

El derecho a la autodeterminación informativa

Observaciones desde la experiencia española

Pablo Lucas Murillo de la Cueva*

1. Introducción.

La protección de los datos personales es el principal aspecto de la tutela de los derechos de las personas frente al uso de la informática a la que se refiere el artículo 18.4 de la Constitución española¹. Conviene, por tanto, hacer una breve referencia a las razones que llevaron al constituyente a establecerla.

Esa exigencia de protección, de cuya importancia y necesidad no siempre somos conscientes, se proyecta sobre los datos personales e implica, por un lado, derechos y garantías para los titulares de esos datos de carácter personal. Por el otro, supone para quienes los recogen, tratan, transmiten o conservan, una serie de obligaciones en lo que se refiere a la calidad y a la seguridad de la información de esa naturaleza que manejan y a las condiciones en que pueden utilizarla, almacenarla, facilitarla o cederla. En este sentido, hay restricciones a la posibilidad de acceder a ella por parte de terceros, así como límites respecto de los datos personales que pueden ser tenidos en consideración y, posteriormente, incorporados a los ficheros automatizados.

En fin, la importancia que se le da a esta materia y la necesidad de articular unos mecanismos de tutela adecuados a los riesgos que, por este flanco de la información personal automatizada amenazan a los individuos, explican que el legislador, explicitando el espíritu constitucional, se haya preocupado por fijar reglas objetivas sobre el tratamiento de estos datos, hayan previsto procedimientos específicos de garantía para sus titulares

* Catedrático de Derecho Constitucional Universidad de Córdoba (España)

¹ Sobre esta cuestión, véase Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*. Tecnos, Madrid, 1990 y la bibliografía allí citada. Cfr., también, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992, del 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, en adelante LORTAD.

y que haya creado una institución pública, la Agencia de Protección de Datos, cuya razón de ser no es otra que la de velar por el cumplimiento de las normas que integran este nuevo sector del ordenamiento jurídico.

Es menester señalar que lo novedoso de esta materia —el Derecho de la protección de datos personales y el bien jurídico que pretende satisfacer: la intimidad personal o la autodeterminación informativa²— no quiere decir que haya sido abordada con improvisación por nuestro legislador. Más bien puede decirse lo contrario: después de que la Constitución de 1978 fuese —con la portuguesa de 1976— una de las primeras en hacerse eco de la necesidad de dar carta de naturaleza, como derecho fundamental, a la salvaguarda de los datos personales frente al uso de la informática, sin embargo, la adopción de normas e instituciones concretas que dieran satisfacción a tal aspiración se fue retrasando año tras año. De esta manera, hasta 1992, en que se legisla al respecto, España fue uno de los pocos países europeos carentes de una disciplina jurídica en este campo.

Cuando, por fin, las Cortes Generales deciden afrontar el desarrollo legislativo del artículo 18.4 del texto fundamental, tampoco tuvieron que inventar una normativa. Por el contrario se beneficiaron de las enseñanzas del ya abundante derecho comparado sobre la cuestión y, sobre todo, tuvieron en cuenta las previsiones del Convenio 108 del Consejo de Europa, del 28 de enero de 1981, de protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal³. Como cualquier jurista sabe, la consideración de ese documento internacional no quedaba a la discrecionalidad de las cámaras, sino que venía exigida por la propia Constitución, ya que, en su artículo 10.2, establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con (...) los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, suscritos por España».

2. Los datos personales y su valor.

El progreso científico y tecnológico ha traído consigo unas posibilidades antes insospechadas de reunir, almacenar, relacionar y transmitir todo tipo de información. Aplicada a la que se refiere a las personas, la combinación que las técnicas de la información, la automatización y la telemática ofrecen, permite obtener, centralizar y utilizar, elaborados del modo que se desee, todo tipo de datos de carácter personal. De este modo resulta que, normalmente, sin que medie advertencia alguna y, en consecuencia sin que nos percatemos de ello, bien los poderes públicos, bien los sujetos privados, tienen conocimiento de amplias parcelas de nuestras vidas y utilizan esa información que de nosotros tienen en su beneficio, pero también en un modo que puede causarnos notorios daños⁴.

Hay que advertir que el peligro potencial y real al que nos enfrentamos radica, por una parte, en el volumen de información, a menudo aparentemente irrelevante, que sobre nosotros se maneja. Por la otra, en la posibilidad cierta, de obtener —mediante el tratamiento de esos datos— nuevos elementos informativos que nos afectan. En tercer lugar, en que tales procedimientos permiten lograr el conocimiento de aspectos de

² Cfr., sobre esta cuestión, Lucas Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit., pp. 115 ss.

