

El status de las garantías individuales: Informática y Libertad

JUAN JOSÉ MARTÍN-CASALLO LÓPEZ

Director de la Agencia de Protección de Datos

El presente trabajo persigue, más que ahondar en los conceptos jurídicos contenidos en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, el poner en relación los mismos con las futuras disposiciones contenidas en el Proyecto de Directiva, cuya posición común ha sido aprobada por el Consejo de la Unión Europea en fecha reciente.

Señala el Tribunal Constitucional¹ que los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los Poderes Públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos.

Los artículos 16 y 18 de la Constitución Española de 1978, dentro del campo de las garantías individuales se refieren a las libertades ideológica, religiosa y de culto y al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, si bien, respecto del primero² se establece que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias y, con relación al segundo³, se restringe al honor y a la intimidad personal y familiar de los ciu-

- 1 S.T.C. 64/88, de 12 de abril.
- 2 Artículo 16, número 2, de la C.E.
- 3 Artículo 18, número 4, de la C.E.

dadanos la garantía que en él se establece en cuanto a la limitación del uso de la informática, con desaparición de la referencia a la propia imagen. Con ello, como establece Pérez Luño⁴, los tradicionales derechos de la personalidad son reconocidos como derechos fundamentales.

Dos precisiones de carácter previo son necesarias efectuar respecto a la dicción del artículo 18.4 de la Constitución Española: una, la de que la informática se configura como un instrumento a través del cual pueden resultar afectados esos derechos fundamentales; otra, que la expresión final, (... y el pleno ejercicio de sus derechos), amplía la limitación del uso de la informática no sólo en su relación con el honor y la intimidad personal y familiar sino también con el pleno ejercicio de cualquier derecho fundamental que pudiera verse afectado por aquélla. En este sentido algún autor⁵ cita entre ellos el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho al trabajo, el derecho a la libertad de expresión, la libertad de empresa, etc.

La relación entre los apartados 1 y 4 del artículo 18 de la Constitución Española, aparte de la ampliación legal ya enunciada anteriormente, evidencia la ausencia de la propia imagen como derecho fundamental entre aquellos que pueden ser afectados por el uso de la informática. El fundamento de dicha ausencia legal a la propia imagen que establece el apartado 4 puede quizá explicarse en razón a la equivalencia que ha venido estableciéndose entre imagen y fotografía⁶ y a la tesis de que ésta no podía ser atacada por medios informáticos. Postura que comentamos que, de ser cierta, deberá ser objeto de revisión en un futuro inmediato toda vez que el desarrollo de las técnicas de captación de imagen, y entre ellas de imágenes fotográficas, hacen o pueden hacer vulnerable dicho derecho mediante el uso de medios informáticos. En este sentido debe recordarse que el artículo 1.4 del Reglamento de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (en adelante, LORTAD), (Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, B.O.E. del 21 de junio), al definir lo que entiende por dato de carácter personal, añade que tiene esa naturaleza toda información numérica, alfabética, gráfica, **fotográfica**, acústica o de cualquier otro tipo, susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión concerniente a una persona física identificada o identificable.

En los apartados 1 y 4 del artículo 18 se alude a la intimidad, bien desde el plano personal, bien desde el familiar, lo que supone, como establece el

- 4 Antonio Pérez Luño: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*.
- 5 Rafael Velázquez Bautista: *Protección jurídica de datos personales automatizados*.
- 6 Sentencias del T.C. 231/88, de 2 de diciembre, y 99/94, de 11 de abril..

Tribunal Constitucional⁷, que dicho derecho fundamental abarca, no sólo aspectos de la vida propia y personal, sino también determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, aspectos que, por la relación o vínculo existente entre ellos, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo.

Ello obligará, como señala la resolución del Tribunal Constitucional que estamos transcribiendo, a examinar de qué acontecimientos se trata y cual sea el vínculo que une a las personas afectadas por ese hecho ya que no cabe duda que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal transcendencia para el individuo ligado a aquéllos que su difusión incide en su propia personalidad afectando su intimidad. Dicho de otra manera, siempre resultará afectada la intimidad personal, bien mediante ataques directos al individuo, bien mediante ataques a su familia que indirectamente acaban repercutiendo en él mismo. En este aspecto, el Proyecto de Directiva, (en adelante P.D.), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁸ establece que los sistemas de tratamiento de datos están al servicio del hombre; que deben, cualquiera que sea la nacionalidad o la residencia de las personas físicas, respetar las libertades y derechos fundamentales y, en particular, la intimidad. No distinguen, por tanto, entre intimidad personal y familiar como efectúa el texto constitucional, si bien la referencia en abstracto a la intimidad de la persona física permite afirmar la inclusión tanto de la propiamente personal como de la familiar. Por otra parte, como señala Manuel Pulido⁹, el Tribunal Constitucional ha venido relacionando intimidad personal con intimidad corporal, señalando¹⁰ que ésta es inmune a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona; intimidad familiar y declaración conjunta de las unidades familiares de renta¹¹, al establecer que el artículo 34.3 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, relativo a la declaración única o conjunta de la renta es incompatible con el derecho a la intimidad personal y familiar, e intimidad y secreto bancario¹² en donde se afirma el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse..., si bien

■ 7 Sentencia 231/88, de 3 de diciembre.

