

PROTECCION DE DATOS PERSONALES, DERECHO A SER INFORMADO Y AUTODETERMINACION INFORMATIVA DEL INDIVIDUO. A PROPOSITO DE LA STC 254/1993

IGNACIO VILLAVERDE MENENDEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL PROBLEMA EN LA STC 254/1993. EL ARTÍCULO 10.2 CE.—III. LA RESERVA DE LEY PARA LIMITAR EL USO DE LA INFORMÁTICA Y EL DESARROLLO LEGAL DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.—IV. EL DERECHO A SER INFORMADO SOBRE LA EXISTENCIA, CONTENIDO Y FINALIDAD DE LOS FICHEROS AUTOMATIZADOS DE DATOS PERSONALES.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION (*)

La sentencia 254/1993 del Tribunal Constitucional español (1) (en adelante, TC), que es objeto de este comentario, ha concretado, no sin cierta confusión, el contenido constitucional de lo que se conoce en la doctrina y jurisprudencia comparadas como *derecho a la autodeterminación informativa*.

La sentencia resuelve favorablemente una demanda de amparo contra la denegación presunta por parte de la Administración Pública de información acerca de la existencia, contenido y finalidad de ficheros automatizados de titularidad pública en los que consten datos personales del actor y contra las dos decisiones judiciales que confirmaron aquella denegación. A juicio del actor, las resoluciones impugnadas vulneraron el derecho a la intimidad y la

(*) Estando en prensa este trabajo, LUIS MIGUEL ARROYO YAÑEZ ha publicado un comentario a esta misma Sentencia 254/1993 del TC en la *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 16 (1993), págs. 119 y ss., con el título «El Derecho a la autodeterminación informativa frente a las Administraciones Públicas (comentario a la STC 254/93, de 20 de julio). Tenga el lector en cuenta este trabajo.

(1) Sentencia de 20 de julio de 1993 que resuelve el recurso de amparo núm. 1827/90, a la que el magistrado Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer formula un voto particular. Su ponente es el magistrado Fernando García-Mon y González Regueral.

«libertad informática», garantizadas en los apartados 1 y 4 del artículo 18 CE respectivamente, al no dar satisfacción adecuada a su derecho a ser informado sobre esos ficheros automatizados que contienen datos personales que a él le conciernen. Este derecho, alega el actor, está recogido en el artículo 8, letras a) y b), del *Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 (en adelante, el Convenio) (2), cuyo tenor literal es el que sigue:

Cualquier persona deberá poder: a) conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sus finalidades principales, así como la identidad y la residencia habitual o el establecimiento principal de la autoridad controladora del fichero; b) obtener a intervalos razonables y sin demora o gastos excesivos la confirmación de la existencia o no en el fichero automatizado de datos de carácter personal que conciernan a dicha persona, así como la comunicación de dichos datos en forma inteligible.

El actor pretende elevar este poder jurídico individual a derecho constitucional merecedor de amparo, porque entiende que el Convenio encaja en la remisión legal que hace el artículo 18 en su apartado 4:

La ley limitará el uso de la informática para garantizar el derecho al honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

En último término, el actor hace uso de la remisión del apartado 4 del artículo 18 CE como si ésta estableciera una reserva legal de desarrollo del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, que se llena con el Convenio. Sin embargo, el TC en un primer momento concibe el artículo 18.4 CE como la sede de un derecho fundamental de configuración legal, lo que él llama la *libertad informática*, para acabar argumentando que esa libertad forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE.

Estos diversos planteamientos sobre los que gira la STC 254/1993 suscitan tres cuestiones que, a nuestro juicio, constituyen un buen punto de partida para adentrarse en el intrincado sistema de protección de datos personales en el ordenamiento jurídico español. El primero es el alcance normativo del Convenio de 1981; el segundo, el significado de la reserva de ley del artículo 18.4 CE, y el tercero, la relación entre el deber de publicidad del Estado y el dere-

(2) Este Convenio elaborado en el seno del Consejo de Europa entró en vigor para España el 1 de octubre de 1985, después de haber sido ratificado por Instrumento de 27 de enero de 1984. Fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 274, de 15 de noviembre de 1985.

cho a ser informado sobre la existencia, contenido y finalidad de ficheros automatizados de datos personales. Queda fuera de este comentario, pues no es el lugar adecuado para ello, un estudio pormenorizado sobre la *libertad informática* y sobre el *derecho individual a la autodeterminación informativa* (3).

II. LA DIMENSION INTERNACIONAL DEL PROBLEMA
EN LA STC 254/1993. EL ARTICULO 10.2 CE

El recurrente estima que el citado Convenio no sólo goza de eficacia directa como norma incorporada al ordenamiento jurídico español de acuerdo con el artículo 96 CE, sino que además concreta el contenido de los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE colmando la remisión a la ley de su apartado 4; de tal modo que la infracción del Convenio por la Administración Pública no sólo constituye una «ilegalidad», sino que también constituye una vulneración de los derechos fundamentales que el citado artículo 18 contiene en su apartado 1. El artículo 10.2 CE sólo lo aduce como argumento de segundo orden: si el Convenio careciera de eficacia directa y no llenara la remisión del artículo 18.4 CE, que al menos obre, arguye el actor, como pauta interpretativa del contenido esencial de los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE. Así lo expresan los antecedentes de la sentencia cuando transcriben los alegatos del recurrente:

(...) el apartado 4 del mismo artículo (artículo 18) no supone dejar en suspenso los derechos reconocidos en el apartado 1, sino su reforzamiento (...).

El artículo 8 del Convenio (...) surte efecto directo: en él no se contiene un mero mandato a los Estados firmantes, sino *el reconocimiento de un derecho, que puede ser invocado directamente por los ciudadanos* (...).

Aun si se admitiera dialécticamente que el Convenio de 1981 no puede

(3) Ciertamente, la literatura en España sobre estas cuestiones comienza a ser profusa. Véanse, entre otros, los artículos de JOSÉ MANUEL CASTELLS ARTECHE: «La limitación informática», en MARTÍN-RETORTILLO (coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Madrid, Civitas, 1991, págs. 907 y sigs., y entre los muchos que sobre el tema tiene este autor, el de ENRIQUE PÉREZ LUÑO: «La protección jurídica de los datos personales en España», en REQUERO IBÁÑEZ (coord. y dir.): *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Madrid, Trivium, 1990, págs. 297 y sigs. Consúltese también el libro de PABLO LUCAS MURILLO: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, y el preparado por LOSANO, PÉREZ LUÑO y GUERRERO MATEUS: *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (Cuadernos y Debates, núm. 21), 1989.

ser invocado directamente, *constituiría una fuente de valor interpretativo de los derechos enunciados en el artículo 18.1 de la Constitución, por imperativo de su artículo 10,2; lo que llevaría a concluir que el contenido esencial del derecho a la intimidad y a la propia imagen integra el derecho de los ciudadanos a conocer los datos que constan sobre ellos en los archivos automatizados de las Administraciones Públicas.* (La cursiva es nuestra.)

Para el recurrente, el Convenio reconoce al individuo un derecho a ser informado en su artículo 8.a-b, al que dota de carácter imperativo y eficacia directa. Este derecho a ser informado se integra en el contenido del derecho a la intimidad y al honor como su concreta garantía frente a la informática, de modo que una vulneración de ese derecho a ser informado del artículo 8 del Convenio implica una vulneración de los derechos constitucionales a la intimidad o al honor y motivo suficiente para recurrir en amparo ante el TC.

Esta extensión de la eficacia innovadora del ordenamiento jurídico del Convenio al plano de las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales se pretende sostener por el recurrente en la consideración del Convenio como una norma que satisface la remisión a la ley para limitar el uso de la informática hecha por el apartado 4 del artículo 18 CE (4). El artículo 8.a-b del Con-

(4) Téngase en cuenta que éste es un Convenio que ha sido ratificado previa autorización de las Cortes Generales conforme al apartado 1 del artículo 94 (BOCG, núm. 176-I C, de 4 de junio de 1982 págs. 1115 y sigs.), dato relevante para determinar su posición en el ordenamiento jurídico. A excepción de quienes sostienen que la Constitución realiza un reparto de competencias entre tratados y normas internas, la doctrina mayoritaria y el propio TC consideran que la relación entre ambas fuentes es en principio de supremacía de los tratados, combinando los criterios de jerarquía y aplicabilidad según el caso (primando los tratados ante leyes posteriores, dada la especial fuerza pasiva de las normas internacionales). Así, va ga como ejemplo de esta doctrina la STC 28/1991 (f. j. 5). Véase una exposición del estado de la cuestión en LUIS I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (Teoría y práctica)*, Madrid, International Law Association, 1984, págs. 79 y sigs., en especial págs. 93 y sigs.; consúltese también IGNACIO DE OTTO Y PARDO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, págs. 122 y sigs., y GONZÁLEZ CAMPOS/SÁNCHEZ RODRÍGUEZ/ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Universidad Complutense, 5.ª ed., 1992, págs. 237 y sigs. Entre quienes defienden la tesis del reparto competencial véase GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, Civitas, 6.ª ed., 1993, págs. 142-143 y JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA: «Derecho internacional y sistema de fuentes del Derecho: la Constitución española», en PREDIERI/GARCÍA DE ENTERRÍA (dirs.): *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, Civitas, 1984, págs. 575 y sigs. No faltan quienes dotan a los tratados de rango constitucional, convirtiendo el Capítulo III de Título III de la CE en un instrumento de reforma constitucional implícita; en este sentido, véase JUAN L. REQUEJO PAGÉS: «Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34 (1992), págs. 41 y sigs.

venio no hace sino concretar un aspecto del contenido abstracto de los derechos a la intimidad y al honor, otorgando a los individuos un derecho individual a ser informados sobre la existencia, contenido y finalidad de ficheros automatizados donde consten datos relativos a su persona. Un derecho individual que, a pesar de establecerse en un tratado internacional de los denominados «non self-executing» (5), es directamente ejercitable por los ciudadanos dada la contundencia y detalle con que se reconoce tal derecho en el Convenio, por lo que, a juicio del actor y también del Ministerio Fiscal, no precisa de un ulterior desarrollo normativo interno ni éste, de existir, podría regularlo de forma distinta (artículo 96) (6).

(5) Así se desprende del propio *Explanatory Report on the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data*, en especial los puntos 18 y sigs. del mismo, y del comentario a sus disposiciones que acompañan al Convenio. Estos textos pueden consultarse en el volumen núm. 87 (1991) de *Documentación* de la Secretaría General del Congreso de los Diputados sobre «Protección de datos personales», tomo II, págs. 1123 y sigs. (hay traducción al español en el *Boletín de Legislación Extranjera* [1982-1984], págs. 50 y sigs.), donde también puede encontrarse materiales complementarios sobre el Convenio en ese mismo tomo y en las págs. 281 y sigs. del primero. Consúltese también *Les nouvelles technologies: un défi pour la protection de la vie privée? Etude préparée par le Comité d'experts sur la protection des données (CJ-PD) sous l'égide du Comité européen de coopération juridique (CDCJ)*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 1989. Todo ello sin perjuicio de que, en efecto, el artículo 8 del Convenio pudiera ser entendido como norma imperativa de directa aplicación por los tribunales, dada la precisión con la que establece el derecho individual que consagra (otra cosa es si ese derecho es o no de prestación, lo que a nuestro juicio no afecta a la calidad del Convenio como «self» o «non self-executing» más de lo que a una ley ordinaria pueda afectarle su desarrollo reglamentario y presupuestario si éste fuese imprescindible para hacer efectivos los derechos individuales que en ella vengan reconocidos. El derecho individual lo atribuye el tratado o la ley, no sus normas de ejecución o desarrollo, que se ocuparán en todo caso de los medios necesarios para su efectivo ejercicio); véase en el comentario a las disposiciones del Convenio antes citado lo relativo al susodicho precepto. Consúltese GREGORIO GARZÓN CLARIANA: «La protección de los datos personales y la función normativa del Consejo de Europa», en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 8, núm. 1 (1981), págs. 9 y sigs.