³ Sobre este Convenio, cfr. *El Consejo de Europa y la protección de datos personales*. Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997.

⁴ Véase, al respecto, Lucas Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit., pp. 107 ss.

nuestra vida que, además de personales, merecen ya el calificativo de íntimos. Por último, existe el riesgo de que, a partir de ese cúmulo informativo, se elaboren o construyan perfiles de nuestra personalidad en función de las cuales se tomen decisiones sobre nuestros derechos y expectativas.

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

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

3. La protección de los datos personales.

No es cuestión de reproducir aquí el debate teórico sobre el *nomen iuris* que ha de encuadrar el conjunto de técnicas jurídicas que articulan esa tutela. Sabido es que las tendencias principales apuntan a utilizar ya sea el concepto de intimidad, ya sea el de autodeterminación informativa para construir, a partir de él, el régimen jurídico que asegura esta protección. Hay argumentos para cada una de esas posturas aunque personalmente prefiero —y así lo he defendido⁵— la segunda. Ahora bien, lo importante es que, cualquiera que sea la denominación por la que se opte, nos hallamos en el ámbito de un derecho fundamental cuyo contenido jurídico está integrado por los diferentes instrumentos que integran la protección de los datos personales.

Entre ellos nos encontramos, ante todo, con la exigencia del consentimiento informado del afectado como regla que ha de observarse antes de proceder a un tratamiento. Consentimiento que solamente puede ser obviado cuando la ley así lo permita. Luego, está el reconocimiento a todos de facultades positivas

⁵ De nuevo, Lucas Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit. pp. 115 ss.; id. *Informática y protección de datos personales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 27 ss. Véase, además, recientemente, Antonio-Enrique Pérez Luño, *Manuel de informática y derecho*. Ariel, Barcelona, 1996, págs., 43 ss. Y Manuel Heredero Higuera, *Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Comentario y textos*. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 11 ss. Ahora bien, con independencia de la posición que se mantenga en torno a ese *nomen iuris* derivado del 18.4 de la Constitución, no hay duda de que se trata de un derecho fundamental. Ya se le denomine privacidad, como hace la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992, o derecho a la intimidad que es lo que prefiere la Directiva Europea 95/46.

y negativas sobre la información personal que les afecta y que sea objeto de tratamiento o se halle en ficheros automatizados. Es decir, el derecho a conocer la existencia de ficheros en los que se tratan datos personales y, en particular, los derechos a acceder a los que se refieran al afectado, rectificar los incorrectos y cancelar los excesivos, inadecuados a la finalidad para la que se recabaron u obtenidos en violación de las normas legales. Existen algunos datos que por su naturaleza particularmente sensible reciben una protección especial. Además, se han establecido reglas objetivas que han de presidir el tratamiento de los datos personales y, desde luego, se han creado instituciones –ya he mencionado la que existe en España: la Agencia de Protección de Datos, procedimientos e, incluso, sanciones específicas, penales y administrativas, para hacer efectiva tal protección y, a la postre, el derecho en causa.

4. El Derecho español de la protección de los datos personales.

Se fundamenta en el artículo 18,4º de la Constitución y ha de inspirarse en el Convenio del Consejo de Europa N° 108, de 1981. Está contenido, principalmente, en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Lortad) y en sus reglamentos de desarrollo: el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos, y el Real decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992⁶. Esta normativa, a la que cabe añadir las Instrucciones dictadas por la Agencia y la doctrina jurisprudencial, contenida principalmente en las SSTC 254/1993, de 20 de julio, y 11/1998, de 13 de enero, ha de adaptarse a las exigencias de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Directiva que ha adoptado algunos enfoques diferentes a los seguidos por nuestra ley⁷. Por lo demás, el Código Penal de 1995 ha tipificado, por vez primera en nuestro Derecho, supuestos delictivos que se refieren a lesiones particularmente graves de la autodeterminación informativa o de la intimidad (artículos 197 y siguientes).

El fruto de todo ello es un ordenamiento dotado de algún nivel de complejidad y de buenas dosis de confusión que es preciso despejar. La complejidad deriva, por una parte, de la novedad de la regulación y de los conceptos y términos que maneja. Pero, por la otra, resulta también de la dificultad de conciliar los principios generales con las normas que, en ocasiones, resuelven en contra de aquellos los supuestos concretos⁸. En este contexto, falta la orientación de la doctrina –todavía muy escasa– y de la jurisprudencia, tanto de los tribunales ordinarios, cuanto del Tribunal Constitucional: en ambos casos, es prácticamente inexistente, según vamos a ver a continuación. Antes, advertimos, sin embargo, que el panorama descrito se complica adicionalmente porque la

⁶ Sobre la LORTAD, cfr. Lucas Murillo de la Cueva, *Informática y protección de datos personales*, cit. Asimismo, Heredero Higuera, *La Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal...* cit. Respecto de esta tutela en el ámbito de las Administraciones Públicas, véase Celeste Gay Fuentes, *Intimidad y tratamiento de datos en las Administraciones Públicas*. Editorial Complutense, Madrid, 1995.