■ 8 Posición Común del Consejo de la Unión Europea, Considerando 2º.

■ 9 *La Constitución Española con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*.

■ 10 S.T.C. 37/89, de 15 de febrero.

■ 11 S.T.C. 45/89, de 20 de febrero.

■ 12 S.T.C. 110/84, de 26 de noviembre, y Auto 642/86, de 23 de julio.

la Administración está habilitada para exigir determinados datos relativos a la situación económica de los contribuyentes.

Se ha expuesto con anterioridad que los apartados 1 y 4 del artículo 18 de la Constitución Española aluden, junto a la intimidad personal y familiar, al honor. Ahora bien, la diferenciación nítida entre lo que consiste una y otro es difícil, si no imposible, en la práctica. La referencia que del honor efectúa el artículo 18 de la Constitución Española, y por traslado el artículo 1 de la LORTAD, y otras disposiciones legales¹³, carece de idéntico tratamiento en el P.D. de protección de datos en donde solamente se alude a la intimidad. Este concepto debe ser entendido con un sentido amplio comprensivo del ámbito personal y familiar e igualmente del honor.

Por último, no podemos cerrar esta introducción previa al tema que tenemos que examinar sin aludir a la posible equivalencia entre los términos de intimidad y privacidad.

A tal fin, debemos partir de la alusión que la Exposición de motivos de la LORTAD, formula de la privacidad en contraposición a la intimidad. Así, se dice que aquélla es más amplia que ésta ya que la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona, mientras que la privacidad constituye un conjunto, más amplio y global, de facetas de su personalidad que coherentemente enlazadas entre sí arrojan un retrato de la personalidad del individuo que tiene derecho a ser reservado. De tal diferenciación extrae la siguiente conclusión: la intimidad se halla protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución Española, mientras que la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas. De aceptar estas aseveraciones, es claro que se produciría un incumplimiento del mandato constitucional contenido en el apartado 4 del artículo 18, ya que el mismo establece la relación de la limitación del uso informático con honor e intimidad personal y familiar, no con la privacidad.

El Tribunal Constitucional¹⁴ ha señalado que 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 alguna de las libertades tradicionales, añadiendo, **que el reconocimiento global de un derecho a la**

■ 13 Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

■ 14 S.T.C. 110/84 ya citada.

intimidad o a la vida privada abarca a las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida.

A mi juicio, intimidad y privacidad en el sentido que estamos comentando son términos equivalentes pero referidos a periodos de tiempo distintos. La intimidad se refiere al ámbito personal que debe quedar reservado ante ataques dirigidos a vulnerar la inviolabilidad del domicilio o el secreto de la correspondencia. Privacidad o vida privada supone el tratar de acceder a ese ámbito reservado, además de por esos dos medios, por cualquier otro válido para conseguir tal fin. En definitiva, la privacidad es la intimidad del siglo XXI.

Dentro del campo en que la organización de estas jornadas ha incardinado mi intervención, **Balance y proyecciones del Derecho informático**, deben analizarse tres cuestiones fundamentales que van referidas a los principios rectores de la Protección de Datos Personales, a la evolución normativa en la materia y a la libertad informática:

a) Principios rectores de la Protección de Datos.

La LORTAD distingue entre los Principios de la Protección de Datos, (Título II), de los derechos de las personas titulares de los datos de que se trate y que dentro de la Ley se le denomina afectado, (Título III). La Exposición de motivos de la misma se refiere igualmente a principios generales y derechos, señalando que los primeros definen “las pautas a las que debe atenerse la recogida de datos de carácter personal”, mientras que los segundos “se configuran como derechos subjetivos encaminados a hacer operativos los principios genéricos”. Me parece conveniente en este punto adoptar como método de trabajo el examen comparativo entre lo que nuestra ley establece y lo que en principio parece que va a regular la futura Directiva en esta materia¹⁵.

En este momento debe destacarse ya una diferencia formal entre LORTAD y P.D.: dentro del Capítulo II de ella se distingue entre principios relativos a la calidad de los datos, (Sección I), principios relativos a la legitimación del tratamiento de datos, (Sección II), categorías especiales de tratamientos, (Sección III), información al interesado, distinguiendo entre datos recabados del propio interesado y datos no recabados del mismo, (Sección IV), derecho de acceso del interesado, excepciones y limitaciones al mismo, (Secciones V y VI), derecho de oposición del interesado, (Sección VII), y confidencialidad y seguridad del tratamiento, (Sección VIII).