(6) También es cierto que nada se lo impide al legislador nacional. No obstante, si ese legislador regula el derecho a ser informado en cuestión de forma distinta a como el Convenio lo hace, las normas del legislador nacional no serían aplicables, puesto que las del Convenio prevalecen como consecuencia de su fuerza pasiva frente a normas legales posteriores. Se trata, pues, de un problema de aplicabilidad y no de validez. El Convenio, no obstante, no «congela» el rango normativo en materia de protección de los datos personales almacenados en bancos de información ni excluye de su regulación a otras formas jurídicas, cosa absurda por demás en el caso de tratados «non self-executing». Así lo prueba la compatibilidad que en principio existe entre ese Convenio y la actual Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. El Convenio actúa como una norma que establece las «bases» de la regulación de cierta materia cuya precisión corresponde al resto de normas, y su resistencia pasiva frente a leyes posteriores reside en que sus «disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional», según el artículo 96.1 CE. Al respecto, véase IGNACIO DE OTTO Y PARDO: *Derecho constitucional...*, cit., págs. 125 y 126.

No cabe duda, como dice el recurrente, que a falta de ley que lleve la remisión del artículo 18.4 CE, los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE no quedan privados de toda garantía frente a la informática, pues no en vano son derechos que gozan de eficacia directa. También es cierto que el apartado 4 del artículo 18 CE habilita al legislador para imponer límites al uso de la informática para proteger a los derechos fundamentales del apartado 1 de ese precepto o para asegurar el pleno ejercicio de otros derechos del individuo. Pero la remisión del artículo 18.4 CE no es, como parece argüir el actor en definitiva, un mandato al legislador para que concrete el contenido abstractamente definido en la Constitución del derecho a la intimidad y al honor cuando se trata de garantizarlos frente al uso de la informática. No hay inconveniente en admitir que esa ley a la que remite el citado apartado 4, en este caso el Convenio, puede desarrollar el contenido o regular el ejercicio de aquellos derechos fundamentales en el ámbito del tratamiento automatizado de los datos personales al tiempo que establece los usos lícitos e ilícitos de estos ficheros. Si así lo hace, el contenido concreto de los derechos a la intimidad y al honor frente a los ficheros automatizados de datos personales es el que ella les precisa. En ese caso, si se vulnera esa ley o el Convenio en el asunto que nos ocupa, se está infringiendo no sólo esa norma con rango legal, sino el artículo 18.1 CE, porque se está vulnerando a la vez el contenido de los derechos fundamentales, que ha concretado el legislador. Pero el legislador no procede a esa concreción porque lo manda el artículo 18 en su apartado 4. El legislador podría hacerlo igualmente aun no existiendo ese apartado 4, ya que le habilitarían para ello el artículo 53.1 y el artículo 81.1 (7).

En ningún caso, al menos desde el planteamiento que aquí se defiende, y lo mismo puede decirse en principio del planteamiento del actor, el Convenio, o en rigor su artículo 8, se convierte en «canon autónomo de validez» (STC 64/1991, f. j. 4) para enjuiciar la constitucionalidad del obrar de la Administración Pública y de los Tribunales, desplazando al artículo 18.1 CE en esa función. El derecho a ser informado del artículo 8 del Convenio no se convierte por obra del apartado 4 del artículo 18 CE en un nuevo derecho fundamental, sino que integra el contenido de los ya existentes (8).

(7) No será necesario insistir aquí en que es en estos casos en los que precisamente, porque la Constitución habilita al legislador para establecer el concreto contenido de un derecho fundamental, alcanza toda su plenitud de sentido la garantía del contenido esencial de ese derecho fundamental, que no es otro que el abstractamente definido en la norma constitucional y que se impone como límite a la libertad del legislador en su concreción. No cabe duda de que es el TC quien, de acuerdo con la Constitución, tiene atribuida la competencia para determinar cuál sea aquel contenido y cuándo el legislador excede sus límites.

(8) Si lo que se pretende (y así se propuso durante el proceso constituyente español) es que los tratados acerca de derechos humanos se erijan en los derechos fundamentales de la CE, hubie-

Parece así que, en los casos en los que una norma con rango de ley concreta el contenido de un derecho fundamental, bien porque así lo manda expresamente la Constitución o porque se han empleado las reservas del artículo 53.1 y el artículo 81, se difumina la separación tajante entre las cuestiones de orden constitucional y las de legalidad ordinaria, sin que por ello esa norma con rango de ley que concreta el derecho fundamental se «constitucionalice». El contenido de la norma legal no se petrifica frente al legislador futuro, no es una norma que quede afectada por la rigidez constitucional, como sostendría la doctrina de los «derechos-fuente».

Sin embargo el TC no parece compartir esta opinión en la sentencia que comentamos. El TC aborda el asunto separando tajantemente los planos de constitucionalidad y legalidad, ubicando en este último al Convenio. Y lo hace así no porque haya dejado de ser asunto suyo todo lo que afecta a los derechos fundamentales, parafraseando una de sus fórmulas más conocidas. El meollo de la cuestión está en que de los argumentos del TC parece desprenderse que el Convenio no colma la remisión del artículo 18.4 CE ni concreta el contenido de los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE. El Convenio es una norma legal cuyas infracciones deben sustanciarse ante los tribunales ordinarios. En el terreno constitucional, como tratado internacional sobre derechos humanos, tan sólo puede operar como instrumento de interpretación del contenido abstracto de los derechos fundamentales en virtud de la remisión del apartado 2 del artículo 10 CE.

Sobre si el Convenio puede ser esa ley a la que el apartado 4 del artículo 18 CE remite para imponer límites al uso de la informática y sobre el alcance de la doctrina de los derechos constitucionales de configuración legal y sus presuntos efectos constitucionalizadores sobre el contenido de tal configuración nos ocuparemos en el siguiente epígrafe. Aquí lo haremos del empleo que en esta sentencia se ha hecho del artículo 10.2 CE, pues sobre su sentido gene-

ra bastado, como el propio TC ha dicho (STC 64/1991 [f. j. 4]), con sustituir el Título I por una remisión a aquellos acuerdos internacionales. Remisión, por otra parte, inexcusable si no deseamos falsear la «fundamentalidad» de esos derechos, que radica en ser los que el soberano ha querido que sean y no otros. Valga como ejemplo de una remisión que constitucionaliza la norma reclamada la hecha por la ley de revisión constitucional de la Constitución federal austríaca de 1964, que en su artículo II Z dota de rango constitucional a diversos convenios sobre derechos humanos. Véase también el artículo 16 de la Constitución portuguesa o el artículo 9 de la Constitución de los Estados Unidos. Incluso nuestro texto constitucional ofrece un ejemplo de remisión a los tratados internacionales para establecer el régimen jurídico de una determinada materia, en este caso la protección jurídica de los niños, principio rector contemplado en el artículo 39.4 CE.

ral ya se han pronunciado voces más autorizadas, a las que nos remitimos (9).

El artículo 10.2 permite que una norma infraconstitucional sirva para precisar el contenido de los derechos fundamentales «que la Constitución reconoce» y no de otros derechos reconocidos en sedes distintas. Todo derecho fundamental, dada su formulación abstracta, requiere de un proceso de concreción de su contenido en el que, en virtud del artículo 10.2, deben emplearse los tratados sobre derechos humanos, que ofrecen al intérprete criterios objetivos y congruentes sobre el contenido de las normas de derechos fundamentales (STC 36/1984, f. j. 3).

No puede confundirse la abstracción propia de las normas que garantizan derechos fundamentales con una supuesta apertura de su programa normativo a cualquier contenido jurídico posible que le venga incorporado por la concreta dogmática de los derechos fundamentales que el intérprete elija para su concreción o por la remisión al contenido que prescriban normas internacionales o, incluso, normas nacionales infraconstitucionales (10). Una cosa es concre-

(9) Parecía zanjada ya la discusión en torno al sentido y efectos de la remisión del apartado 2 del artículo 10, siendo doctrina pacífica su valor meramente interpretativo. Nadie parece discutir hoy que los tratados a los que refiere el artículo 10.2 CE poseen la eficacia o responden al régimen jurídico previsto en el Capítulo III del Título III CE, o más en concreto, a lo dispuesto en el artículo 96. Véase ARACELI MANGAS MARTÍN: «Cuestiones de Derecho internacional público en la Constitución española de 1978», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 61 (1980), págs. 143 y sigs. Esta sentencia 254/1993 no perturba en nada esa doctrina, pese a lo que pudiera colegirse del voto particular que la acompaña. Sin embargo, con motivo de la STC 245/1991 se han manifestado algunas opiniones sugiriendo interpretaciones que rompen con este estado de la cuestión. Juan Luis Requejo Pagés, desde su tesis respecto de la posición constitucional de los tratados internacionales, derivada de un Capítulo III del Título III de la CE cuyos artículos son tenidos por «normas de reforma constitucional», pretende un concepto de derecho fundamental (cuya definición, aún pendiente en el sistema constitucional español, es el auténtico «nudo gordiano» de la sentencia aquí comentada) que iguala en rango los derechos y libertades literalmente reconocidos en la CE y los derechos humanos recogidos en los convenios ratificados por el Estado español. Cfr. REQUEJO PAGÉS: «Consideraciones en torno...», cit., págs. 50 y sigs., y «La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/1991; caso Bultó)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35 (1992), págs. 179 y sigs., en particular la nota 11. Las tesis de dicho autor sólo son entendibles en toda su hondura a partir de su concepto de constitución que desarrolla en su artículo «Constitución y remisión normativa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39 (1993), págs. 115 y sigs.

(10) Todas estas cuestiones que derivan de las peculiaridades de su interpretación han sido suficientemente destacadas y estudiadas por ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE en su trabajo «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation» en *Neue Juristische Wochenschrift*, tomo 35 (1974), págs. 1529 y sigs. (traducido al español en su libro *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, págs. 44 y sigs., en donde se pueden consultar otros trabajos de utilidad para estas cuestiones). Los enunciados sobre derechos fundamentales no son

tar el contenido de un derecho fundamental y otra muy distinta es crear nuevos derechos fundamentales sin tener en cuenta lo prescrito por la propia Constitución (11).

El TC ya ha dicho, y con razón, que la interpretación encuentra su límite en la literalidad del precepto (12). El intérprete no puede decir aquello que la

cajones vacíos que se rellenan con supuestas remisiones a otras fuentes normativas (ley, tratados internacionales) o conforme a la elección de la dogmática de los derechos fundamentales que más le plazca al intérprete. La Constitución, el soberano constituyente en definitiva, establece el sentido y alcance de los derechos fundamentales que consagra en su texto. La supremacía exige la vinculación a esos contenidos abstractamente incorporados en el texto constitucional, que, sin duda, deben precisarse, pero no inventarse. Sobre esto, véase al autor citado en esa misma obra.

(11) En los autores que han defendido de un modo más o menos preciso la constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos operada por el artículo 10.2 CE no aparece diáfana esa distinción entre abstracción y vacuidad de las normas de derechos fundamentales. Esta imprecisión tiene como consecuencia la propia indeterminación en el alcance de esa supuesta constitucionalización, cuyo punto nodal debe buscarse en el poder de reforma constitucional del que se dote a los convenios si éstos no son declarados inconstitucionales antes o después de su ratificación. Este es el caso de ENRIQUE ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, págs. 400 y sigs., y TOMÁS DE LA QUADRASALCEDO: «Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 61 (1980), págs. 129 y sigs. El citado Juan Luis Requejo Pagés, sin embargo, sostiene esa constitucionalización de los tratados internacionales sin apoyarse en el artículo 10.2 CE. Los derechos fundamentales de la Constitución proceden de su propio texto o de los tratados internacionales a los que remite el artículo 93 o el artículo 94. Lo que sucede es que al amparo constitucional sólo cabe recurrir si alguna de las fuentes de contenido puede cobijarse en la literalidad de los artículos 14 a 30 CE. Lesionado un derecho de un tratado internacional, puede ser amparado por el TC si éste tiene un derecho paralelo en los preceptos indicados de la Constitución. Es posible que la existencia precisamente de ese artículo 10.2 CE impida entender a los tratados sobre derechos humanos como fuentes de nuevas normas constitucionales. Si son tales fuentes, hay que explicar para qué sirve ese precepto.

