

# Situación actual de la Informática y los datos personales.

## Algunas reflexiones sobre la aplicación real de la LORTAD

JUAN JOSÉ ACHA ITURMENDI

*Ingeniero Industrial, Licenciado en Derecho y Diplomado en Administración y Dirección de Empresas*

### 1. SITUACION DE PARTIDA Y PUESTA EN VIGOR DE LA LORTAD

La LORTAD, Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal, se publicó en el BOE el 31 de Octubre de 1992. En ella se creaba a la vez la Agencia de Protección de Datos como futuro Ente de Derecho Público, que "se regirá por lo dispuesto en la presente Ley, por un Estatuto propio que será aprobado por el Gobierno y por las disposiciones que le sean aplicables en virtud del art. 6.5 de la Ley General Presupuestaria".

La LORTAD entró en vigor el 31 de Enero de 1993, 3 meses después de su aparición en el BOE, y antes de la aparición en el mismo Boletín del Estatuto de la Agencia de Protección de Datos, hecho que ocurrió el día 4 de Mayo del mismo año 1993.

Hasta el día 21 de Junio de 1994 no se publica en el BOE el Reglamento que desarrolla la LORTAD por parte de la Agencia y al día siguiente, 22 de Junio de 1994, es cuando aparece la Resolución de la misma Agencia por la que se aprueban los modelos normalizados en soporte papel y magnéticos a través de los cuales deben efectuarse las correspondientes inscripciones en el Registro

General de Protección de Datos. Y todo ello, **sabiendo de antemano que sería el día 31 de Julio de 1994 la fecha límite de entrega de la descripción de los ficheros al citado Registro.**

Se ha descrito una situación inicial real que podría calificarse cuando menos de desplanificada. Fue necesario en poco más de un mes adecuarse a las especificaciones establecidas en los preimpresos del BOE o en el "disquete de la Lortad", el cual no pudo adquirirse sino con un mes escaso de antelación.

En definitiva, desde el 31 de Julio de 1994, España se dota de un aparato importante de protección de datos de carácter personal, cuya base tiene rango de Ley Orgánica. De esta forma, se atiende al art.18.4 de la Constitución sobre la defensa del honor y la intimidad; de otra parte, la LORTAD ha de conjugarse con el art.20.1.d de la Constitución, que señala el derecho fundamental a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Así pues, aparecen las bases de datos de personal como objetos de obligada coordinación para posibilitar el ejercicio de dos derechos fundamentales en parte contrapuestos. Esa coordinación ha de llevarse a cabo en un contexto en el que la informática aparece como protagonista, puesto que es así como lo decide textualmente nuestra Constitución (18.4): "La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

Durante el desarrollo de la presente Comunicación, se aludirá y se citarán los contenidos más importantes de la documentación Comunitaria sobre los datos de carácter personal.

Entre ellos son especialmente destacables:

a) "Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales" presentada por la Comisión el 27-julio-90. (DOCE C277 - 5-11-90, p.3), en lo sucesivo **Directiva 90**, y su modificación posterior

b) "Propuesta modificada de Directiva del Consejo 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". 92/C 311/04 (Presentada por la Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 149 del Tratado CEE el 16 de Octubre de 1992), aparecida en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 27-11-92, en lo sucesivo **Directiva modificada 92**.

El Consejo de Europa abordó decididamente el problema de la protección de los datos personales a mediados del año 90. Esta propuesta de Directiva se supone fue tenida en cuenta por el legislador español. Pero fue el caso que tal Directiva fue prácticamente sustituida por otra "Propuesta de Directiva Modificada" que contiene muy importantes variaciones respecto a la del año 90.

Desde luego, la Lortad no parece recoger estas variaciones, una de ellas capital: se sustituye la expresión "Responsable del fichero" por la nueva de "Responsable del Tratamiento". E insistimos en su importancia porque tal cambio creemos que afecta decisivamente, como se verá, a nuestras tesis sobre la seguridad de los datos y sobre la misma aplicación real y efectiva de la Ley.

Ha de añadirse que, pese a que en el título de la modificada se escribe *personas físicas* en lugar de *personas*, como decía la primitiva, ambos contenidos contemplan de forma clara y terminante todo tipo de personas, tanto físicas como jurídicas.

¿No conoció el legislador español los cambios que se estaban operando a nivel europeo? - No es posible saberlo, pero sí es posible constatar la inexistencia de alusiones o citas en la Exposición de Motivos de la Lortad a la documentación europea del año 92.

Curiosamente, y después de una larga espera de casi 14 años que se iniciaba en Diciembre del 78 con la Constitución, la Lortad nace el 29 de Octubre de 1992, exactamente 13 días después la presentación de la citada Propuesta de Directiva modificada por parte de la Comisión, puesto que tal presentación se realizó el 16 de Octubre de 1992, y 2 días después de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (27-11-92).