■ 15 El Texto de Directiva que se maneja es la posición común de 20-2-95 adoptada por el Consejo.

También ha de resaltarse antes de pasar al examen de cada uno de los principios una serie de notas, algunas diferenciadoras, entre la LORTAD y P.D. Así:

- No existe en el P.D. diferencia de regulación por el hecho de que los datos personales se encuentren en fichero de titularidad pública o fichero de titularidad privada. Para el P.D. lo esencial es el dato personal, (toda información sobre una persona física identificada o identificable), objeto de tratamiento, (es decir, cualquier operación o conjunto de operaciones efectuadas o no mediante procedimientos automatizados y aplicables a datos personales), siendo indiferente que el mismo se encuentre en ficheros de una u otra naturaleza. Ello, aparte de uniformizar la regulación del dato personal automatizado, unifica¹⁶ con alcance profundo el tema de las cesiones de datos entre distintas Administraciones Públicas y entre éstas y ficheros de titularidad privada.

- Tanto en la LORTAD como en el P.D. se sigue manteniendo la denominación de fichero de datos personales, (“fichero”), al que se define como todo conjunto estructurado de datos personales accesibles con arreglo a criterios determinados ya sean centralizados, descentralizados o repartidos de forma funcional o geográfica¹⁷. Ahora bien, en dicha definición no se alude a que los datos **sean objeto de un tratamiento automatizado**, como hace nuestra LORTAD¹⁸. La razón de dicha diferenciación se encuentra ya en lo que se define “**fichero de datos personales**” o “**fichero**” para el P.D. y “**fichero automatizado**” para la LORTAD. De ello se desprende que el P.D. ha abandonado el concepto de fichero, que **sólo se utilizará** para los datos manuales, (admitiendo la tesis del Parlamento Europeo que había considerado que el concepto de fichero estaba ya superado y no era pertinente en el contexto del desarrollo de la información y de las telecomunicaciones), y ha adoptado el de **tratamiento** por tratarse de un concepto amplio que abarca los distintos usos de los datos.

- El P.D. no sólo alude a ese concepto de obligado por las prescripciones legales que la misma contiene al responsable del tratamiento, sino que distingue igualmente, para definirlos, entre subencargado, tercero y destinatario¹⁹.

- 16 En concreto el artículo 19 de la LORTAD no tendría razón alguna para su existencia.
- 17 Artículo 2.c) del P.D.
- 18 Compárese la definición que de fichero da el P.D. y el artículo 3.b) de la LORTAD.
- 19 Artículo 2.e), f) y g) del P.D.

Examinemos, pues, los principios rectores:

1.- Principio de la veracidad de la información contenida en los datos almacenados²⁰. Alude a la exactitud del dato de forma que responda con veracidad a la situación real del afectado. Es un principio que afecta de forma directa e inmediata a la **calidad del dato** en la terminología del P.D. y artículo 4, en su encabezamiento, de la LORTAD. Evidentemente tiene un antecedente previo en el Convenio 108 del Consejo de Europa²¹. Las diferencias existentes entre la LORTAD y el P.D. son exclusivamente formales, de expresión, ya que aquella exige que los datos deberán ser **puestos al día** en aras a la veracidad mientras que el P.D. alude a su **actualización**. En uno y otro texto la inexactitud se corrige por la vía de la cancelación del mismo o por la vía de la rectificación.

2.- Principio de la congruencia en la utilización de los datos. Los datos de carácter personal no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos²². El P.D. se refiere taxativamente a este requisito²³ al establecer que los datos serán tratados de manera leal y lícita. El Convenio 108 contiene igualmente dicho principio al señalar que no se utilizarán de una forma incompatible para las finalidades para las que fueron registrados²⁴.

3.- Principio de la racionalidad entre la recogida del dato y su utilización. Alude necesariamente a que los datos sólo deben ser recogidos cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido²⁵ o con relaciones a los fines para los que se recaben o para los que se traten posteriormente²⁶. En igual sentido el Convenio 108 ya empleaba términos idénticos para obtener dicha finalidad²⁷. A veces puede no resultar fácil la diferenciación entre este principio y el anterior ya que se trata de un proceso en el que la recogida del dato va encadenada sin solución de continuidad a su tratamiento pues es difícilmente imaginable una recogida sin tratamiento posterior.

- 20 Artículo 4.3 de la LORTAD y 6.1.d) del P.D.
- 21 Artículo 5.d) del mismo.
- 22 Artículo 4.2 de la LORTAD.
- 23 Artículo 6.1 del P.D.
- 24 Artículo 5.b) del Convenio 108.
- 25 Artículo 4.1 de la LORTAD.
- 26 Artículo 6.1.c) del P.D.
- 27 Artículo 5.c) del Convenio 108.