⁷ Manuel Heredero Higuera, *La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal*. Aranzadi, Pamplona, 1997, ha estudiado su contenido desde la perspectiva del ordenamiento español. También se han analizado las consecuencias que implica la transposición de esta directiva en la obra colectiva *Jornadas sobre el derecho español de la protección de datos personales*. Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996.

⁸ Me refiero, especialmente, al régimen de las cesiones de datos entre las Administraciones Públicas y a las limitaciones que experimentan los derechos del afectado ante los ficheros de titularidad pública. Cfr. Lucas Murillo de la Cueva, *Informática y protección de datos personales*, cit., pp. 95 ss.

LORTAD, básicamente una norma de carácter general que no ha sido complementada por otras de alcance sectorial, no ha previsto —ni podría haberlo hecho aunque lo hubiera pretendido— soluciones para muchos de los problemas que afloran en la realidad. Porque lo cierto es que hemos llegado a una situación en la que se hace una utilización masiva de la informática en todas las relaciones sociales y surgen cada día nuevos supuestos de conflicto entre las exigencias que impone el progreso social y económico y las que derivan de la defensa de los derechos fundamentales del individuo.

5. La primera jurisprudencia.

El Tribunal Constitucional ha dictado, hasta el momento, tres sentencias sobre estas cuestiones, aunque todavía no se ha pronunciado sobre los recursos de inconstitucionalidad que se interpusieron contra la Lortad por el Defensor del Pueblo, por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular y por el Consejo Ejecutivo y el Parlamento de Cataluña⁹. Las sentencias dictadas por ahora son la 254/1993, la 143/1994 y la 111/1998.

La primera irrumpe con fuerza en este campo y ofrece soporte para hablar de la entrada en escena de un nuevo derecho fundamental. Enlaza, pues, con cuanto afirma la Exposición de Motivos de la Lortad que, también, se manifiesta en este sentido, si bien lo hace refiriéndose a un derecho a la privacidad, barbarismo que todavía circula entre nosotros. En la STC 254/1993, el Tribunal Constitucional estima un recurso de amparo interpuesto contra la denegación del acceso por parte del afectado a sus datos personales obrantes en los ficheros de las Administraciones Públicas. La negativa a atender la solicitud se fundó en la, entonces, falta de desarrollo legal del artículo 18.4. No obstante, el Tribunal Constitucional consideró que esa decisión vulneraba los derechos que emanan del artículo 18.4 de la Constitución, interpretado a la luz del Convenio N° 108 del Consejo de Europa sobre la protección de datos personales, en su día ratificado por España. En particular, entendió que las facultades que, según este Convenio, los Estados han de reconocer a los particulares y los límites que de ellas han de derivar para quienes manejen informáticamente datos personales, debían erigirse en derechos subjetivos mediante la conexión interpretativa que impone el artículo 10.2 de la Constitución española en materia de derechos y libertades¹⁰.

La STC 143/1994 admitió la constitucionalidad del Número de Identificación Fiscal (NIF), tal como está regulado en la actualidad, entendiendo que las cautelas y garantías que rodean su utilización, especialmente las derivadas de la Lortad, salvan las objeciones que, de otro modo, podría merecer desde la perspectiva del derecho a la intimidad. No obstante, se trata de una sentencia, en buena medida, contradictoria y poco o nada sensible a las preocupaciones que presiden el Derecho de la protección de datos personales. Me refiero a que todo su razonamiento se funda en una concepción tradicional del derecho a la intimidad y a

⁹ Sobre estos recursos, cfr. Lucas Murillo de la Cueva, *Informática y protección de datos*, cit. P 23, nota 18 y en los epígrafes correspondientes.

¹⁰ Sobre esta sentencia, véase Luis Miguel Arroyo Yanes, "El Derecho de Autodeterminación informativa frente a las Administraciones Públicas (Comentario a la STC 254/93, de 20 de julio)", en *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, n° 16/1993, pp. 119 ss. Igualmente, Ana Rosa González Murúa, "Comentario a la S.T.C. 254/1993, de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la protección de los datos personales", en *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 37/1994, pp. 227 ss. También, Ignacio Villaverde Menéndez, "Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 41/1994, pp. 187 ss.

que, si bien se resiste a admitir que el NIF puede constituir una amenaza potencial para los aspectos económicos de la intimidad, acaba concluyendo que, efectivamente el riesgo no existe, no porque sea imposible, sino porque las cautelas establecidas por el ordenamiento jurídico para su utilización lo conjuran. Es decir, viene a admitir en la práctica lo contrario que al principio anuncia: sí hay peligro, pero ha sido atajado por el legislador, por cierto, añadimos nosotros, después de que el NIF hubiese sido creado y su aplicación hubiese comenzado, ya que las medidas de protección a las que se refiere la sentencia son las que aporta la Lortad, dos años posterior a las normas vigentes sobre el NIF.

