente todo el procedimiento legislativo y habida cuenta de las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios al proyecto (65), conviene no avanzar en este momento más opiniones, pues cabe la posibilidad de que el texto que finalmente se apruebe ofrezca sustanciales diferencias con el elaborado por el Gobierno.

(64) Me refiero al trabajo de HEREDERO FIGUERAS, «El Proyecto de ley orgánica de transposición de la Directiva 95/46/CE» en el CD-ROM, *Tecnimap 1998. V Jornadas sobre Tecnologías de la Información para la Modernización de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Administraciones Públicas, 1998.

(65) Véase el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. VI Legislatura. Serie A, núm. 135-7, de 4 de noviembre de 1998.