Estos tres principios anteriores también podrían enunciarse de la siguiente forma: principio referido a la calidad permanente del dato con independencia de que nos hallemos en la fase de recogida o en la fase de tratamiento. Lo podríamos denominar como el de la calidad del dato abstractamente considerado, (nos referimos al enunciado dentro del ordinal 1º); principio relativo a la manera de efectuar la captura del dato, si bien la misma ha de tener presente las finalidades de utilización que del mismo se piensa realizar en un futuro más o menos próximo, (ordinal 3º), y, por último, principio referido fundamentalmente a la fase de utilización del dato en sí misma, (ordinal 2º). No cabe duda de que en la práctica estas dos últimas son a veces difíciles de diferenciar. El señalado bajo el ordinal 1º siempre ha de estar presente tanto en la recogida del dato como en su tratamiento.

4.- Junto a estos principios que hasta ahora hemos examinado debe formularse el principio de consentimiento o de autodeterminación que es el que otorga a la persona titular del dato, al afectado en la terminología legal, la posibilidad de determinar el nivel de protección de los datos referentes a ella²⁸. A mi juicio es el principio esencial de la protección de datos ya que es precisa su existencia tanto en la recogida como en el posterior tratamiento de datos solicitados. El P.D. señala acertadamente, de forma destacada²⁹, que el principio del consentimiento es el único con capacidad de legitimar el tratamiento de datos. A diferencia de los otros principios que contemplan el dato, bien en todo su proceso, bien en la recogida o en la utilización, abstractamente considerado, el del consentimiento contempla el dato personal vinculado inexorablemente a la persona titular del mismo.

Es por ello que tiene gran importancia el hecho de que no exista ninguna duda acerca de la existencia del mismo. Así, el P.D. señala que el "tratamiento de datos personales sólo puede efectuarse si: a) el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca³⁰. Nuestra LORTAD³¹, al referirse al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, señala que siempre requerirá el CONSENTIMIENTO DEL AFECTADO, para señalar después en artículos posteriores diversas formas de exteriorización del mismo, a manera de requisito ad solemnitatem, sin el cual no puede hablarse de validez del prestado de forma distinta a la exigida legalmente.

■ 28 Conforme a la Exposición de Motivos de la LORTAD.

■ 29 Así denomina a la Sección II, del Capítulo 2º.

■ 30 Artículo 7 del P.D.

■ 31 Artículo 6.1.

De esta manera nuestra LORTAD, al desarrollar el mandato contenido en el Convenio 108³², que solamente aludía a que por el derecho interno se establezcan las garantías apropiadas, distingue diversas formas de exteriorización del consentimiento confundiendo a veces la finalidad de prueba con la finalidad de validez de la emisión de aquél.

Como regla general, la LORTAD habla del consentimiento del afectado como requisito previo y necesario para llevar a cabo el tratamiento automatizado de datos personales. La forma que debe revestir el mismo puede deducirse, a sensu contrario, de los requisitos que debe estar adornado el mismo cuando se trate de datos personales especialmente protegidos³³. Así podrá advertirse un CONSENTIMIENTO VERBAL como contraposición al EXPRESO Y POR ESCRITO que se exige para poder tratar automatizadamente datos que revelen ideología, religión y creencias, o un CONSENTIMIENTO TÁCITO como contraposición al CONSENTIMIENTO EXPRESO exigido para tratar automatizadamente datos personales que hagan referencia al origen racial, a la salud o a la vida sexual. Como regla general el Derecho admite el consentimiento tácito, es decir, aquél que se infiere de determinados comportamientos o es imprescindible para poder obtener una determinada finalidad que es pretendida por el titular del dato personal, (supuesto de una petición del titular del dato para cuya resolución sea imprescindible manejar alguno de sus datos personales contenidos en algún fichero de titularidad pública).

Normalmente será necesario el consentimiento, cualquiera que sea su modalidad, tanto para la obtención del dato personal, para su tratamiento automatizado o para la cesión por el responsable del fichero a un tercero. Es claro que dentro de todas estas actividades que acabamos de enunciar existen excepciones al principio del consentimiento. Así, en la recogida, existen supuestos en donde son obligatorias las respuestas a las preguntas dirigidas a recoger los datos³⁴ y consecuentemente para su tratamiento o hay supuestos de cesión en la que no es necesario aquél³⁵

Pero ello, como ya se dijo, no dejan de ser excepciones al principio general del consentimiento. Ahora bien, el P.D. establece un supuesto general de excepción a ese principio que puede dar a entender un comienzo de cambio en lo que hasta ahora venía rigiendo en esta materia. En concreto, me estoy refi-

■ 32 Artículo 6 del Convenio, relativo a categorías especiales de datos.

■ 33 Fundamentalmente el artículo 7 de la LORTAD.

■ 34 Conforme al artículo 5.1 de la LORTAD.