Por todo lo expuesto, la situación de partida no puede calificarse de halagüeña y la puesta en vigor de la Lortad encierra alguna inoportunidad, sobre todo si se tiene en cuenta que ya habían transcurrido 14 años desde el mandato de limitación informática constitucional, y no hubiera resultado decisivo el retraso de algunos días más a fin de intentar recoger, al menos en parte, las propuestas europeas sobre el tema.

## 2. SEGURIDAD DE LA INFORMACION Y SEGURIDAD INFORMATICA

Durante los meses inmediatos anteriores a la fecha límite marcada por

la Ley para cumplir con la obligación de inscribir en el Registro General de Protección de Datos los ficheros de datos de carácter personal, es decir, cuando todavía la Agencia no había manifestado cómo se inscribirían concretamente tales ficheros, se desarrolló una amplia campaña publicitaria en donde las principales empresas consultoras del país, muchas de ellas multinacionales, ofrecían sus servicios de **asesoramiento informático** sobre el tema.

Algunas de ellas, cuando ya se conocían los formularios oficiales, celebraron con urgencia “Seminarios Prácticos” durante el mismo mes de Julio del 94 “con ejemplos sobre los impresos a cumplimentar”, y en algunos casos se organizaban seguidamente Mesas Redondas en donde participaban miembros de la propia Agencia de Protección de Datos.

**La inmensa mayoría de la publicidad se basaba en la coerción y el temor a la sanción** de hasta cien millones de ptas. Había quien apelaba a **perjuicios irreparables de imagen**, pero en toda la publicidad examinada, sin excepción, se ofrecía de alguna forma **hacer frente a las consecuencias de la Lortad**.

Se aludía sistemáticamente a los **“riesgos que evidentemente comportaba la entrada en vigor de la misma”** y se apuntaba la conveniencia de establecer las coberturas pertinentes en forma de pólizas de seguros.

De otra parte, la coincidencia era absoluta al declarar que la Lortad no le indicaba al empresario qué medidas de **seguridad informática** particulares debería tomar y cómo debería implementarlas, aspectos que, naturalmente, serían resueltos por las empresas asesoras.

Lo expuesto muestra un escenario inicial basado en el miedo que, desde nuestro punto de vista, ha calado indebida e irracionalmente en parte del empresario.

La Informática es una herramienta, muy poderosa, pero solamente una herramienta. Para muchos esta afirmación es una obviedad, pero quedan algunos que atribuyen a la Informática poderes inexistentes. Absolutamente neutra en sí misma, ha sido, es y podrá seguir siendo mal utilizada por el ser humano.

Esta realidad puede haber sido la principal causa por la que nuestra Constitución decidiera limitar **el uso** de la informática, y en su consecuencia, se haya desarrollado la Lortad 15 años después.

¿Qué ha sucedido para que se intente confundir la informática con el uso que se haga de ella?

- Nuestra tesis es que la informática ha asumido roles que no le corresponden. Las organizaciones poseen sus propios Sistemas de Información, y han de poseer su correlativa Seguridad de la Información. El hecho de que los ordenadores, los sistemas informáticos, sean el soporte material de gran parte de la información de las organizaciones, no justifica en modo alguno que se trate de identificar la **seguridad de la información** con la **seguridad informática**.

La organización es el titular de los derechos y obligaciones de su información y de su correspondiente protección. Por tanto, debe establecer las estrategias y las políticas necesarias para lograrla, definiendo responsabilidades a los diferentes niveles directivos. De este modo, la seguridad de la información queda definida como un concepto más universal, que engloba a la seguridad informática.

Solamente así estaremos en un entorno bien definido, eficiente y adecuado, en donde la función informática estará perfectamente legitimada para articular su propia seguridad, y solamente la que le es propia.

El auditor informático, los responsables del control informático interno, el responsable de la administración de la seguridad lógica, etc., podrán así asumir de modo efectivo sus compromisos previamente establecidos y enmarcados dentro de la seguridad de mayor rango, cual es la de la organización.

La Lortad exige un **Responsable de los datos de carácter personal**. Naturalmente, el responsable no puede ser otro que el titular de la misma. Sin embargo, la Agencia de Protección de Datos explicita la figura del **Declarante o Persona física que efectúa la Notificación** de los ficheros. Esta exigencia posterior de la APD parece basada en la facilidad de resolución práctica de los problemas reales que pudieran plantearse, pero de ningún modo puede deducirse que "el que efectúa la notificación" tenga ningún tipo de responsabilidad, ya que ni la Lortad, ni el Estatuto de la Agencia ni el Reglamento que desarrolla la Lortad se refieren específicamente a tales consideraciones de responsabilidad.