(12) No se trata de hacer la defensa de una interpretación «literalista» de la norma, sino de preservar su literalidad como límite infranqueable a la interpretación. Dice la STC 72/1984 (f. j. 6) que: «El respeto a la Constitución que el artículo 9 de la misma impone a todos los poderes públicos hace necesario que una interpretación que conduzca a un resultado distinto de la literalidad del texto sea pensable cuando existe ambigüedad o cuando la ambigüedad puede derivar de conexión o coherencia sistemática entre otros preceptos constitucionales.» En la STC 19/1983 (f. j. 3) se afirma que la «interpretación lógica» de la Constitución es de «preferente aplicación» al criterio del artículo 10.2 CE. Véase la STC 66/1985, donde se mantiene que la interpretación del artículo 24.2 CE a la luz del artículo 14.5 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, en virtud de la remisión del artículo 10.2 CE, no permite derivar de por sí la existencia de una segunda instancia, pues ello se hace depender de una ley que así lo establezca. Pero la presencia del pacto internacional sí obliga a interpretar la legislación vigente de la forma más favorable a ese resultado.

Constitución no dice expresa o implícitamente, y este criterio también es aplicable a la remisión a los tratados sobre derechos humanos del artículo 10.2 cuyo destinatario principal es el propio TC. Ese precepto ofrece al intérprete un instrumento para concretar el contenido abstracto de un derecho fundamental de aquellos reconocidos en el catálogo constitucional. Como tal, sólo ayuda a delimitar lo que ya está en la Constitución: ni quita ni pone nada que aquélla no tenga (13).

El TC, en esta sentencia número 254 de 1993 y coherente con una ya sólida jurisprudencia sobre la materia (14), viene a negar sin paliativos el efecto constitucionalizador del Convenio, que el actor deduce de la interpretación conjunta del artículo 96 CE, artículo 1.5 Código Civil y apartado 4 del artículo 18 CE, y reduce sus efectos en el ámbito constitucional a ser instrumento de interpretación del artículo 18.1 CE en virtud de la remisión del artículo 10.2 CE.

El TC señala con razón que el Convenio, como tratado internacional ratificado por el Estado español y publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, es norma interna que despliega los efectos que le prevé el artículo 96 CE respecto de las demás normas infraconstitucionales (fuerza activa y pasiva) (f. j. 5) y, además, criterio interpretativo del artículo 18.1 CE conforme al artículo 10.2 CE. Ahora bien, y esto es lo importante y lo que desbarata el argumento central del actor, advierte el TC que el incumplimiento del Convenio por la Administración Pública y los Tribunales ordinarios son cuestiones de legali-

(13) Cuestión especialmente apremiante en el caso de la imposición de límites a los derechos fundamentales que no vienen previstos, al menos explícitamente, en el texto constitucional. Así sucedió en la STC 62/1982, denominada «asunto A Ver», con la moral pública y en la STC 214/1991, «asunto Friedmann», con el racismo, en ambos casos respecto de la libertad de expresión. Señala Ignacio de Otto y Pardo, tras poner de manifiesto la incorrección de elevar a bienes constitucionalmente protegidos y situarlos en pie de igualdad con los derechos fundamentales aquellos no recogidos en el texto constitucional, que «la invocación del artículo 10.2 de la CE no altera para nada esta obvia afirmación, porque, so pena de hacer poco menos que inútil la práctica totalidad del título I de la Constitución, la remisión al Derecho internacional que se hace en el artículo 10.2 ha de entenderse referida a la interpretación de las normas, constitucionales o no, relativas a los derechos fundamentales, pero no puede servir para tenerlas por no puestas ni para añadirles otras inexistentes (...) declarados constitucionalmente los derechos, los tratados y convenios internacionales no pueden en ningún caso conducir a la disminución o ampliación de la garantía constitucional» (IGNACIO DE OTTO Y PARDO: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO/OTTO Y PARDO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, págs. 95 y sigs.).

(14) Ciertamente, esta jurisprudencia es ya extensa; valgan como ejemplos, además de las ya citadas: 5/1981, 62/1981, 42/1982, 131/1982, 73/1983, 23/1984, 101/1984, 51/1985, 153/1985, 57/1986, 115/1987, 145/1988, 50/1989, 184/1990, etc.

dad ordinaria. Así lo afirma en su breve pero contundente fundamento jurídico 5:

La alegación fundada en el artículo 96 CE, para razonar que el efecto vinculante que este precepto constitucional reconoce a los Tratados permite hacer valer los derechos recogidos en el artículo 8 del Convenio (...) suscita una cuestión ajena al recurso de amparo.

La adecuación de una norma legal, o de una disposición o actuación de los poderes públicos, a lo preceptuado por un tratado internacional, y por consiguiente si las autoridades españolas han cumplido o no los compromisos derivados de un acuerdo internacional, son cuestiones que, en sí mismas consideradas, *resultan indiferentes para asegurar la protección de los derechos fundamentales* comprendidos en el artículo 53.2 CE, que es el fin al que sirve la jurisdicción de este Tribunal en el ámbito del recurso de amparo (15).

Para el TC está claro que lo que se suscita es si «la negativa a suministrar la información que se solicita» implica una lesión del derecho a la intimidad del artículo 18 CE (f. j. 1) y no si el cumplimiento del artículo 8 del Convenio puede considerarse una cuestión de orden constitucional. La única cuestión de orden constitucional que se puede plantear con este Convenio, a juicio del TC, es el alcance de su utilización como pauta interpretativa del artículo 18.1 CE en virtud de la remisión que a tal efecto establece el apartado 2 del artículo 10 CE.

El TC no utiliza el Convenio para fundamentar su decisión sobre el amparo. El Convenio ayuda a precisar el contenido del concreto derecho fundamental, que es el que sufre el menoscabo y es el canon de validez sobre el que el TC apoyará su resolución (STC 47/1990 [f. j. 8]; STC 28/1991 [f. j. 5]). La infracción del Convenio puede utilizarse por el TC, a lo sumo, como indicio racional de la existencia de una efectiva infracción constitucional y, por consiguiente, de lo fundamentado del recurso, pero en absoluto como criterio decisivo de la constitucionalidad del obrar del poder público (16). Parafraseando las STC 49/1988 (f. j. 14) y 28/1991 (f. j. 5), el derecho fundamental se regula en el precepto constitucional que lo contiene y no en los tratados interna-

(15) Véase también las SSTC 49/1988 (f. j. 14), 28/1991 (f. j. 5).

(16) En fin, los tratados internacionales a los que remite el apartado 2 del artículo 10 CE formarían parte del denominado «bloque de la constitucionalidad» y no del «bloque constitucional» por cuanto no condicionan la validez de las normas enjuiciadas, sino que se emplean como «parámetro interpretativo del parámetro de validez (...) concretando lo que la Constitución regula de modo vago y abstracto, precisando su significado sin aportar nada nuevo» (PALOMA REQUEJO RODRÍGUEZ: *Bloque de la constitucionalidad y bloque constitucional*, pág. 46; trabajo de investigación aún inédito amablemente cedido por su autora). Sobre estas y otras cuestiones conexas, véase el artículo de FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El bloque de la constitucionalidad», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27 (1989), págs. 9 y sigs.

cionales, por mucho que éstos sirvan para dibujar los perfiles concretos de su contenido.

Desde esta perspectiva, el TC soslaya, según nuestra opinión, el auténtico «nudo gordiano» de este recurso de amparo, que radica en indagar qué posición ocupa el legislador respecto de la Constitución cuando actúa como «legislador de los derechos fundamentales» y en saber si los tratados internacionales pueden ser «legisladores» en materia de derechos fundamentales. Todo ello sin perjuicio del correcto uso que el TC hace de la cláusula del artículo 10.2 CE.

El artículo 10.2 carecería de un sentido constitucionalmente adecuado si el Convenio o cualquier otro texto internacional válido y ratificado por España que verse sobre derechos y libertades individuales sustituyese a los derechos fundamentales y libertades públicas del Título I como parámetro de constitucionalidad. Estos, a lo sumo, constituirían meros criterios textuales y orientativos, pero privados de sustancia normativa, sobre el objeto procesal del recurso de amparo (17).

Todos estos argumentos y asertos se han perfilado en la dilatada jurisprudencia constitucional sobre el sentido y alcance del apartado 2 del artículo 10 CE. Valga como muestra lo que el TC señala en su sentencia 35/1991 (f. j. 5):

Tampoco puede entenderse autónomamente infringido por el precepto cuestionado el artículo 10.2 CE, pues esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades de un lado y los Convenios y Tratados Internacionales sobre los mismas materias en los que sea parte España de otro. *No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución.* Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cual-

(17) Así lo sostiene el ya citado Juan Luis Requejo Pagés. Para este autor, sólo serían objeto del recurso de amparo aquellos derechos individuales que coincidiesen con la letra de los preceptos constitucionales o que, al menos, encajen en su ámbito implícito de garantía (aunque esto implica reconocerles un cierto contenido mínimo) del Título I CE (artículo 53.2 CE). Mientras se respete esa coincidencia en la letra es indiferente a los efectos de la admisión del recurso que la infracción material sea de la norma contenida en la Constitución (si es que contiene alguna) o en los tratados internacionales de los artículos 93 y 94 CE. Téngase en cuenta que para este autor estos preceptos son tenidos por normas de reforma constitucional, confiriéndoles rango constitucional, por tanto, a los tratados que a través suyo se incorporan al ordenamiento jurídico español. Pero deja sin explicar el sentido del artículo 10.2 CE.

quier otro poder público adopte decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del artículo 10.2 CE, que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso. (La cursiva es nuestra) (18).

Doctrina que complementa la sentencia 64/1991 (f. j. 4):

La interpretación a la que alude el citado artículo 10.2 del texto constitucional *no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, *no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 una fuente de interpretación que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional*. (La cursiva es nuestra) (19).

Sin embargo, a nuestro juicio, el que el Convenio sea una norma con eficacia directa que innova el ordenamiento infraconstitucional de acuerdo con el

(18) Cabría la posibilidad de esgrimir una infracción del artículo 10.2 si se defiende la tesis de la competencia, pues ese precepto, junto con los del Capítulo III del Título III CE, establecerían ese reparto de competencias que se infringe si una norma interna regula una materia propia de los tratados. Reprodúzcase aquí la crítica que a esta tesis hace IGNACIO DE OTTO Y PARDO en su *Derecho constitucional...*, cit., págs. 125 y sigs.

(19) Esta sentencia posee una especial significación dado que en ella se resolvía sobre la pretensión de elevar a cuestión constitucional la infracción del derecho comunitario por los poderes públicos españoles. Véanse los artículos de FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «La Constitución española y el Tratado de Maastricht», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36 (1992), págs. 253 y sigs., y el ciertamente discutible de JUAN RAMÓN FERNÁNDEZ: «El control del Derecho interno que infrinja el Derecho Comunitario Europeo y el alcance del artículo 10.2 CE en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 72 (1991), págs. 573 y sigs.

artículo 96 CE y con eficacia interpretativa sobre los derechos fundamentales a tenor del artículo 10.2 CE, no obsta para que a un tiempo opere como norma con rango de ley que concreta las garantías de los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE de acuerdo con el apartado 4 de este último precepto. Son todos ellos aspectos complementarios de una integral garantía del derecho a la intimidad y al honor.

El artículo 10.2 CE permite que el Convenio sea utilizado como instrumento de interpretación del contenido abstracto de los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE, mientras que el apartado 4 hace de ese Convenio una fuente de concreción de las garantías de esos derechos en el ámbito de la informática. La lesión del Convenio es algo más que un simple «indicio racional» de la posible existencia de una vulneración de un derecho fundamental, en la medida en que ese Convenio es una norma que establece las garantías de los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE en el ámbito del tratamiento automatizado de datos.

La infracción del Convenio, en este caso del derecho individual que establece en su artículo 8, letras *a*) y *b*), tiene relevancia porque lo es de la norma que establece el contenido concreto de una garantía indispensable de los derechos fundamentales a la intimidad y al honor en el ámbito del tratamiento automatizado de datos personales, de modo que su lesión supone la de estos derechos. Esto no significa que el artículo 8 del Convenio se convierta en un parámetro de constitucionalidad ubicado fuera de la Constitución, ni que su contenido se petrifique frente al legislador futuro, ni que sea instrumento de creación de nuevos derechos fundamentales. Esa colaboración normativa entre Constitución y el Convenio tampoco impide, como es obvio, que este último sea utilizado como pauta interpretativa del artículo 18.1 CE de acuerdo con la remisión del artículo 10.2 CE.