■ 35 Conforme al artículo 28.1 de la LORTAD.

riendo al supuesto contemplado en el artículo 8, apartados 1 y 2, del P.D. Dicho precepto señala que quedan prohibidos los tratamientos de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos o el tratamiento de datos relativos a la salud o a la sexualidad, salvo que el interesado haya dado su consentimiento explícito a dicho tratamiento. Hasta aquí no existe ninguna innovación pero la misma se da cuando a continuación el precepto añade: a excepción DE LOS CASOS EN QUE LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO MIEMBRO DISPONGA QUE AQUELLA PROHIBICIÓN NO PUEDA LEVANTARSE CON EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO.

Ya no se trata de determinados datos que el titular del mismo viene obligado a comunicar, sino a datos relativos a determinadas materias en las que, aun mediando el consentimiento del afectado, el mismo no sea bastante y suficiente, porque así lo ha establecido la legislación estatal, para que pueda llevarse a cabo la recogida del dato y consecuentemente su tratamiento automatizado o su cesión. Medida que por su redacción genérica es distinta de la prohibición de crear ficheros con la finalidad exclusiva de almacenar datos que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual³⁶ o de aquellos supuestos en que el interés general debe prevalecer sobre el interés particular del afectado³⁷.

5.- Principio de la seguridad del tratamiento. En virtud del cual³⁸ se impone al responsable del tratamiento, (fichero), la adopción de las medidas de índole técnica y organizativa necesarias para garantizar en sentido amplio la seguridad de los datos de carácter personal. El P.D. contiene en principio³⁹ un precepto de análogo contenido, introduciendo dos innovaciones que estimo fundamentales para el posterior desarrollo reglamentario, aun pendiente, del artículo 9 de la LORTAD. Dichas novedades son: por un lado, las relativas a las mayores exigencias en materia de seguridad cuando el tratamiento incluya la transmisión de datos dentro de una red y, por otro, la creación de la figura del encargado del tratamiento⁴⁰, en el supuesto de que el responsable del tratamiento efectúe operaciones de esta naturaleza por cuenta propia, que ha de reunir las garantías suficientes sobre las medidas de seguridad técnica de los tratamientos que deben efectuarse y se asegure de que se cumplen dichas medidas.

- 36 Conforme al artículo 7.4 de la LORTAD.
- 37 Conforme al artículo 13 del P.D.
- 38 Conforme al artículo 9 de la LORTAD.
- 39 Conforme al artículo 17 del P.D.
- 40 No se define en el artículo 2 del P.D.

6.- Principio de secreto y de la confidencialidad del tratamiento⁴¹ en virtud de los cuales se impone, por un lado, el secreto profesional a quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos y, por otro, se prohíbe el tratamiento de los datos personales a los que tenga acceso al menos que se lo encargue el responsable del tratamiento.

- Por último, debe aludirse al principio de información⁴² que ha de regir en la recogida de datos. No obstante ser definido expresamente como derecho lo tratamos aquí, otorgándole la consideración de principio, entre otras razones para diferenciarlo de lo que posteriormente denominamos derecho de información y que se regula en el artículo 13. En esta denominación el artículo 5 de la LORTAD está aludiendo al contenido de la información que de modo expreso, preciso e inequívoco ha de suministrarse a los afectados a los que se soliciten datos personales, y, dentro de ella, de la existencia del fichero automatizado de datos, de la finalidad de la recogida de estos, de los destinatarios de la información, del carácter obligatorio o facultativo de la respuesta, de las consecuencias de la obtención de datos y de la negativa a suministrarlos, del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación y de la identidad y dirección del responsable del fichero.

El P.D. distingue, dentro del título de la Sección IV, INFORMACIÓN AL INTERESADO, entre la información que debe suministrarse en caso de que los datos obtenidos hayan sido suministrados por el propio interesado, (artículo 10), o hayan sido recabados a terceros, (artículo 11). Uno y otro supuesto coinciden casi plenamente con el contenido del artículo 5 de la LORTAD, salvo que en estos artículos, (10 y 11 del P.D.), se añade además la referencia a cualquier otra información habida cuenta de las circunstancias específicas en que se obtengan los datos que resulte necesaria para garantizar un tratamiento de datos de manera leal, (o de buena fe), respecto de la persona interesada.

B) DERECHOS DE LAS PERSONAS QUE OSTENTAN LA TITULARIDAD DE LOS DATOS DE QUE SE TRATA.

Como reconoce la propia Exposición de Motivos del Consejo Europeo, la Posición Común de dicho órgano, de 20-2-95, con vistas a la adopción de la Directiva, ha recogido las enmiendas del Parlamento Europeo en lo relativo a los derechos de la persona afectada o concernida.. Así, señala, se han reforzado y

■ 41 Artículo 10 de la LORTAD y 16 del P.D.