Es preciso advertir que, en esta ocasión, el Tribunal Constitucional no ha tenido en cuenta que existen ejemplos en los que se ha llegado a prohibir constitucionalmente la adjudicación de un número único de identificación personal a los ciudadanos. Es el caso de Portugal. Pero también, podía haber considerado los trabajos en curso sobre la materia en la Unión Europea que llevaron, un año más tarde, a equiparar —en la Directiva 95/46— estos códigos con los datos personales a proteger. Y lo mismo ha acabado sucediendo en España, si bien mediante la ampliación, vía reglamentaria, del concepto de dato personal¹¹. De ahí que se proponga la introducción de fuertes límites a la utilización de este instrumento, pues no se desconoce su potencialidad para centralizar información personal diseminada en ficheros automatizados públicos y privados¹².

La STC 111/1998, enlaza con la doctrina establecida en la primera de las sentencias constitucionales citadas. Se refiere a un caso en el que una empresa pública —RENFE— utiliza su fichero de datos sobre afiliación sindical para confeccionar una relación de trabajadores pertenecientes al sindicato que había convocado una huelga a los efectos de detraerles la parte proporcional del salario correspondiente al periodo en que no trabajaron. En este caso, el Tribunal Constitucional da algunos pasos adelante. Así, razona desde la convicción de que nos encontramos ante un nuevo derecho: el de controlar el flujo de informaciones que conciernen a una persona. Derecho que comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo para que justificó su obtención. Es, pues, receptiva a las posiciones que reclaman el *status de habeas data* como presupuesto desde el que organizar la protección de los datos personales. Este paso es muy importante, porque supone abandonar la óptica tradicional de la tutela de la intimidad y asumir las nuevas interpretaciones que defienden la afirmación del derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática.

Contiene, además, otros puntos de interés. En lo que hace a los elementos esenciales de este derecho, subraya la importancia que tiene la finalidad para la que se recogieron los datos. Así, junto con el consentimiento libre e informado del afectado o la autorización legal, la finalidad se convierte en factor determinante de la protección de datos pues circunscribe el uso que de ellos pueda hacerse, prohibiendo, por tanto, el que se aprovechen para otros objetivos diferentes, no comprendidos en el consentimiento del titular de los datos personales o en la habilitación legal. En el caso que resuelve la sentencia, la irregularidad determinante de la violación del derecho fundamental ha consistido en que la empresa, responsable del fichero de afiliación

¹¹ Me refiero al artículo 1.4 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrolla determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

¹² Sobre estas cuestiones, cfr. Lucas Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit., pp. 189 ss.; id. *Informática y protección de datos personales*, cit., pp. 72 ss.

sindical, ha utilizado un dato recogido con la finalidad exclusiva de deducir de la retribución de los trabajadores la cuota de afiliación sindical e ingresarla directamente en la cuenta del sindicato al que cada uno pertenezca para un fin diferente: operar las deducciones salariales del que fundamentó la recogida del dato de la afiliación sindical es el que generó la lesión del derecho a la autodeterminación informativa¹³.

Por último, la STC 11/1998 añade otra reflexión significativa. Tiene que ver con el carácter instrumental que posee este derecho. En efecto, si la protección de la información personal ante los peligros derivados de su tratamiento automatizado es un bien jurídico valioso por sí mismo, también posee una dimensión instrumental en la medida en que sirve para garantizar otros derechos. Esta doble cualidad está presente en otros derechos fundamentales y, lejos de desvalorizarlos, incrementa su relevancia. En el caso aquí contemplado, el derecho a la autodeterminación informativa es instrumental respecto de la libertad sindical reconocida por el artículo 28.1 de la Constitución¹⁴.

La única sentencia significativa del Tribunal Supremo es la de su Sala Tercera, de 3 de marzo de 1995¹⁵, que reduce el concepto de interesados utilizado por los artículos 235º y 266.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial a los efectos del acceso al contenido de las resoluciones judiciales, solamente a los que tengan la condición de parte o hayan intervenido de cualquier forma en el proceso, con el objeto de evitar que empresas dedicadas a suministrar información personal se hagan con el importante y delicado volumen de datos personales que en aquéllas se recogen. También ha dictado esa misma Sala Tercera del Tribunal Supremo la sentencia de 5 de junio de 1995, pero es común opinión el desacuerdo con el que se pronuncia sobre los derechos del afectado¹⁶.