El TC, sin embargo, elude este razonamiento para considerar que, en último término, en este recurso se solventa un problema de eficacia directa del artículo 18.1 CE, interpretado a la luz del Convenio, y de vinculación de los poderes públicos a ese mismo precepto constitucional.

El Ministerio Fiscal no está falto de razón cuando afirma en sus alegaciones que la vulneración de la Constitución que motiva el amparo deriva de la inobservancia que la Administración y los Tribunales hacen del contenido esencial del artículo 18.1 CE, interpretado en virtud de la remisión del artículo 10.2 CE a la luz del Convenio. Pero no tiene toda la razón.

La debida vinculación a ese contenido esencial del artículo 18.1 CE, a cuya concreción ha ayudado el Convenio, debe ser motivo más que suficiente para que la Administración cumpla, hasta donde le es razonablemente posible, dados los medios de que dispone, con el deber de publicidad derivable del ar-

título 18.1 CE (y no de su apartado 4) y que el artículo 8 del Convenio ayuda a precisar en su contenido mínimo. De la misma manera que los Tribunales infringen la Constitución cuando obvian aquel incumplimiento de la Administración pública, siendo ellos entonces los que desatienden su debida vinculación a la Constitución.

Sin embargo, esto es así si el contenido y garantías de los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE frente al uso de los ficheros automatizados de datos personales no estuviera regulado por el Convenio o una norma como la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Si existen tales normas que desarrollan y regulan el contenido concreto y las garantías de los derechos fundamentales a la intimidad y al honor, estos derechos gozarán de la eficacia que aquéllas les concretan en el ámbito del tratamiento automatizado de datos personales. Si la Administración o los Tribunales no aplican el Convenio o la Ley Orgánica 5/1992 están vulnerando el artículo 18.1 CE, porque no actuaron vinculados al contenido de los derechos fundamentales de ese precepto que aquellas normas les imponen y precisan.

Por tanto, a nuestro juicio, el problema que se suscita es de otra índole y así parece entenderlo el recurrente también. El asunto estriba en determinar cuál es la posición constitucional del «legislador de los derechos fundamentales» en el ordenamiento jurídico español, sobre todo si su presencia es requerida por la propia Constitución para realizar la concreción del contenido de un derecho fundamental definido en abstracto en sus preceptos. En definitiva, y refiriéndonos al caso que nos ocupa, se trata de indagar el alcance de la remisión del artículo 18.4.

III. LA RESERVA DE LEY PARA LIMITAR EL USO DE LA INFORMÁTICA Y EL DESARROLLO LEGAL DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACION INFORMATIVA

En el apartado anterior se ha querido defender que el artículo 10.2 CE ni ofrece una vía espuria de constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos ni su presencia aboca a una tajante separación entre el plano constitucional y el legal cuando el contenido de un derecho fundamental viene concretado por un tratado internacional. No obstante, aún queda por responder a si los tratados, en este caso el Convenio, puede ser una «ley» que llene una reserva constitucionalmente prevista como la del apartado 4 del artículo 18 CE. Pero antes de avanzar una respuesta sobre el particular, debe-

mos reparar en el significado que el TC da a la remisión a la ley del apartado 4 del artículo 18 CE.

El TC parece querer fundamentar el amparo a la luz del contenido del artículo 8 del Convenio, pero concibiendo el apartado 4 del artículo 18 CE como sede de un nuevo derecho fundamental de configuración legal: la *libertad informática*. El TC enturbiará sus razonamientos al intentar aplicar al caso su doctrina de los derechos fundamentales de configuración legal. Bien es cierto que acabará por abandonar esta línea argumental para seguir otra más correcta, aunque dejando de lado la remisión del artículo 18.4. Dice el TC en la sentencia que se comenta, una vez transcrito el texto de ese precepto (f. j. 6):

De este modo, nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional (...). En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero *también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho 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". (La cursiva es nuestra.)

Una vez afirmada la existencia de un nuevo derecho fundamental en el seno del apartado 4 del artículo 18, el TC repara en la remisión a la ley que debe, a su juicio, configurarlo (f. j. 6):

El primer problema que este derecho suscita es el de la ausencia (...) de un desarrollo legislativo del mismo (...). *Aun en la hipótesis de que un derecho constitucional requiera una «interpositio legislatoris» para su desarrollo y plena eficacia, nuestra jurisprudencia niega que su reconocimiento por la Constitución no tenga otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí misma pretensiones individuales, de modo que sólo sea exigible cuando el legislador lo haya desarrollado*. Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos. Este principio general de aplicabilidad inmediata no sufre más excepciones que las que imponga la propia Constitución, expresamente o bien por la naturaleza misma de la norma (STC 15/1982, f. j. 8). (La cursiva es nuestra.)

Corolario de esta doctrina de los derechos de configuración legal y de la necesidad de impedir que de esta doctrina se desprenda la libre disposición del legislador sobre el contenido del derecho fundamental, el TC opone al poder configurador de la ley el «contenido mínimo» del derecho (f. j. 6):

Es cierto que, como señalamos en esa misma sentencia, *cuando se opera con una «reserva de configuración legal» es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido, que ha de verse desarrollado y completado por el legislador. Pero de aquí no puede deducirse sin más (como hace el Abogado del Estado) que los derechos a obtener información ejercitados por el demandante de amparo no forman parte del contenido mínimo que consagra el artículo 18 CE con eficacia directa y que debe ser protegido por todos los poderes públicos y, en último término, por este Tribunal a través del recurso de amparo (artículo 53 CE).* (La cursiva es nuestra.)

En el fundamento jurídico 7 señala, con razón, que lo que le compete al TC ahora es determinar aquel contenido mínimo. Y lo concreta siguiendo los mismos criterios que señalaba en la STC 11/1981 para establecer el contenido esencial de un derecho fundamental. En primer lugar, determina su contenido «elemental», sin el cual el derecho no sería reconocible:

Un primer elemento, el más «elemental», de ese contenido es, sin duda, negativo, respondiendo al enunciado literal del derecho: el uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derechos.

En segundo lugar, su contenido elemental está compuesto, además, de aquellas facultades necesarias para su efectividad, sin las cuales quedaría privada de sentido su garantía constitucional. En la precisión de ese contenido es donde se debe hacer uso de la remisión interpretativa del artículo 10.2:

Ahora bien, la efectividad de ese derecho puede requerir inexcusablemente de alguna garantía complementaria, y es aquí donde pueden venir en auxilio interpretativo los tratados y convenios internacionales sobre esta materia suscritos por España.

Esa garantía complementaria que forma parte del contenido, por ahora mínimo, del derecho fundamental de configuración legal a defenderse del uso ilícito de la informática no es otra sino «el control sobre los datos relativos sobre la persona», que el TC llama *libertad informática*, y «el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático», el *habeas data*.

Sin embargo, la línea argumental del TC sufre un importante giro después de hacer uso de las «pautas interpretativas que nacen del Convenio de protección de datos personales de 1981», porque abandona esa formulación de un nuevo derecho fundamental de defensa frente a la informática y su contenido mínimo para encarrilar el razonamiento a través del contenido esencial del derecho a la intimidad (f. j. 7):

(El sentido y avatares del Convenio) llevan a la conclusión de que *la protección de la intimidad de los ciudadanos requiere que éstos puedan conocer la existencia y los rasgos de aquellos ficheros automatizados donde las Administraciones Públicas conservan datos de carácter personal que les conciernen, así como cuáles son esos datos personales en poder de las autoridades* (La cursiva y el paréntesis son nuestros.)

Aquel control sobre los datos personales y su uso cuando están insertos en ficheros automatizados se torna en un derecho a conocer la existencia, contenido y fines de esos ficheros. Ya no se trata de que el citado apartado 4 contenga o no un hipotético nuevo derecho fundamental cuyo contenido debe precisar el legislador, sino de que:

Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de una Administración pública donde obran datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el artículo 18 CE, y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos. Por ende, dichas facultades de información forman parte del contenido del derecho a la intimidad, que vincula directamente a todos los poderes públicos, y ha de ser salvaguardado por este Tribunal, haya sido o no desarrollado legislativamente (STC 11/1981, f. j. 8 y 101/1991, f. j. 2) (f. j. 7). (La cursiva es nuestra.)

Para afirmar en el fundamento jurídico 8 que:

Es suficiente con constatar que, al negarse a comunicarle la existencia e identificación de los ficheros automatizados que mantiene con datos de carácter personal, así como los datos que le conciernen a él personalmente, la Administración demandada en este proceso *vulneró el contenido esencial del derecho a la intimidad del actor, al despojarlo de su necesaria protección*. Por lo que procede estimar el presente recurso de amparo (La cursiva es nuestra.)

Por consiguiente, la actuación de la Administración Pública vulneró el contenido esencial del derecho a la intimidad y no el contenido esencial de un hipotético derecho de libertad frente al uso ilícito de la informática, como no podía ser de otro modo. El apartado 4 del artículo 18 ordena al legislador que establezca los usos lícitos e ilícitos de la informática para proteger el derecho a la intimidad y no sólo de éste, pues el propio precepto menciona el derecho al honor y el ejercicio de otros derechos. Difícilmente puede extraerse de ese mandato la existencia de un derecho fundamental con tal que no sea un derecho a la actuación legislativa, un derecho de prestación normativa, lo que, como es bien sabido, carece de fundamento en el sistema constitucional español.

El asunto atañe, en efecto, al «legislador de los derechos fundamentales», pero no en el sentido que el TC, en un principio, quiso darle, esto es, sosteniendo que el apartado 4 del artículo 18 CE establece un derecho fundamental de configuración legal conocido como derecho a la autodeterminación informativa y que constituye parte del núcleo de la intimidad individual (20). El error está en considerar que del artículo 18.4 se puede derivar un derecho autónomo, pero conexo con los del apartado 1 de ese mismo precepto. En realidad, y así acabará por decirlo el TC, el artículo 18.4 establece una garantía de los derechos fundamentales del artículo 18.1 en el ámbito de la «informática». El que esa garantía se concrete por el Convenio en un derecho individual no lo transforma en algo distinto a los derechos del artículo 18.1. Más bien ese derecho individual es una concreción de aquellos derechos en el ámbito del tratamiento automatizado de datos personales. El Convenio no obra, pues, como simple fuente interpretativa de acuerdo con el artículo 10.2, sino que también es fuente de concreción de las garantías subjetivas de los derechos a la intimidad y al honor del artículo 18.1 en virtud de la remisión normativa de su apartado 4.

A nuestro juicio, el artículo 18.4 no es una reserva de configuración legal

(20) Sobre ese derecho a la «autodeterminación informativa» individual, cuyo origen debe buscarse en la doctrina alemana (*informationelle Selbstbestimmung*), que lo construye fundamentalmente a partir de la llamada *Volkszählungsgesetzurteil* del BVerfG, decisión 65, 1, de 15 de diciembre de 1983 (está traducida al español en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 33 [1984], págs. 126 y sigs.), y la protección de datos personales frente a su tratamiento automatizado, véase KLAUS VOGELGESANG: *Grundrechte auf informationelle Selbstbestimmung?*, Baden-Baden, Nomos, 1987, y ERHARD DENNINGER: «Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Folgerungen auf dem Volkszählungsgesetzurteil des Bundesverfassungsgericht», en HOHMANN (ed.): *Freiheitssicherung durch Datenschutz*, Frankfurt, Suhrkamp, 1987, págs. 127 y sigs. Para una aproximación a este derecho en el ordenamiento jurídico español, consúltese el libro citado de PABLO LUCAS MURILLO: *El derecho a la autodeterminación...*, en particular sus págs. 121 y sigs. y 156 y sigs.

de un derecho al estilo del artículo 23.2 CE. Su objeto central no es una remisión normativa para desarrollar el contenido de un derecho fundamental, lo que requeriría ley orgánica (artículo 81.1), ni, en principio, para la regulación de su ejercicio (artículo 53.1). El apartado 4 del artículo 18 puede concebirse como una simple remisión normativa que tiene por objeto un mandato al legislador para que ordene una garantía complementaria de los derechos a la intimidad y al honor, que consiste en protegerlos frente al uso ilícito de la informática. Esa norma con rango de ley puede establecer cuál sea el uso lícito de los ficheros automatizados sin que por ello tenga que ordenar el régimen legal de ningún derecho individual.