■ 42 La LORTAD, no obstante incardinarlo en el Título II, (*De los Principios en la protección de datos*), lo denomina como DERECHO.

precisado los derechos de la misma y, en particular:

- El derecho a ser informado se ha extendido al origen de los datos y a la lógica subyacente a determinados procedimientos automatizados, (enmiendas 46, 48).

- El derecho de acceso podrá ser ejercido sin ningún tipo de coacción por parte de terceros, (enmienda 132).

- El derecho de oposición podrá ejercerse en todo momento y, en particular, frente a los tratamientos con fines de prospección, (enmiendas 30, 145).

- Se han ampliado las posibilidades de recurso que deberán prever los Estados miembros a todos los derechos garantizados por la Directiva.

- En concreto, se ha recogido la exigencia del Parlamento Europeo de que las sanciones se apliquen también a los responsables en el sector público, (enmiendas 52, 77).

Vamos, pues, después de esta breve introducción a la materia que estamos comentando, a examinar los derechos de las personas afectadas desde el punto de vista de su regulación en la LORTAD y en el P.D.

1.- Ya comentamos anteriormente que el Título III de la LORTAD se denomina DERECHOS DE LAS PERSONAS, regulándose dentro del mismo los siguientes aspectos:

- Impugnación de valoraciones basadas exclusivamente en datos automatizados⁴³. Por el mismo se otorga al afectado el derecho a impugnar los actos administrativos o las decisiones privadas que, implicando una valoración de su comportamiento, su único fundamento sea su tratamiento automatizado de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad.

Dicho derecho aparece igualmente regulado en el P.D.⁴⁴ al señalar que los Estados miembros reconocerán a las personas el derecho a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellas, o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad, como su rendi-

■ 43 Artículo 12 de la LORTAD.

■ 44 Artículo 15, referente a decisiones individuales automatizadas.

miento laboral, credibilidad, fiabilidad, conducta, etc.

Se exceptúan, no obstante, de dicha prohibición, cuando la valoración se haya adoptado en el marco de la celebración o ejecución de un contrato, con determinados requisitos⁴⁵ o esté autorizado por una ley.

De la comparación de ambos textos legales se pone de manifiesto que es más amplia la redacción del P.D. ya que no contempla solamente la valoración basada EXCLUSIVAMENTE en datos informatizados sino también aquella que les afecte de MANERA SIGNIFICATIVA. Por otro lado, en el P.D. se precisan una serie de excepciones cosa que no se regula de manera expresa en nuestra LORTAD.

- Derecho de información⁴⁶. No va referida la información en este caso a la recogida del dato para su tratamiento⁴⁷, sino al derecho que tiene la persona afectada de ser informada de los datos necesarios para poder ejercer el derecho de acceso y, en su caso, los de rectificación y cancelación. Se trata, por tanto, de un derecho instrumental que no garantiza en sí mismo ningún derecho de la persona titular del dato. El obligado por el mismo no es, excepcionalmente, el responsable del fichero sino el Registro General de Protección de Datos que se halla incardinado en la Agencia de Protección de Datos⁴⁸. La consulta necesaria para obtener dicha información es pública y gratuita.

Debe señalarse que si bien el Reglamento⁴⁹ por el que se desarrollan determinados aspectos de la LORTAD, señala de forma genérica el carácter personal de los derechos del afectado, tal aseveración no afecta al derecho de información -y así se excluye del citado precepto reglamentario- lo que se halla en concordancia con la naturaleza PÚBLICA de la consulta dirigida al Registro.

- DERECHO DE ACCESO. Regulado en el artículo 8.b) del Convenio 108 del Consejo de Europa, consagra el derecho del interesado a solicitar y obtener información de sus datos de carácter personal incluidos en los ficheros automatizados⁵⁰.

En nuestra LORTAD dicho derecho aparece configurado de forma no absoluta. Así, se limita, como es lógico, el contenido de la información a los

■ 45 Artículo 15.2.a) del P.D.

■ 46 Artículo 13 de la LORTAD.

■ 47 Artículo 5 de la LORTAD y artículos 10 y 11 del P.D.

■ 48 Artículo 38.2.e), y otros, de la LORTAD y 23 y 24.4 del Estatuto de la Agencia (Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo).

■ 49 Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, artículo 11.

■ 50 Artículo 14 de la LORTAD; artículo 12 del P.D. y artículo 12 del Reglamento de la Agencia.

datos personales del solicitante e igualmente se restringe el tiempo de su ejercicio, (intervalos no inferiores a doce meses), salvo que se acredite un interés legítimo. Ahora bien, el artículo 14 del Reglamento restringe las causas de denegación al señalar los supuestos de los artículos 14.3; 21, números 1 y 2, y 22.2 de la LORTAD cuando se trate de ficheros de titularidad pública, y cuando la solicitud sea formulada por persona distinta del afectado cuando se trate de ficheros de titularidad privada.