6. La virtualidad de las reglas objetivas.

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

- 1º Las que apuntan a la relación que debe existir entre el tratamiento informático de datos personales que se pretende y el cumplimiento de una finalidad legítima. Se trata de una relación de necesidad.

¹³ A lo que ha de añadirse la circunstancia, acreditada en los autos, de que el trabajador recurrente en amparo, si bien pertenecía a uno de los sindicatos convocantes de la huelga, no participó en ella, por encontrarse fuera de servicio en el período en el que aquella tuvo lugar.

¹⁴ Este caso guarda relación con el contemplado por la STC 292/1993, de 18 de octubre. Aquí el Tribunal Constitucional amparó la pretensión de una organización sindical de negarse a facilitar a la empresa la relación de sus afiliados que ésta requería para comprobar la implantación de aquella entre sus trabajadores. El Tribunal entendió que la preservación de la libertad sindical exigía amparar al recurrente. Aunque no menciona el derecho a la autodeterminación informativa, ni el derecho a la intimidad, sí relaciona la sentencia, la libertad sindical con la libertad ideológica reconocida por el artículo 16 de la Constitución. Por eso, puede considerarse esta decisión jurisdiccional en la línea de la que, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, se ha llamado *privacy in group association*. Cfr. Gerald Gunther, *Constitutional Law*^{21ª ed.} Foundation Press, Mineola, Nueva York, 1987, pp. 1350 ss.

¹⁵ Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1995/2292.

¹⁶ Cfr., al respecto, el parecer de la Agencia de Protección de Datos, en su *Memoria 1995*, pp. 184-185. Asimismo, véase el comentario de José María Álvarez-Cienfuegos Suárez en "La confidencialidad de los datos tributarios y el derecho de acceso de los contribuyentes", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 226, de 21 de diciembre de 1995. Asimismo, cfr. Heredero Higuera, op. cit., págs. 168-169.

Es decir, el tratamiento ha de ser necesario para lograr ese objetivo legítimo. Naturalmente, la desaparición de esa necesidad, elimina el presupuesto que ampara el tratamiento y dota, de este modo, de un carácter de temporalidad a conservación y utilización de esta información.

- 2° Las que se refieren a la adecuación que entre finalidad e información utilizada debe existir. Esta exigencia añade a la anterior el fundamental elemento de la proporción o medida: el tratamiento, además de necesario, ha de ser adecuado, es decir, razonable a la vista del fin que se pretende.
- 3° También hay que incluir la regla que impone la recogida leal de los datos. La lealtad en este terreno requiere el consentimiento informado del interesado o la cobertura de una autorización legal.
- 4° Igualmente, ha de jugar la exigencia de la calidad de la información obrante en el fichero o sometida a tratamiento. Calidad por la que debe velar quién la recoge o utiliza y consiste en la veracidad, exactitud y actualidad de los datos personales que se manejan. Insisto en que corresponde al responsable del fichero o del tratamiento el deber de asegurar esa calidad.
- 5° Además se han de añadir las cautelas a observar en los supuestos en los que se ceda esa información personal automatizada y a la necesidad de que sólo tenga lugar tal cesión cuando, mediando consentimiento del afectado o autorización legal se guarde la conexión de finalidad, así como la proporción, que están en el origen de la recogida de esos datos personales.
- 6° Por fin, debe tenerse bien presente el respeto a los derechos del interesado que no han de padecer otras limitaciones que las expresamente establecidas por la ley y aún éstas, cuando concuman, han de motivarse por quien pretenda hacerlas efectivas.

7. La experiencia española del Derecho de la protección de datos personales desde la perspectiva constitucional.

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

En general, conviene efectuar este recordatorio siempre que se alude al Derecho de la Protección de Datos, porque solamente entonces se capta su verdadero sentido y se pone un medio muy importante para tomarlo en serio¹⁷. Porque el artículo 18.4 no es fruto del mero divertimento, ni del refinamiento de los juristas. Al contrario, busca ofrecer protección para riesgos actuales, importantes y crecientes a los que se enfreritan las personas, de los que, sin embargo, muchos no son conscientes. Y sin una conciencia clara de la entidad del problema, no es fácil alcanzar las soluciones necesarias.

¹⁷ Es decir, se trata de aplicar en este campo el mensaje de José Joaquim Gomes Canotilho, "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 1/1982.