El Convenio y la posterior Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sin duda vienen a llenar ese contenido mínimo de la remisión del apartado 4 del artículo 18. Pero es cierto también que son algo más que normas sobre el uso de la «informática». El artículo 18.4 no limita el alcance de la intervención del legislador en los derechos del artículo 18.1 a ese estrecho campo del empleo lícito de los ficheros automatizados. Las dos normas citadas son buena muestra de ello, dando cuerpo normativo al deber positivo a cargo de los poderes públicos de protección del derecho a la intimidad y al honor no sólo satisfaciendo la remisión del apartado 4, sino también amparándose en las reservas del artículo 53.1 y del artículo 81.1.

En unos casos, tanto el Convenio como la Ley Orgánica 5/1992 proceden al desarrollo del contenido del derecho a la intimidad y al honor frente a las consecuencias lesivas que quepan derivar del tratamiento automatizado de datos personales, y en otros casos establecen garantías complementarias orgánicas o procedimentales y las condiciones del ejercicio de las diversas facultades individuales que componen el contenido de aquellos derechos fundamentales. Es en esta extensión del contenido del Convenio y la Ley donde pueden calificarse a uno y otro, cuando consagran un derecho a ser informado sobre la existencia, contenido y finalidad de ficheros automatizados de datos personales, de normas de desarrollo y regulación del ejercicio de esos derechos en lo que toca a este ámbito (21).

Salvo en el fundamento jurídico 9 de la sentencia, y aunque el TC empuja su argumento en una dirección a nuestro entender más adecuada al contenido del artículo 18, la decisión del TC no se ocupa, quizá porque no le era necesario para fallar favorablemente al amparo, de estas cuestiones. No obs-

(21) Por este motivo la ley de 29 de octubre de 1992 es una ley orgánica. Y no porque así lo imponga el artículo 18.4, sino porque el legislador no se ha limitado a regular el uso de los ficheros automatizados de datos personales (artículo 18.4); también ha desarrollado el contenido de los derechos fundamentales del artículo 18.1 en el ámbito del tratamiento automatizado de datos personales, concretando sus garantías (artículo 81.1).

tante, un entendimiento creemos que correcto de la sentencia requiere de las siguientes reflexiones.

El derecho a la intimidad consiste en un derecho de defensa frente a inmisiones de terceros en el ámbito definido constitucionalmente como íntimo, que no se reduce sólo a impedir que los terceros accedan a ese ámbito, también puede extenderse a su publicidad. El individuo puede impedir que un tercero se entremeta en su intimidad y oponerse también a que la haga pública o le dé publicidad haciéndola accesible a cualquiera. En otras palabras, en virtud del artículo 18.1, el individuo puede disponer de la información sobre su intimidad, negándose a darla o decidiendo sobre quién puede acceder a ella (22). Esta *autodeterminación informativa* constituye una parte importante del ámbito constitucional de la intimidad definido en la CE. La intimidad delimita qué parte de su esfera puede convertirse en información y quién puede acceder a ella. Esto implica, pues, que el individuo debe poder conocer en todo momento qué información disponen los terceros sobre su intimidad, esto es, no sólo puede impedir el acceso a la información relativa a la intimidad, sino acceder a la información que un tercero tenga sobre ella, habida cuenta del potencial lesivo que la posesión incontrolada de esa información por un tercero puede conllevar (con los debidos matices según se trata del Estado o de un particular). Una interpretación del contenido del artículo 18.1 CE que viene avalada por una reiterada jurisprudencia constitucional (23).

Como instituto de garantía de la intimidad, se le atribuye al individuo un derecho a ser informado sobre los datos que otro posee sobre su persona, una

(22) Véase la STC 110/1984 (f. j. 3). El ATC 560/1983, al inadmitir un recurso de amparo en el que se pretendía vulnerado por ciertos autos judiciales un derecho a obtener libremente información en el seno de una compañía mercantil, sostiene que «el derecho a obtener libremente información, protegido por el artículo 20.1.d de la CE, no supone obviamente la correlativa obligación de toda persona física o jurídica de suministrar información de cualquier tipo a todo el que la solicite: obligación que sólo se producirá en los casos que la Ley señale, y en el presente caso, en los supuestos previstos en la Ley de sociedades anónimas, supuestos cuya estimación no corresponde al Tribunal Constitucional» (f. j. 1). (La cursiva es nuestra.) El Tribunal reitera esta idea desde la perspectiva del derecho a comunicar información en la STC 6/1988 cuando afirma que «(...) nunca podrían legitimarse (desvelaciones de secretos) esgrimiendo una libertad de información que no existe, por definición, para comunicar o difundir (...) datos que puedan quedar lícitamente sustraídos al conocimiento público (...) por más relevantes que pudiera pretenderse fueran para terceros» (f. j. 6). (La cursiva y el paréntesis son nuestros.)

(23) Dos ejemplos ilustrativos de esta jurisprudencia pueden verse en las SSTC 110/1984, 231/1988 y 197/1991, entre otras muchas. Véase un estudio de esta jurisprudencia en el artículo de JAVIER PARDO FALCÓN: «Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34 (1992), págs. 141 y sigs.

facultad cuya existencia debe respetar el legislador y los demás poderes públicos, porque de otro modo se vaciaría de contenido un aspecto crucial del derecho a la intimidad. Ese derecho a ser informado es un derecho perfecto desde la perspectiva constitucional porque sólo requiere la abstención del tercero, en este caso, del ente público titular de un fichero automatizado de datos personales, que no debe impedir el acceso a esos datos. No necesita, pues, de desarrollo legal, no es, por consiguiente, un derecho de configuración legal, sin perjuicio de que el legislador arbitre ciertas formalidades o procedimientos para su ejercicio. A falta de esta regulación, que encaja en la reserva del artículo 53.1 CE, aquel derecho a ser informado puede ejercerse en conexión con la previsión del artículo 105.b CE, hoy desarrollada en el Capítulo I del Título IV de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al menos en lo que toca a la información sobre la existencia y finalidad de los ficheros, como tendremos ocasión de comprobar en el siguiente epígrafe.

El apartado 4 del artículo 18 ordena al legislador, sea éste nacional o asuma el nacional lo hecho por el internacional (concretando el genérico deber de protección de los derechos fundamentales contenido en el artículo 9.2), que limite el uso de la informática, es decir, que regule la lícita existencia y uso de ficheros automatizados de datos, ya sean públicos o privados. Esta norma legal tiene por objeto ese ámbito en el que se debe tener en cuenta, si no se quiere vulnerar los derechos del artículo 18.1, el derecho a ser informado sobre los datos personales almacenados en los ficheros por un lado y a controlar el uso que de los mismos se hace por otro. La protección efectiva de los derechos fundamentales del artículo 18.1 exige saber de la existencia, contenido y finalidad de esos ficheros automatizados. Un derecho a saber cuya protección justifica la intervención del legislador (24). Además, la Constitución habilita al legislador para que la regulación del uso de la informática tenga por objeto la garantía de otros derechos distintos a los del ámbito propio de la intimidad o el honor personales o familiares, pues establece que también ha de servir para garantizar el pleno ejercicio de otros derechos individuales (25).

(24) En el caso de ficheros de titularidad privada no cabe duda de que el artículo 18.4 habilita al legislador para imponer límites a la actividad económica privada que pueda desarrollarse en torno al tratamiento automatizado de datos, lo que no siempre constituirá un límite a la libertad de empresa del artículo 38, pues ya ha dicho el TC en su sentencia 83/1984 que el precepto citado protege la iniciación y el sostenimiento en libertad de una actividad empresarial, pero no que pueda emprenderse cualquier actividad empresarial.

(25) La Constitución habilita así al legislador para que extienda la protección de la «vida privada» o privacidad, haciendo uso del barbarismo anglosajón. Ciertamente esa extensión a

La ley del apartado 4 del artículo 18 no tiene que desarrollar ni regular el ejercicio de ningún derecho fundamental para satisfacer dicha remisión. Ese apartado hace explícito e indubitado un mandato al legislador que, de no existir así, tendría su origen en la interpretación conjunta del artículo 18.1 y del apartado 2 del artículo 9 (remoción de obstáculos y promoción de un efectivo disfrute de los derechos). No hay un derecho de configuración legal, ni el derecho a la intimidad se convierte en un derecho-fuente al que el legislador pueda ir adheriendo nuevos contenidos afectados por la rigidez constitucional. El precepto tan sólo contiene una remisión a la ley que no modifica en nada la naturaleza del apartado 1 del artículo 18 ni habilita al legislador a adicionar al contenido constitucionalizado del derecho a la intimidad más de lo que ya tiene de suyo. Aún más, esa ley que limita el uso de la informática no tendría por qué contemplar un derecho a la autodeterminación informativa o su concreción en un derecho a ser informado sobre la existencia, contenido y finalidad de ficheros automatizados, porque ese poder jurídico individual ya está contenido en el derecho a la intimidad o al honor.

Es cierto que ese derecho a la autodeterminación informativa sólo se reconocería para el caso de ficheros automatizados cuyos datos almacenados afecten a la intimidad o al honor constitucionalmente protegidos. Pero la ley puede ampliar el ámbito de garantía y atribuir al individuo un derecho a la autodeterminación sobre informaciones que, no afectando a su intimidad u honor, sí pueden repercutir en el «pleno ejercicio» de otros de sus derechos. Si así lo hiciese, no se estaría desarrollando ni regulando el ejercicio de los derechos fundamentales del apartado 1 del artículo 18, sino estableciendo un derecho legal del individuo cuya existencia abandona la Constitución a la voluntad del legislador, porque de lo que no cabe duda alguna es que el legislador es el encargado por la Constitución de establecer qué uso de la informática es lícito o ilícito (26). Esto no significa que a falta de esa intermediación legislativa el uso de la informática no encuentre un límite constitucionalmente impuesto en el respeto a los derechos fundamentales, sean o no del artículo 18 (téngase en

ámbitos que exceden el de la intimidad y el honor se realiza en el plano de la legalidad, pues la garantía constitucional de esa privacidad se reduce a los derechos del artículo 18. Véase la STC 170/1987. De este modo sólo hay menoscabo de un derecho fundamental si la invasión de la vida privada afecta a la intimidad, al honor, al domicilio o a las comunicaciones personales, aunque el legislador pueda establecer ciertas garantías ordinarias para supuestos como el caso del secreto bancario, así lo sostiene la STC 110/1984 y el ATC 52/1992.

(26) Se trataría de uno de esos terrenos penumbrosos colindantes con la privacidad o esfera privada cuya garantía frente a terceros, en la medida en que afecte a derechos del individuo, le compete precisar al legislador.

cuenta la libertad ideológica y de culto del artículo 16 o la no discriminación por alguna de las razones del artículo 14), para cuya efectiva protección se requiere garantizar al individuo su disposición sobre los datos relativos a su esfera privada constitucionalmente protegida, lo que se manifiesta en dos concretas facultades individuales: la de negarse a suministrarlos y la de poder informarse sobre quién los tiene en su poder y que uso les ha dado (derecho a la autodeterminación informativa).

Así, pues, si el legislador prohibiese o dificultase de forma tal el derecho a la autodeterminación informativa del individuo en lo tocante a la intimidad o al honor o no contemplase ese derecho para proteger otros intereses (cuya determinación y el alcance de su protección deja el constituyente en manos del legislador), estaría vulnerando los derechos fundamentales del artículo 18.1 en particular o los que se vieran afectados por la medida legislativa (27). Cosa distinta es que el legislador pueda establecer un derecho de prestación a cargo del Estado, convirtiendo su *deber de publicidad*, objeto del derecho a ser informado sobre la existencia, contenido y finalidad de ficheros automatizados, en un *deber de información* sobre esos datos o ampliar uno y otro deber a los ficheros no automatizados o cuya titularidad sea privada y no pública. Es en estos casos de creación de derechos de prestación, como ha destacado Ignacio de Otto y Pardo, donde cobra virtualidad la reserva de ley del artículo 53.1. dado el riesgo que late, cuando se derivan de un derecho de libertad derechos de prestación, de que la prestación imponga límites al mismo derecho de libertad que le sirve de fuente o a otros derechos de libertad; aspecto de esta reserva de regulación del ejercicio a la que se ha prestado poca atención (28). Sin perjuicio de que en esa misma ley, como hace el Convenio o la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, puedan incluirse preceptos que excedan la remisión del apartado 4 del artículo 18 y desarrollen los derechos del apartado 1 o regulen su ejercicio, en este caso, las condiciones de tiempo, lugar y forma para acceder a los ficheros. Unos resultados que se alcanzan sin que sea preciso acudir, como hace el TC, a la doctrina de los derechos fundamentales de configuración legal (29).