La LORTAD⁵¹ no establece contraprestación alguna por la rectificación o cancelación, el P.D.⁵² señala que el derecho de acceso deberá garantizarse, entre otros requisitos, SIN GASTOS EXCESIVOS, con lo que esta materia se regula de forma diferente. El artículo 8.b) del Convenio 108 del Consejo de Europa también alude a SIN GASTOS EXCESIVOS como forma para llevar a cabo el derecho de acceso.

En cuanto al contenido del derecho, debe señalarse que existe prácticamente coincidencia entre lo regulado en la LORTAD y su Reglamento y lo establecido en el P.D.: datos, fines, tratamientos y cesionarios aparecen explícita o implícitamente en ambas regulaciones legales. Respecto de la forma de llevarse a cabo el mismo, el Reglamento⁵³ se limita prácticamente a reproducir lo dispuesto en la LORTAD⁵⁴. El P.D. sólo se refiere a que la comunicación se haga de forma inteligible⁵⁵, exigencia a la que también se refiere nuestra LORTAD.

- Derechos de rectificación y cancelación⁵⁶. Solamente operan respecto de datos inexactos e incompletos⁵⁷. En este aspecto se equiparan a efectos de regulación legal dos cosas sustancialmente distintas pero que responden a una finalidad única: que el fichero automatizado contenga exclusivamente datos veraces, entendiendo que se incumple la misma de una u otra forma. El P.D. solamente regula lo que hasta ahora he manifestado, pero la LORTAD establece unas excepciones a la cancelación del dato que tienen como fundamento la evitación de un perjuicio o intereses legítimos del afectado o de un tercero o la existencia de una obligación legal de conservar el dato⁵⁸. La obligación de notificar la rectificación o cancelación del dato cedido al cesionario del mismo rige sin

■ 51 Artículo 16.2 de la LORTAD.

■ 52 Artículo 12.1 del P.D.

■ 53 Artículo 12 del Reglamento.

■ 54 Artículo 14.2 de la LORTAD.

■ 55 Artículo 12.1 del P.D.

■ 56 El P.D. le llama SUPRESIÓN.

■ 57 Artículo 15.2 de la LORTAD y 12.2 del P.D.

■ 58 Artículo 15.4 de la LORTAD.

fisura alguna en la LORTAD, en cambio el P.D. atiende a razones que son excepciones de dicha obligación en los supuestos de imposibilidad de llevarlo a cabo o cuando suponga un esfuerzo desproporcionado⁵⁹.

- DERECHO DE BLOQUEO DE LOS DATOS. A diferencia de la LORTAD que no regula en su articulado el bloqueo de datos, el Reglamento de la misma⁶⁰ regula dicha operación no como derecho sino como medio de establecer unas garantías sustitutivas a las operaciones de cancelación cuando las mismas no puedan llevarse a efecto, y no se trate de datos recogidos por medios fraudulentos, desleales e ilícitos, el P.D.⁶¹ habla de SUPRESIÓN o BLOQUEO de datos sin especificar cuando procederá una operación y cuando deberá aplicarse la segunda.

- Derecho de oposición⁶². Se articula como contrapeso a la excepción del principio del consentimiento en el tratamiento automatizado de datos personales. Dentro del mismo se distinguen dos supuestos:

1.- Oposición,, al menos, de tratamiento de datos en principio necesarios para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público o cuando el tratamiento de datos sea necesario para la satisfacción del interés legítimo por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comunican los datos. Para llevar a cabo tal oposición se exigen RAZONES LEGÍTIMAS PROPIAS DE SU SITUACIÓN PARTICULAR, pudiendo llevarse a cabo en cualquier momento.

2.- Oposición, PREVIA PETICIÓN y SIN GASTOS, al tratamiento de los datos de carácter personal respecto de los cuales el responsable prevea un tratamiento destinado a la prospección y oposición, SIN GASTOS, a la comunicación de datos por primera vez a terceros o a su utilización en nombre de éstos a efectos de prospección.

C) LA EVOLUCIÓN NORMATIVA EN LA MATERIA.

Vamos solamente a referirnos a aquellos antecedentes fundamentales e inmediatos a la vigencia de la LORTAD, sin desconocer la existencia de otro tipo de disposiciones anteriores y posteriores que bajo la forma de Recomendaciones

- 59 Artículo 12.3 del P.D.
- 60 Artículo 17 del Reglamento.
- 61 Artículo 12.2 del P.D.
- 62 Artículo 14 del P.D.

y Resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa guardan relación con esta materia de la protección de datos personales⁶³.