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

Tal como, en su día, señaló Rudolf von Ihering es preciso luchar por el Derecho¹⁸. Aquí es preciso luchar por los derechos que nos protegen de los riesgos de la informática. Por eso, una de las tareas principales que tenemos pendiente —y que afecta especialmente a las autoridades de control en esta materia— consiste en dar a conocer el haz de derechos de la persona que el legislador ha explicitado para que, de este modo, sean sus propios titulares quienes asuman su defensa¹⁹. Lo que, por otra parte, es lo apropiado en quienes son libres y responsables en su conducta.

No obstante, los indicios no son precisamente optimistas. Las *Memorias* de la Agencia de Protección de Datos española²⁰ reflejan un creciente conocimiento de su existencia y de los derechos que está llamada a proteger. No obstante, no pueden sino reconocer la gran tarea que todavía queda por realizar en este campo. Por lo demás, si de las referencias empíricas pasamos a algunos indicadores aislados, pero muy significativos, se podrá valorar con más precisión lo que estoy señalando. Así, al margen de las habituales inercias y renuencias administrativas que provoca la creación de un nuevo ente como la Agencia y que se traducen en la omisión de algunos trámites preceptivos, normalmente por desconocimiento²¹, se aprecia, nada menos que en el Tribunal Supremo, alguna sentencia, antes mencionada, que no sintoniza con las normas vigentes sobre la materia en el momento en que se pronunció²².

Menos mal que, a veces, esa ignorancia rinde unos frutos imprevistos. Así, gracias al Alcalde de Madrid, la Agencia de Protección de Datos pudo dar un gran paso adelante en su esfuerzo informativo²³. Ahora bien, sin perjuicio de insistir en la importancia decisiva de ese empeño, importa subrayar que esa falta de conocimiento se presenta, a veces, de una forma más sutil pero no menos perjudicial que la otra. Es la que va aparejada a la

¹⁸ Véase la cita en Pablo Lucas Verdú, *La lucha por el Estado de Derecho*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1975, págs., 125 ss. quien extiende el llamamiento del maestro al propio Estado de Derecho.

¹⁹ Este es el parecer de la Agencia de Protección de Datos española. Cfr., su *Memoria de 1994*, Madrid, 1995, págs. 136-137, donde se afirma que, ante el carácter personalísimo de los derechos de los que nos ocupamos, "solamente la persona interesada en la protección de su intimidad podrá alcanzar una defensa eficaz frente a la misma, o lo que es igual, es necesaria la colaboración activa del ciudadano...". Véanse, en este mismo sentido, las reflexiones de Antonio-Enrique Pérez Luño sobre el *status activus processualis* que, retomando ideas expuestas en otros trabajos suyos, recoge en "La tutela de la libertad informática", en *Jornadas sobre el Derecho español de la protección de datos personales*, cit., pp. 91 ss.

²⁰ Me refiero a las cuatro que hasta ahora ha podido elaborar, las de 1994, 1995, 1996 y 1997.

²¹ Véase cuanto se dice en la *Memoria de 1994* de la Agencia de Protección de Datos, págs., 129 ss.

²² Me refiero a la STS (Sala 3ª), de 5 de junio de 1995, a la que ya he aludido más arriba.

²³ Me refiero a las manifestaciones públicas del alcalde de la capital de España, en el mes de setiembre de 1996, declarando su desconocimiento sobre la Agencia de Protección de Datos y confundiéndola con algo parecido a una agencia de viajes. La carta que le dirigió el Director de la Agencia de Protección de Datos, publicada por la prensa madrileña, informando al regidor municipal de la naturaleza y funciones de este ente público, alcanzó una gran difusión.

actitud que contempla los derechos propios de la protección de datos como un conjunto de facultades producto de la voluntad del legislador o, simplemente, derivadas de normas reglamentarias. Evidentemente esta percepción ignora el entendimiento que la Constitución asume en este punto, pero puede ser muy nociva si se extiende en sectores normalmente conscientes de sus demás derechos, en los poderes públicos llamados a aplicar las normas o entre los propios juristas. Si no se ataja con decisión será difícil avanzar. Pensemos que todavía hace poco, profesores universitarios asociaban la autodeterminación informativa con el principio de las nacionalidades.

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

Tanto si identificamos en la libertad informática o en la autodeterminación informativa, como si vemos en la intimidad el objeto protegido por el artículo 18.4 de la Constitución e interpretamos, en todo caso, sus normas a la luz del Convenio 108 del Consejo de Europa²⁴, es evidente que el bien jurídico allí tutelado genera un derecho fundamental. Y en cuanto tal no debe admitir otras restricciones que aquellas, constitucionalmente justificadas, que pueda establecer el legislador orgánico. Pero, preguntémosnos de nuevo, ¿puede la ley orgánica excluir la vigencia de un derecho de esta naturaleza en ámbitos como los que contempla la LORTAD?. Desde otro punto de vista, el silencio del legislador sobre la virtualidad de los principios y derechos en que consiste la autodeterminación informativa en un determinado sector ¿impide que operen también dentro de él?