(27) Para Javier Jiménez Campo estaría vulnerando el «contenido esencial» de esos derechos, transgrediendo el límite que al legislador le impone el artículo 53.1. Esto es así porque para este autor la reserva legal del citado precepto es una cláusula residual en la que debe ubicarse toda intervención del legislador, sea de desarrollo o de mera afectación de los derechos fundamentales, con lo que los términos «regulación del ejercicio» no se refieren a concepto jurídico o ninguno. Véase su artículo «El legislador de los derechos fundamentales», en *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1993, págs. 473 y sigs.

(28) Véase IGNACIO DE OTTO Y PARDO: «La regulación del ejercicio...», c. t., págs. 159 y 170.

(29) La doctrina jurisprudencial de los derechos fundamentales de configuración legal es aún ciertamente vidriosa y ha sido utilizada por el TC con gran cautela. Véanse, entre otras, las

Una vez hechas estas aclaraciones estamos en condiciones de responder a la pregunta formulada al inicio de este epígrafe: ¿puede el Convenio ser la ley de la remisión del apartado 4 del artículo 18 CE? El TC no da respuesta explícita alguna a esta cuestión. Incluso puede deducirse de los párrafos antes transcritos de su fundamento jurídico 6 y de las palabras del fundamento jurídico 9 que la respuesta es negativa:

No es ocioso advertir que la reciente aprobación de la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LO 5/1992, de 29 de octubre) no hace más que reforzar las conclusiones alcanzadas con anterioridad. La creación del Registro General de Protección de Datos, y el establecimiento de la Agencia de Protección de Datos, facilitarán y garantizarán el ejercicio de los derechos de información y acceso de los ciudadanos a los ficheros de titularidad pública, y además extienden su alcance a los ficheros de titularidad privada. Pero ello no desvirtúa el fundamento constitucional de tales derechos, en cuanto imprescindibles para proteger el derecho fundamental a la intimidad en relación con los ficheros automatizados que dependen de los poderes públicos.

Por el contrario, nuestro parecer es que el Convenio sí satisface, aunque de forma principal (se trata de un tratado «non self-executing»), la remisión del artículo 18.4. La remisión se hace a un procedimiento, el legal. Un procedimiento legal donde cabe que se conciten el legislador nacional o el internacional cuando son tratados del artículo 94.1, dado que en este caso siempre está a salvo la intervención decisiva del legislador nacional con el trámite de autorización parlamentaria de la ratificación del tratado, convalidando lo hecho por el legislador internacional (no es una delegación de competencias, como en el

SSTC 15/1982 (f. j. 8), 106/1987 (f. j. 7), 24/1990 (f. j. 2), 25/1990 (f. j. 6), 26/1990 (f. j. 5). Sostener que hay derechos fundamentales de configuración legal porque la Constitución prevé expresamente la existencia de estos derechos o porque la naturaleza del derecho así lo exige (STC 15/1982 [f. j. 8]) implica que hay otros derechos que son de configuración enteramente constitucional. Aparentemente, la diferencia estriba en que mientras estos últimos tienen todo su contenido abstractamente definido en el precepto constitucional que los contiene y el legislador sólo puede concretar y precisar lo que ya está en la Constitución, en los de configuración legal, sin embargo, la Constitución sólo establece un «mínimo» del derecho, que el TC ha identificado con su existencia, indisponible al legislador, atribuyendo a este mismo legislador la definitiva configuración de lo que resta de su contenido. Si la diferencia es ésta, los derechos fundamentales de configuración legal estarían sometidos a una reserva de ley distinta de las previstas en los artículos 53.1 y 81.1, pues éstas no habilitan para «inventar» el contenido de un derecho individual, sino para concretar o regular lo que ya ha inventado el constituyente. Además, técnicamente se asemejarían a una «garantía institucional» cuyo objeto es un derecho individual y no una institución de derecho público o privado. Como es obvio, no es éste el lugar adecuado para abordar tan importantes cuestiones; quede, al menos, constancia de ellas.

artículo 93) (30). Los tratados pueden ser una vez ratificados y publicados (artículo 96), una «ley» que desarrolle o regule el ejercicio de un derecho o tan sólo que le afecte ordenando garantías complementarias de tipo procesal u orgánico. Incluso puede ser norma que contemple derechos de prestación, pues esto no soslaya la necesaria mediación legislativa presupuestaria y la organizativa de la Administración, lo que avalan las letras *d*) y *e*) del artículo 94.1.

En efecto, el problema de los derechos de prestación no puede plantarse en los términos que lo hacen el Abogado del Estado y el Voto Particular a la sentencia, pues afirman una reserva absoluta al legislador nacional en caso de creación de los derechos prestacionales, que obvia las citadas letras *d*) y *e*) del artículo 94.1.

Los derechos de prestación, que como es bien sabido requieren de una articulación normativa más compleja que la exigida por un derecho de libertad para ser efectivos, siempre necesitan de mediación legislativa, nacional o internacional. La medida puede venir avocada por la norma constitucional (caso del artículo 27.9, por ejemplo). Pero puede derivarse también, sin grandes dificultades, de la interpretación conjunta del artículo 9.2 y del artículo 53.1 respecto de un precepto constitucional que regule un derecho de libertad. Lo que es de configuración legal, por tanto, no es ese derecho de libertad, ni siquiera por extensión el derecho fundamental que lo contiene, sino su faceta prestacional.

El derecho de libertad puede que necesite del complemento de un derecho de prestación, bien porque así lo impone la Constitución o porque su efectivo disfrute impone al Estado una política de prestaciones normativas, de bienes o de servicios (artículo 9.2). El artículo 53.1 reserva a la ley el establecimiento

(30) Además del artículo 74.3 CE, véase el Título VII, Capítulo I, del Reglamento del Congreso de los Diputados, que pese a regular la autorización parlamentaria para la ratificación de los tratados internacionales fuera del título dedicado a los procedimientos legales común y especiales, indica en el artículo 156.1 que su tramitación se ajustará al procedimiento legislativo ordinario. El Reglamento del Senado, sin embargo, lo regula en la Sección VII del Capítulo II, «De los procedimientos legislativos especiales», de su Título IV, «Del procedimiento legislativo». No obstante, parece problemático que también el legislador internacional pueda cubrir el espacio reservado a la ley orgánica. Sin embargo, piénsese lo absurdo de que un tratado internacional tenga vedado el «desarrollo» de un derecho fundamental por corresponder al legislador orgánico, siempre nacional, esa tarea cuando el tratado prevalecerá sobre la ley orgánica que lo haga, porque ésta no puede contradecir lo dispuesto en ese tratado. Tampoco debe olvidarse que si la materia de ley orgánica está vedada al tratado, habrá una distribución de competencias entre el legislador internacional y el nacional, tesis que, como ya se ha indicado anteriormente, aquí no se comparte. [No es baladí la objeción a nuestras opiniones para poder equiparar este procedimiento con el legislativo que se desprende de las peculiaridades del trámite de enmiendas en el proceso de concesión de la autorización parlamentaria. No obstante, el reproche es menor si se atiende al procedimiento de propuesta y adopción de las *reservas* a los tratados.]

de esas prestaciones en tanto son parte de la regulación del ejercicio efectivo de un derecho fundamental, ley que, como ya se ha dicho, puede tener su origen en el legislador internacional o en el nacional. De este modo no sólo se da pleno sentido al artículo 94.1 letras *d*) y *e*), sino que se afirma a un tiempo que los tratados que se ratifican por la vía del artículo 94.2 no pueden crear esas prestaciones.

Cuestión distinta es que la norma de origen internacional o nacional que establece prestaciones a cargo del Estado requiera para su aplicación de la colaboración de otras normas de desarrollo y ejecución o que establezcan la forma en que esa prestación se puede hacer efectiva. Hay casos, no obstante, en los que realizar la actividad prestadora de bienes y servicios no exige de esa colaboración normativa, pues la prestación puede llevarse a cabo con los medios existente y ordinarios.

No quiere decirse con ello que siempre que se dé ese caso pueda derivarse de un derecho de libertad una prestación. Esto sería tanto como habilitar al juez para que haga las funciones que el artículo 53.1 reserva en exclusiva al legislador. Un argumento que se refuerza a la vista de los posibles límites que tal actividad prestadora puede imponer a los derechos de libertad de terceros, lo que en ocasiones requerirá la presencia del legislador orgánico (31). Sino que, como muy acertadamente señala el TC en el fundamento jurídico 3 de la sentencia que se comenta, la Administración Pública no siempre puede aducir «la imposibilidad material» como disculpa que la exonere de su debido respeto a los derechos fundamentales:

(31) Christian Starck está acertado cuando señala que los tribunales no tienen competencia para compeler al legislador a establecer los medios financieros necesarios para una determinada prestación o para amparar una prestación que imponga obligaciones de hacer al Estado o a los particulares sin una cobertura normativa previa. Aunque el Estado sí está obligado en el ejercicio de su función legislativa y presupuestaria a cumplir su deber de protección de los derechos fundamentales. Véase su artículo «Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?», en STARCK (ed.): *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgericht*, vol. II, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1976, págs. 516 y sigs., especialmente 517-520. Esto ya lo había indicado también PETER HÄBERLE en su contribución: «Grundrechte im Leistungsstaat», en *VVDStRL*, tomo 30 (1972), págs. 103 y sigs. Que el legislador pueda establecer derechos de prestación a partir de un derecho de libertad no implica necesariamente que se desvincule de los derechos fundamentales. El hecho de que puedan derivarse derechos de prestación de un derecho fundamental en modo alguno significa que su contenido quede a disposición del legislador. La indeterminación del objeto de la pretensión es intensa, pero también lo es en el caso de los derechos de libertad, tan sólo se trata de una diferencia de grado en la abstracción de la conducta protegida y sus específicas garantías; así lo dice PETER HÄBERLE: *art. cit.*, págs. 112 y sigs.

El que un determinado órgano administrativo disponga, o carezca, de los medios materiales o de las atribuciones competenciales precisos no sirve para discernir los derechos de un ciudadano, especialmente si esos derechos son declarados por la Constitución. La cuestión que debemos determinar en este proceso es si el actor tenía o no derecho, en virtud del artículo 18 CE, a que la Administración le suministrase la información que solicitaba. *Si tiene derecho a ella, es deber de todos los poderes públicos poner los medios organizativos y materiales necesarios para procurársela; si no tiene derecho, sigue siendo igualmente irrelevante el que dichos medios existan o no.* (La cursiva es nuestra.)

El TC ha declarado que tal derecho existe, veamos ahora cuál es su naturaleza y si necesariamente ha de tratarse de un derecho de prestación.

IV. EL DERECHO A SER INFORMADO SOBRE LA EXISTENCIA, CONTENIDO Y FINALIDAD DE LOS FICHEROS AUTOMATIZADOS DE DATOS PERSONALES

Lo pretendido por el recurrente frente a la Administración pública, y cuya tutela buscó en los tribunales, fue el derecho a poder:

— Conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sus finalidades principales, así como la identidad y la residencia habitual o el establecimiento principal de la autoridad controladora del fichero.

— Obtener a intervalos razonables y sin demora o gastos excesivos la confirmación de la existencia o no en el fichero automatizado de datos de carácter personal que conciernan a dicha persona, así como la comunicación de dichos datos en forma inteligible.