La Constitución Española no contiene efectivamente una regulación en la materia pero sí impone la obligación de regular, limitándolo, el uso informático como forma de salvaguardar el honor y la intimidad personal y familiar. Aparte de la Norma fundamental, merecen citarse:

- El Convenio (108) para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos personales, de 28-1-1981, cuyo ratificación por España se publicó en el Boletín Oficial del Estado número 274, de 15-11-1985, señala en su Preámbulo que pretende establecer una unión más íntima entre sus miembros, desea ampliar la protección de los derechos y libertades fundamentales de cada uno, concretamente al respeto de la vida privada, teniendo en cuenta la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objeto de tratamiento automatizado, y reconoce la necesidad de conciliar los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información entre los pueblos.

- La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, Boletín Oficial del Estado de 31-10-1992. Pieza clave en la regulación de esta materia y plasmación concreta del desarrollo del mandato del artículo 18.4 de la Constitución Española. Tiene el carácter de ley orgánica salvo los artículos 18, 19, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 31, los Títulos VI y VII, las disposiciones adicionales 1ª y 2ª y la disposición final 1ª⁶⁴.

- El Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la LORTAD, Boletín Oficial del Estado de 21-6-1994. La referida disposición cumple con el mandato de desarrollo reglamentario contenido en diversos preceptos de la LORTAD⁶⁵, quedando pendiente de desarrollo reglamentario los preceptos 4.5 y 9.2 y 3 de la LORTAD. Son partes fundamentales del Reglamento las relativas a la transferencia internacional de datos, las que regulan la notificación e inscripción de ficheros y las que se refieren al ejercicio y tutela de los derechos del afectado y al procedimiento sancionador.

- La futura Directiva 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. Las etapas más importantes de la tramitación de la misma pueden resumirse en:

■ 63 Miguel Ángel Davara Rodríguez en su obra *Derecho Informático* enumera las más importantes.

■ 64 Conforme a lo establecido en la disposición final 3ª de la LORTAD.

■ 65 Artículos 15.1, 16.1, 17.1, 24.2, 38.3 y 47.1.

* Presentación por LA COMISIÓN de una propuesta de Directiva el 18-7-1990 basada en los artículos 100 A y 113 del Tratado.

* Dictamen del COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL de 24-4-1991.

* Dictamen del PARLAMENTO EUROPEO de 11-3-1992 en el que se sugirieron numerosas enmiendas a la propuesta de la Comisión.

* A la vista de ambos dictámenes, presentación por LA COMISIÓN de una propuesta modificada de Directiva el 15-10-1992.

* Adopción por EL CONSEJO de su posición común el 20-2-1995 de conformidad con el apartado II del artículo 189 del Tratado.

- Como disposiciones complementarias en esta materia han de citarse:

* El Estatuto de la Agencia de Protección de Datos aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, Boletín Oficial del Estado de 4-5-1993, en donde no solamente se regulan las materias competenciales propias para el buen funcionamiento de la Agencia, sino que a través de su articulado se precisan alguna de sus competencias⁶⁶.

* La Orden Ministerial de 2-2-1995, Boletín Oficial del Estado de 10-2-1995, por la que, en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición final primera del Reglamento, se aprueba la primera relación de países que, a efectos de las transferencias internacionales de datos, disponen de un nivel de protección equiparable.

- Instrucciones emanadas de la propia Agencia de Protección de Datos, en aplicación del artículo 36.c) de la LORTAD:

* Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, precisando determinados aspectos del artículo 28 de la LORTAD.

D) LIBERTAD INFORMÁTICA.

Nadie puede negar que la informática es uno de los avances más importantes de este siglo y, por tanto, que haya de regularse la aplicación de la misma

■ 66 Fundamentalmente las que se contienen en el Capítulo II de la misma.

de forma que se encuentre el punto de equilibrio entre su utilización y el respeto debido a aspectos fundamentales de la persona como son el honor y la intimidad personal y familiar.

Para ello se hace preciso un perfeccionamiento futuro de la LORTAD a la luz de las necesidades que vayan apareciendo como consecuencia de su aplicación, de la evolución de la informática, de la resolución por parte del Tribunal Constitucional de los recursos de inconstitucionalidad ante él planteados y el cumplimiento del plazo de tres años establecido en la disposición final, (artículo 32), del Proyecto de Directiva para que las disposiciones de la misma puedan ser adoptadas por los Estados miembros. Es cierto que para entonces se habrán hecho realidad otros avances tecnológicos que en este momento se encuentran en ciernes, me refiero a las llamadas autopistas de la información que sin duda plantearán graves problemas de adaptación a la realidad social que justamente demanda una protección eficaz respecto de la defensa de los bienes jurídicos objeto de nuestro comentario.

Avanzar progresivamente para alcanzar dicho objetivo, logrando simultáneamente una mayor concienciación de la sociedad en la valoración y defensa de su privacidad es la tarea inmediata a realizar por la Agencia de Protección de Datos.

**“INFORMATICA JURIDICA:
DE LA TEORIA A LA PRACTICA”**

**“Los sistemas de
Información automatizada
en el Derecho”**