Ante estas consideraciones, los criterios seguidos por el artículo 2 de la LORTAD plantean serios problemas en todo lo que no se refiera a los ficheros automatizados para uso estrictamente personal o doméstico. Del mismo modo, de la experiencia vivida hasta el momento en la aplicación de la ley, se deducen argumentos para sostener su inadecuación en los dos planos en los que opera esa disposición²⁵. Es decir, en lo relativo a los ficheros, al margen de todo tipo de regulación (artículo 2.2) y en lo que hace a los que se rigen por sus disposiciones específicas (artículo 2.3)²⁶. Por otra parte, esas mismas premisas, por fuerza se proyectan sobre la Agencia de Protección de Datos y, en general, sobre todo el sistema de tutela construido a partir del artículo 18.4 de la Constitución. Afortunadamente los responsables de este órgano de garantía son conscientes de la perspectiva a la que me estoy refiriendo. Por eso, en el ejercicio de las competencias que les ha asignado la LORTAD han

²⁴ De conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución. Cfr. sobre el particular la STC 254/1993, de 20 de julio, ff.jj. 6^o y 7^o.

²⁵ Así se desprende de las *Memorias* de 1994 y 1995 de la Agencia de Protección de Datos.

²⁶ Véase cuanto señala al respecto Juan José Martín-Casallo López en "La Directiva 95/45 y su incidencia en el ordenamiento jurídico español", en *Jornadas sobre el Derecho español de la Protección de datos personales*, cit., pp. 9 ss. y ya anticipaba en su trabajo "Implicaciones sobre la Directiva sobre protección de datos en la normativa española", en *Actualidad Informática Aranzadi*, n^o 20, julio de 1996, pág. 5.

conseguido contrarrestar algunas de las preocupaciones suscitadas por el amplio margen con el que el legislador construyó las excepciones a los derechos del afectado frente a los ficheros de titularidad pública²⁷.

Se trata ahora de examinar en qué medida esos propósitos enunciados por la Directiva Europea de no disminuir los niveles de protección existentes²⁸ sino de precisar y ampliar los que ya ofrece el Convenio 108 del Consejo de Europa y, conforme a él, nuestro ordenamiento, pueden combinarse con la fuerza normativa propia de los derechos fundamentales y conducir, a la postre, a un régimen jurídico más perfecto que el actualmente en vigor.

A este respecto, puede decirse que, en principio, nada impide la consecución de ese objetivo. Ni siquiera el que la Directiva asuma puntos de vista relacionados con la agilización y simplificación de los intercambios económicos. Es decir, con la racionalización del mercado, mientras que la Constitución y la LORTAD se sitúan en un plano valorativo diferente. Y no creo que existan obstáculos insalvables pues, aún con fundamentos, en parte, distintos, ambos textos acaban refiriéndose a los mismos bienes sustantivos: los propios de la intimidad o autodeterminación informativa de las personas. De nuestro ordenamiento no es preciso efectuar citas. Por lo que se refiere a la Directiva, baste recordar sus considerandos 3º y 4º y el artículo 1²⁹.

A mi juicio, la necesidad de proceder a la transposición de la Directiva ofrece la ocasión, para, al mismo tiempo, ajustar de una manera más plena la Lortad a las exigencias de nuestra Constitución. En otras palabras, se trata de reconocer expresamente la proyección de los principios y derechos de la autodeterminación informativa a todos los tratamientos automatizados de datos personales que no sean estrictamente anónimos, aún dejando algunos espacios al margen de la fiscalización de la Agencia de Protección de Datos, como puede ser el caso de los órganos constitucionales a los que se refiere la disposición adicional primera de la Lortad³⁰, pero también el de los órganos jurisdiccionales³¹ o el de los tratamientos y ficheros de los partidos políticos, sindicatos y asociaciones religiosas³².

²⁷ Me refiero, entre otras cosas, al ejercicio de la potestad de inspección. Cfr. Lucas Murillo de la Cueva, *Informática y protección de datos personales*, cit., pp. 114 ss.

²⁸ Cfr. sus considerandos 10º y 11º.

²⁹ El apartado primero de este último dice así: "Los Estados miembros garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales". Por lo demás, no hay que excluir que a partir de la defensa del mercado se acabe sosteniendo la necesidad de nuevos derechos subjetivos. Véase, en este sentido, la Interpretación que explica la categoría de los derechos de los consumidores y usuarios desde la perspectiva de la mejora de la competencia y su correspondiente crítica, en Norbert Reich, *Mercado y Derecho*. Ariel 1985, págs. 158 ss.