Este no es otro que el contenido de las letras *a)* y *b)* del artículo 8 del Convenio y que define los dos poderes jurídicos individuales, que de manera generalizada, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se tienen por indispensables para entender garantizado con efectividad el derecho a la autodeterminación informativa del individuo. El propio TC tiene dicho en su sentencia 110/1984 (f. j. 3):

El reconocimiento explícito en un texto constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente y se encuentra en muy pocas Constituciones, entre ellas la española. Pero su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales. La inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, *que debe ser excluido del conocimiento ajeno y de*

las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio (...) y el respeto a la correspondencia (...). De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida. (La cursiva es nuestra.)

La STC 254/1993 hace lo propio en su fundamento jurídico 4 al considerar el tratamiento automatizado de datos personales como un «medio» de intromisión en la vida privada:

Paradójicamente, los riesgos derivados del exceso, de los errores o del uso incontrolado de información de carácter personal no pueden ser afrontados eficazmente por los particulares afectados a causa de una información insuficiente, pues los ciudadanos se encuentran inermes por la imposibilidad de averiguar qué información sobre sus personas almacenan las distintas Administraciones Públicas, premisa indispensable para cualquier reclamación o rectificación posterior. Menos aún pueden conocer y prevenir o perseguir el uso desviado o la diseminación indebida de tales datos, incluso aunque le causen lesiones en sus derechos o intereses legítimos. (La cursiva es nuestra.)

Añadiendo en el fundamento jurídico 7:

Los argumentos que esgrime el Abogado del Estado en contra de este juicio no son convincentes. Si, como acepta dialécticamente en sus alegaciones, el derecho fundamental a la intimidad puede justificar en determinados casos que un ciudadano se niegue a suministrar a las autoridades determinados datos personales, *no se ve la razón por la que no podría justificar igualmente que ese mismo ciudadano se oponga a que esos mismos datos sean conservados una vez satisfecho o desaparecido el legítimo fin que justificó su obtención por parte de la Administración o a que sean utilizados o difundidos para fines distintos, y aun ilegales o fraudulentos, o incluso a que esos datos personales que tiene derecho a negar a la Administración sean suministrados por terceros no autorizados para ello.* Toda la información que las Administraciones Públicas recogen y archivan ha de ser necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye la Ley y ha de ser adecuada para las legítimas finalidades previstas por ella, como indicamos en la STC 110/1984, especialmente fundamentos jurídicos 3 y 8, pues las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental

a la libertad de expresión que proclama el artículo 20 CE (STC 185/1989, f. j. 4.4, y ATC 19/1993) (32). (La cursiva es nuestra.)

El Abogado del Estado y el Voto Particular que acompaña a esta sentencia han querido ver en estos poderes jurídicos la imposición a la Administración Pública de un derecho de prestación. Sin embargo, este planteamiento prestacional no es necesario, y en este caso ni siquiera correcto, para definir la naturaleza de este derecho a ser informado como una manifestación constitucional de la autodeterminación informativa individual.

Para el TC, en esta sentencia que se comenta, y a nuestro juicio de manera acertada, el artículo 18.1 garantiza como instrumento de una efectiva protección del derecho a la intimidad y al honor un derecho a ser informado sobre la existencia, contenido y finalidad de aquellos ficheros automatizados públicos o privados que contengan datos personales. Así lo expresa el TC en el fundamento jurídico 7:

Esta constatación elemental de que los datos personales que almacena la Administración son utilizados por sus autoridades y sus servicios impide aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión. *Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de una Administración pública donde obran datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el artículo 18 CE, y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos. Por ende,*

(32) Un ejemplo de los efectos prácticos del control sobre el uso que el Estado puede dar a esos datos lo ofrece la sentencia del TEDH, asunto *Leander*, de 26 de marzo de 1987. A un ciudadano no se le contrata para trabajar en un museo naval porque un informe policial confidencial sobre sus actividades políticas, remitido a la autoridad competente, y cuyo contenido desconoce, y por tanto no puede impugnar, desaconseja su contratación, dado que el desempeño de su actividad laboral le permite transitar por zonas militares de acceso restringido. El Tribunal, en una decisión ciertamente controvertida en su propio seno (véanse los numerosos votos particulares a la sentencia y la polémica en la Comisión), estima no vulnerados ni el artículo 8 (derecho a la vida privada), ni el artículo 10 (derecho a recibir información) —en ambos casos por unanimidad—, ni el artículo 13, que fue el motivo de toda la polémica (derecho al recurso efectivo). La razón que adujo el TEDH para no condenar al Estado sueco en esta ocasión es que el individuo contaba con suficientes mecanismos de tutela administrativa y judicial al servicio de sus intereses para impugnar los actos de la Administración Pública, aun desconociendo el contenido del citado informe confidencial. Además, el TEDH consideró que la autoridad policial actuó correctamente de acuerdo con la legislación aplicable al caso, que le habilita para realizar dichos informes confidenciales y los rodea de las garantías jurídicas exigibles en un Estado democrático.

dichas facultades de información forman parte del contenido del derecho a la intimidad, que vincula directamente a todos los poderes públicos, y ha de ser salvaguardado por este Tribunal, haya sido o no desarrollado legislativamente (STC 11/1981, f. j. 8, y 101/1991, f. j. 2). (La cursiva es nuestra.)

El derecho que la Constitución garantiza en su artículo 18 se manifiesta también, pues, en este derecho a ser informado que, a pesar de las apariencias, no es de prestación, sino un derecho de libertad a que nadie, en este caso la Administración Pública, impida el acceso, y esto es importante, no sólo a la información sobre la existencia y finalidad de esos ficheros automatizados de titularidad pública, sino a la concreta información que contengan sobre la persona que la solicita. Y hemos dicho que esto es importante porque el derecho a ser informado del artículo 18 no puede agotarse en el acceso a la información sobre la existencia y finalidad de esos ficheros, porque esta libertad en el acceso deriva sin más del *deber de publicidad* que le impone al Estado el *derecho a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión* que garantiza el apartado d) del artículo 20.1 y que, en lo tocante a los archivos y registros públicos, ha venido a concretar el artículo 105.b. Lo que es propio de aquel derecho a ser informado del artículo 18, sin necesidad de configurarse como una prestación, es la garantía del acceso a la información que contengan los ficheros automatizados.

La lesión del artículo 18.1, que el TC advierte, deriva de la falta de publicidad en que incurre la Administración Pública y que describe con precisión la sentencia comentada del TC en su fundamento jurídico 8:

Al desconocer estas facultades, y no responder a las peticiones deducidas por el señor O., la Administración del Estado hizo impracticable el ejercicio de su derecho a la intimidad, dificultando su protección más allá de lo razonable, y por ende vulneró el artículo 18 de la Constitución.

Por ello no es pertinente hablar, como hace el Abogado del Estado en su razonamiento, de si el actor sospecha, con mayor o menor fundamento, que las autoridades estatales guardan datos en sus archivos o registros que quizá son lesivos para su esfera privada. *Es suficiente con constatar que, al negarse a comunicarle la existencia e identificación de los ficheros automatizados que mantiene con datos de carácter personal, así como los datos que le conciernen a él personalmente, la Administración demandada en este proceso vulneró el contenido esencial del derecho a la intimidad del actor, al despojarlo de su necesaria protección.* Por lo que procede estimar el presente recurso de amparo. (La cursiva es nuestra.)

La Constitución española sienta como regla general la publicidad de todo

aquello que afecte al Estado (33). No hay ninguna norma en la Constitución que establezca un elenco de materias y asuntos del Estado que deban mantenerse fuera del ámbito de lo público y, por consiguiente, dejen de ser accesibles a cualquiera.

A falta de norma constitucional que expresamente lo dispongan, no cabe deducir de la interpretación sistemática de la Constitución española la existencia constitucional de una habilitación general para establecer *materias reservadas*, en el sentido lato que aquí se le da al término, de materias sustraídas al conocimiento público.

La protección que la Constitución dispensa al derecho a recibir información del artículo 20.1.d transforma el principio general de publicidad del Estado en un deber general de publicidad. El principio democrático (artículo 1) no sólo impide que el Estado tenga asuntos propios sustraídos al conocimiento y control públicos (prohibición del secretismo), sino que también articula ese impedimento en un derecho individual, el «derecho a recibir información» del citado precepto (34). El Estado debe abstenerse de interferir la recepción de

(33) Sobre esto, véase el artículo de FERNANDO SAINZ MORENO: «Secreto e información en el Derecho público», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a García de Enterría*, vol. III, Madrid, Civitas, 1991, págs. 2863 y sigs. Consúltese también el trabajo de JEANNE LEMASURIER: «Vers une démocratie administrative: du refus d'informer au droit d'être informé», en *Revue du Droit Public*, núm. 5 (1980), págs. 1239 y sigs., donde se utiliza la contraposición entre el secreto como regla y la información como excepción y viceversa, el secreto como excepción y la información como regla; véase también el libro de PATRICK BIRKINSHAW: *Reforming the Secret State*, Filadelfia, Open University Press, 1990, y el artículo de GREGORIO ARENA: «Trasparenza amministrativa e democrazia», en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, núms. 97-98 (1992), págs. 25 y sigs.

(34) Véase sobre esta cuestión lo dicho por FERNANDO SAINZ MORENO en el artículo citado, «Secreto e información...», págs. 2941 y sigs. También es de interés el de MANUEL ALVAREZ RICO: «El derecho de acceso a los documentos administrativos», en *Documentación Administrativa*, núm. 183 (1979), págs. 103 y sigs., en particular las págs. 118 y sigs. Ese «impacto constitucional» que ha producido la regulación del acceso ciudadano a la información en posesión del Estado ha tenido su más vivo y reciente debate en Gran Bretaña. Ya es significativo el título del trabajo de AUSTIN: «Freedom of Information: The Constitutional Impact», en JOWELL/OLIVER (eds.): *The Changing Constitution*. Oxford, Clarendon, 1985, págs. 331 y sigs., donde señalaba la necesidad de reformar la muy rígida *Official Secrets Act* (1911) como consecuencia de la necesidad democrática de asegurar la publicidad del Estado como regla general y el libre acceso a la información de la ciudadanía (incluso se llegó a proponer la promulgación de una *Freedom of Information Act* como la existente en los Estados Unidos desde 1966 —la conocida FOIA—). Véase también el artículo de JAMES CORNFORD: «Official Secrecy and Freedom of Information», en HOLME/ELLIOTT (eds.): *1688-1988. Time for a New Constitution*, Londres, Macmillan, 1988, págs. 143 y sigs. Esa reforma tuvo lugar en 1989 con una nueva *Official Secrets Act*. Sobre esta última, véase el libro ya citado de BIRKINSHAW: *Reforming the Secret State...*, especialmente págs. 15 y sigs.; el de JOHN D. BAXTER: *State, Security, Privacy and Information*, Nueva York-

información a la que tiene derecho a acceder el individuo receptor. Los poderes públicos carecen de una habilitación general para establecer qué es accesible y qué no lo es en el ámbito de lo público, puesto que, si no bastara la inexistencia de una atribución constitucional de esa competencia, el deber de abstención derivado del derecho de libertad a recibir información así lo impone.

Cuando el Estado sustrae información al conocimiento público sin justificación legal, incumpliendo su deber de publicidad, el individuo puede reaccionar ante esta perturbación de su libre e igual acceso a los «asuntos públicos». En este caso, se ejercita el derecho de libertad a recibir información frente a la información que el Estado debe suministrar, no un derecho de prestación (35).

El deber general de publicidad del Estado no deriva de la articulación de ningún derecho individual a obtener información, por tanto, de un derecho de prestación a través del cual el individuo puede obligar al Estado a que le informe sobre aquello que sea de su interés. El poder público puede cumplir con su deber de publicidad con tan sólo no impedir el acceso a la información que posee como fuente, pero no tiene obligación alguna de transmitir esa información al público o a su demandante.

En ningún caso se trata de un derecho de prestación que torne al receptor en demandante de información. El derecho a recibir información no impone la transmisión de información a cargo de los poderes públicos. Ahora bien, si el Estado decide o debe suministrar información, como es el caso del deber que le impone el artículo 5 de la Ley Orgánica 5/1992 (36), y no lo hace de infor-

Londres-Toronto, Harvester-Wheatsheaf, 1990, págs. 26 y sigs., y STEPHANIE PALMER: «La Ley británica de secretos oficiales de 1989», en *Revista de Administración Pública*, núm. 126 (1991), págs. 495 y sigs.