³⁰ Y de relevancia constitucional.

³¹ Como es natural, el silencio de la LORTAD sobre los ficheros de los órganos jurisdiccionales no supone que en ellos no deban respetarse los derechos de autodeterminación informativa de las personas. De ahí que, para evitar todo equívoco, el artículo 230.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 16/1994, encomendara al Consejo General del Poder Judicial la aprobación de las normas reglamentarias que aseguren el respeto a las garantías y derechos reconocidos por la LORTAD respecto de los datos de carácter personal tratados en los ficheros bajo la responsabilidad de los órganos judiciales. El Consejo ha cumplido esa encomienda del legislador. Así, los artículos 77 y siguientes del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, contiene esas normas. Por lo demás, véase los estudios de Juan José Martín-Casallo López, Pablo Lucas Murillo de la Cueva y José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, en el libro dirigido por éste último *La protección del derecho a la intimidad de las personas (ficheros de datos)*. CGPJ, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 1997.

Dicho de otro modo, se trata de explicitar, para despejar toda duda al respecto, la fuerza vinculante de los derechos de los afectados que derivan del artículo 18º de la Constitución. Naturalmente eso no ha de impedir que en algunos supuestos haya de excluirse, por no ser posible o conveniente, la intervención fiscalizadora y de garantía de la Agencia de Protección de Datos ni que, en determinadas circunstancias, algunas de las facultades de autodeterminación informativa experimenten, en atención a intereses generales de superior valor y cuando así lo prevea la ley orgánica, restricciones o limitaciones que no sean desproporcionadas.

La perspectiva que se propone arroja una nueva luz para contemplar, además de lo que se refiere al ámbito en el que ha de operar la protección de los datos personales, el alcance de las excepciones que, ante los ficheros de titularidad pública, ha establecido la Ley Orgánica 5/1992. La afirmación de que aquí está en juego un derecho fundamental debe servir para eliminar aquellas disposiciones legales que permiten, no ya su limitación sino su práctico vaciamiento, dada la vaguedad y el exceso con las que han sido formuladas. En este sentido, el artículo 19 podría muy bien ser eliminado, vistas las dificultades que plantea³³ e, igualmente, deberán ser revisadas las excepciones a los derechos de los afectados frente a los ficheros de titularidad pública que se recogen en los artículos 21º y 22º, todos ellos de la Lortad³⁴.

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

³² Aunque en este caso, no me parece inconveniente ni imposible con las normas vigentes el control de la Agencia en los casos de cesión de datos a los que se refiere el artículo 2.2 e) de la LORTAD. Es verdad que la Directiva no los excluye del régimen de protección que establece, al contrario, los incluye en su artículo 8.2 d). No obstante, sigo creyendo que no debe extremarse la intervención en el seno de estas formaciones sociales más allá de lo que se refiere a las cesiones o a los datos sensibles. Cfr. Lucas Murillo de la Cueva, *Informática y protección de datos...*, cit., págs. 44-45.

³³ No me refiero únicamente a su posible inconstitucionalidad, tal como opina el Defensor del Pueblo que ha recurrido a éste y otros preceptos de la ley, sino a las dificultades que origina la interpretación de qué ha de entenderse por Administraciones Públicas (cfr. cuanto se señala al respecto en la *Memoria de 1994* de la Agencia de Protección de Datos, cit., págs. 126 ss.) o a cómo se compagina esa circulación de datos personales dentro de la esfera pública con el respeto a la finalidad para la que se recogieron a la que se refiere el artículo 4. Con buen criterio Martín-Casallo López ha defendido, a propósito de la transposición de la regulación europea al ordenamiento interno, la derogación de los artículos 19 y 11.2 e) de la LORTAD, en "Implicaciones de la Directiva...", cit., pág. 6, visto que, además, los restantes apartados de esta última disposición, ofrecen cauces para sustentar las cesiones interadministrativas que sean precisas en términos respetuosos con las exigencias derivadas de la Constitución. En el mismo sentido, María José García Beato, "Principios y derechos en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre y en la Directiva 95/46/CE", en *Jornadas sobre el Derecho español de la protección de datos personales*, cit., pp. 40 ss. En torno a la interpretación del artículo 19, véase Lucas Murillo de la Cueva, *Informática y protección de datos personales*, cit., págs. 95 ss.; además, Heredero Higuera, op. cit., págs. 154 ss.

³⁴ Cfr. Lucas Murillo de la Cueva, *Informática y protección de datos personales*, cit. Págs. 99 ss. y Heredero Higuera, op. cit., págs. 166 ss.