(35) Cuando se habla de «asuntos públicos» en este contexto se está hablando no de cuestiones cuya calificación de «públicas» depende de una ponderación o valoración del interés general que pueda haber en su conocimiento. El interés general no es la medida de lo que sea información. Aquí los asuntos son públicos por el mero hecho de que afectan a todos con independencia del interés real o previsto. Se trata de una presunción jurídica. Lo que afecta a todos debe poder ser conocido por todos. Dicho con pocas palabras, la fuente, en el supuesto del Estado, es en sí información y lo que se discute es si se puede o no hacer inaccesible esa fuente de información.

(36) Dice ese precepto, que se encabeza con el título de «derecho de información en la recogida de datos»: «Los afectados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) De la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información. b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que le sean planteadas. c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a

mación veraz o si el propio Estado impide la recepción de la información bien interfiriendo su acceso, bien impidiéndolo sin la debida habilitación legal para sustraer esa información al conocimiento público, provoca una lesión en el derecho de libertad a recibir información frente a la que puede reaccionar el sujeto receptor e incluso acudir en amparo ante el TC.

No obstante, ese deber general de publicidad no es un fenómeno jurídico uniforme ni su sede normativa debe buscarse únicamente en el derecho a recibir información del artículo 20.1.d. Consta de diversas facetas, y una de ellas es este derecho a ser informado recogido en el artículo 18.1.

Dentro de los supuestos que aquí se han mencionado, se ha hecho referencia a la vía del artículo 105.b, que establece que una ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos (37). Sin duda se trata de un supuesto en el que el Estado actúa como fuente de información, planteándose la duda de si el acceso a estas fuentes estatales, que son los archivos y registros públicos, posee alguna conexión con el artículo 20.

A nuestro juicio, el artículo 105.b es una norma que pretende organizar el acceso a los «asuntos públicos» cuando su fuente es un archivo o registro público, y en cuanto fuentes que contienen información accesible a cualquiera son también medios de su difusión. En efecto, remite al legislador la regulación del acceso a esa información. Pero no por este motivo la información que contienen los archivos y registros deja de ser accesible a cualquiera. El precepto no establece la inaccesibilidad, todo lo contrario. El propio precepto indica en qué casos puede limitarse esa accesibilidad: cuando la información afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

La ley no tiene por qué establecer un derecho a informarse o a obtener información, sino un acceso reglado que no puede coartar la igualdad y libertad de los receptores en su acceso a la información. Si la Administración incumpliera su deber, el individuo podría ver lesionado su «derecho a recibir

suministrarlos. d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación. e) De la identidad y dirección del responsable del fichero.» A todas luces aquí se está ante un derecho de prestación frente al Estado diferente al derecho de libertad recogido en los artículos 13 y 14 de la misma ley. Cuando el Estado recoge información debe informar al individuo de tales extremos en virtud de lo dispuesto en ese artículo 5.1. Mientras que los artículos 13 y 14 prevén el supuesto del individuo que desea acceder a cierta información que posee el Estado pretendiendo de éste que no se lo impida.

(37) Sobre la naturaleza de este precepto, véase por todos el libro de JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO: *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (Análisis del artículo 105.b de la Constitución)*, Madrid, Civitas, 1993.

información». Sólo cuando la información afecta a alguna de las materias indicadas en el artículo 105.b la Administración puede denegar el acceso general y la recepción deja de ser simplemente reglada para convertirse en un derecho donde el receptor se especifica por la legitimación que le es exigida para poder acceder a la información deseada, tornándose en demandante de información que ejerce un derecho a obtenerla.

Pero como se dijo anteriormente, hay que distinguir entre el acceso a la información relativa a la persona del solicitante y el acceso a la información sobre la existencia y finalidad del fichero. Esta última es una información que debe ser accesible a cualquiera en los términos que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece, como desarrollo que es en sus artículos 37 y 38 del artículo 105.b CE. El artículo 37.2 de esta Ley prevé precisamente que «el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas» (38).

Si el Estado no permite el acceso de cualquier interesado a esa información no está vulnerando el artículo 105.b, que tan sólo dispone una reserva de ley, sino el derecho a recibir información del artículo 20.1.d, pues esa información debe ser pública. Lo específico del derecho a ser informado sobre la existencia y finalidad de los ficheros automatizados que contienen datos personales del artículo 18.1, y que ya está insinuado en el artículo 105.b, es la limitación

(38) Criterio que complementa el apartado 3 de ese precepto cuando, siendo el expediente del que se requiere el acceso un expediente nominativo, no contenga datos sobre la intimidad y que por ser valiosos para el pleno ejercicio de los derechos de un tercero permite su ejercicio por los titulares de un interés legítimo y directo. Este artículo 37, no obstante, contiene una cláusula en su apartado 4 inquietante por su expansión de los límites al acceso que prevé la Constitución. En particular, debe subrayarse la excepción de prevalencia de razones de interés público, lo que constituye una verdadera habilitación en blanco para denegar el acceso a esa información recurriendo a este criterio tan difuso, salvo que se reduzca todo ese apartado 4 a lo que rectamente quepa deducir de las excepciones que ya prevé la propia Constitución en el artículo 105. Además, su apartado 5 excluye del régimen de esta ley ciertos expedientes de los que no cabe ejercer el derecho de acceso, exclusión cuando menos discutible a la luz de lo aquí expuesto. Y el despropósito legislativo es aún mayor al establecer en el apartado 7 que «el derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos», reduciendo el derecho de acceso a peticiones sobre concretos e individualizados documentos y dejando a la voluntad de la Administración gestionar peticiones genéricas (excepto si se trata de investigadores que «acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante»). Aún más preocupante es el tono del apartado 8 de este artículo 37 cuando señala que el derecho de acceso lleva aparejada la obtención de copias o certificaciones de los documentos «cuyo examen sea *autorizado* por la Administración». No es éste el lugar para entrar a analizar estas cuestiones ciertamente discutibles de la ley, para ello nos remitimos a la obra citada de MESTRE DELGADO: *El derecho de acceso...*, en particular sus págs. 143 y sigs.

del acceso a los datos de carácter personal que se almacenen en archivos informatizados al sujeto a cuya esfera privada pertenecen. Cambia, por tanto, el objeto de la pretensión, que no es la existencia y fin de los archivos, sino los datos que contienen, y el legitimado para acceder a esa información, que no es cualquiera, sino el individuo al que se refieren esos datos.

El artículo 13 de la Ley Orgánica 5/1992 legitima a cualquier persona, y en esto no deja de ser una «ley» de desarrollo del artículo 105.b CE, para conocer de «la existencia de ficheros automatizados de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del fichero». «El Registro General será de consulta pública y gratuita», añade ese mismo precepto. La denegación del acceso a esa información implica la lesión del derecho a recibir información del artículo 20.1.d y no del artículo 18.1. El menoscabo de este último se produce si se impide el acceso que prevé el artículo 14 de esa misma ley: «El afectado tendrá derecho a solicitar y obtener información sobre sus datos de carácter personal incluidos en los ficheros automatizados.» Por consiguiente, el acceso no depende de ninguna autorización administrativa y, además, puede consistir en la «mera consulta» de los ficheros o en la «comunicación de los datos pertinentes» mediante alguno de los mecanismos que señala el precepto.

En fin, el Estado está sometido a dos deberes de signo diverso. Un deber positivo de protección de la intimidad de los individuos cuando lo que se pretende es acceder a la información relativa a datos personales por alguien que no sea el afectado. Si el Estado no impidiese ese acceso estaría vulnerando el derecho a la intimidad de este último. Téngase presente que, además, ese acceso indebido a esa información no encuentra amparo en el derecho a recibir información del artículo 20.1.d, lo que se deduce de la interpretación conjunta del apartado 4 de este precepto y las excepciones de la letra b) del artículo 105. El otro deber impuesto al Estado es negativo, de abstención. El Estado no puede impedir el acceso de cualquier interesado a la información sobre la existencia y fin de los ficheros automatizados, si lo hiciese vulneraría el derecho a recibir información del artículo 20.1.d. Pero tampoco puede impedir al afectado por esos datos que acceda a su conocimiento, porque en este caso estaría vulnerando el artículo 18.1.

En consecuencia, el derecho a recibir información garantizado en el artículo 20.1.d y el derecho a ser informado sobre los datos contenidos en ficheros automatizados del artículo 18.1 son dos manifestaciones distintas de un genérico derecho a ser informado, que, como a esta altura del razonamiento debe estar claro, no se trata, ni tiene por qué tratarse, de un derecho de prestación, sino que lo es de libertad.

V. CONCLUSIONES

En términos generales, y dejando a salvo el intento fallido de argumentar la concesión del amparo desde la hipotética existencia de una «libertad informática» de configuración legal, la sentencia ofrece en términos generales, a nuestro juicio, una correcta delimitación del denominado derecho a la autodeterminación informativa en el artículo 18 CE, aunque dando un papel secundario, ciertamente, a la remisión del artículo 18.4 y su satisfacción por el Convenio.

La Administración Pública vulnera el artículo 18 al no dar cumplimiento a su deber de publicidad, que se especifica en esta ocasión en un derecho individual a ser informado sobre los datos personales que afectan al peticionario almacenados en ficheros automatizados de titularidad pública. El acceso a la información sobre la existencia y finalidad de esos ficheros, sin dejar de ser pertinente en una eficaz protección del derecho a la intimidad personal y familiar, ya estaría garantizada en el derecho a recibir información del artículo 20.1.d CE.

El derecho a ser informado sobre los datos personales almacenados en un fichero automatizado forma parte del contenido constitucional del derecho a la intimidad, que no se reduce a su faceta negativa de reacción frente a la petición por el Estado de información sobre datos personales, sino que la intromisión en la intimidad también se produce cuando el individuo no puede controlar el uso que de esos datos se haga. Conocer quién los posee y controlar el uso y fin al que se destina esa información es garantía indispensable en una efectiva protección de la esfera privada constitucionalmente protegida. Ahora bien, ese derecho a ser informado existe con independencia de la ley del apartado 4 del artículo 18.

La remisión a la ley del apartado 4 del artículo 18 tiene como función ordenar al legislador que sea él quien establezca qué usos públicos y privados de la informática son lícitos y cuáles no. Por consiguiente, la Constitución encomienda al legislador, sea este nacional o asuma el nacional lo hecho por el internacional, el establecimiento de un sistema de protección de datos personales frente a su gestión informatizada, que deberá tener en cuenta aquellos derechos a ser informado sobre la existencia y finalidad de los ficheros automatizados y sobre los datos personales que contengan. No obstante, estos derechos son previos y autónomos de la labor legislativa que a lo sumo desarrollará o regulará su ejercicio, pero cuya existencia y eficacia directa no está a disposición del legislador. Ahora bien, si el legislador, nacional o internacional desarrolla o regula el ejercicio de los derechos a la intimidad o al honor frente a la «informática», la eficacia de los derechos fundamentales del artículo

lo 18.1 en el ámbito del tratamiento automatizado de datos personales es la que ese legislador establezca, de modo que la infracción de la norma legal supone la vulneración de esos derechos fundamentales.

Por todo ello, es secundario si el Convenio de 1981 tiene o no «eficacia directa, si es o no «self-executing». De lo que no cabe duda es que es instrumento para concretar la definición constitucional abstracta de aquellos derechos a ser informado, pero no suplanta al artículo 18 como parámetro de la constitucionalidad de la actuación administrativa y judicial.

Quizá a partir de estos presupuestos, se pueda construir un sistema efectivo de protección de los datos personales, que hoy encuentra cobertura normativa en las diversas leyes referidas en este comentario y en las normas complementarias dictadas a su amparo. Estas normas, en principio, no sólo han dado satisfacción a la remisión del apartado 4 del artículo 18, sino que también han desarrollado y regulado el ejercicio de los derechos fundamentales del apartado 1 de ese mismo precepto en lo que respecta al «uso de la informática». El TC, sin duda, ha contribuido con esta sentencia a dar un trascendental impulso a la definición constitucional del ámbito de protección de los datos personales, cuya eficaz garantía es indispensable para precisar jurídicamente el respeto a la autonomía y libertad individuales, en último término, a la dignidad individual. Tan maltrecha en estos tiempos donde la verdad parece concebirse en el interior de las máquinas.