Dada la escasa perspectiva temporal, desconocemos en la actualidad qué tipo de cargos directivos se corresponden con los declarantes reales que van figurando en las inscripciones, pero los sondeos que hemos realizado indican un alto porcentaje de directores o responsables de Informática.

Podríamos preguntarnos por qué los Declarantes no suelen ser los responsables de Personal o Recursos Humanos, puesto que se trata de proteger datos personales.

La respuesta se halla seguramente en que son factores puramente técnicos los que aconsejan delegar en los informáticos, como supuestos expertos manejadores de los ficheros y como personal inmediatamente próximo al lugar de donde ha de extraerse o consultarse la información.

El resultado es que han sido las organizaciones informáticas de cada empresa las que han recogido el testigo de la administración de los ficheros de datos personales frente al Registro y la Agencia de Protección de Datos, de modo que las relaciones y consultas iniciales entre éstos y las empresas se han establecido de facto con las personas físicas que efectuaron en su día la Notificación y no con los responsables de los respectivos ficheros.

La Lortad, el Estatuto de la Agencia, el Reglamento que la desarrolla y la Resolución de aprobación de modelos preimpresos para la inscripción de los ficheros, citan repetidamente la expresión "Seguridad". Del contexto se deduce inequívocamente que se refieren a la Seguridad Informática.

Es cierto que los textos legales no pueden ni deben concretar funciones puramente técnicas, pero es igualmente cierta la absoluta ausencia de referencias sobre cuáles pudieran ser los presupuestos mínimos de seguridad. Así, en el art. 9.1 de la Lortad se dice que "el responsable del fichero deberá adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, tratamiento, pérdida o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural".

Para aumentar aun más la ambigüedad, el mismo art.9.3 expone que "reglamentariamente se establecerán los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros automatizados y las personas que intervengan en el tratamiento automatizado de los datos a que se refiere el art.7 (Datos especialmente protegidos: ideología, religión, creencias, origen racial y vida sexual) de esta Ley".

Cuando el ávido lector acude al Reglamento del BOE de 21 de Junio, se encuentra con que allí no hay nada que pueda disminuir su ignorancia. Cuando al día siguiente, 22 de Junio, aparece la Resolución que contiene los impresos a rellenar, tampoco quedan disipadas sus inquietudes.

La citada Resolución se limita a expresar lo siguiente sobre el particular: Ficheros de titularidad pública. “Medidas de Seguridad:: 9. La cumplimentación de este apartado es opcional”. A continuación, en el lugar del preimpreso en donde ha de contestarse sobre la seguridad informática, la Agencia hace la siguiente pregunta: “¿Dispone de un Plan de Seguridad formalizado y documentado en el que se reflejen las medidas que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal?” - “SI” o “NO”.

No hemos podido detectar en nuestro ordenamiento ninguna otra referencia específica y directa respecto a la seguridad informática.

Planteada la pregunta anterior en idénticos términos para los ficheros de titularidad privada, la única diferencia es que la misma pregunta no es opcional.

De lo anterior podrían establecerse las siguientes conclusiones:

a) No es posible colegir con certeza cuáles deberían ser “las medidas técnicas y organizativas” para garantizar la seguridad de los datos.

b) El legislador parece tener parecidas dificultades cuando en el mismo artículo invoca la futura vía reglamentaria para declarar las condiciones de integridad y seguridad, siendo su temor aun mayor para los datos especialmente protegidos.

c) El desarrollo reglamentario es decepcionante y se reduce a preguntar si se tiene o no un Plan de Seguridad formalizado y documentado.

d) No existen razones suficientes para que los ficheros de titularidad pública estén eximidos de un plan de seguridad, mientras que los privados sean sometidos al control correspondiente. Los ficheros de titularidad pública deben ser tan protegidos o más que los privados. No es ejemplarizante que la contestación a las medidas de seguridad sea opcional para los primeros.

e) El responsable del fichero parece que debe tomar distintas medidas técnicas y organizativas de seguridad según, o “habida cuenta” de (art.7):

Estado de la tecnología ¿Cuál tecnología?, ¿Cuándo?, ¿Para quién?

- Existen productos de seguridad informática con diferentes estados tecnológicos, dependientes casi siempre de la potencia de los ordenadores. Parece como si el legislador quisiera hacer depender el grado de seguridad de los medios tecnológicos que cada organización posea, aumentando el grado de res-

ponsabilidad para las que más medios y recursos posean. Ello, entre otras consideraciones, parece injusto, al menos en los términos de ambigüedad generalizada que se están analizando.

Naturaleza de los datos.- ¿Se quiere decir que los datos calificados como sensibles han de estar más protegidos?. ¿Cuánto más?.

- Ni la Lortad ni su Reglamento hacen la menor distinción ni referencia de los datos sensibles en cuanto al proceso sancionador.

Riesgos a que están expuestos los datos.- ¿Pueden compararse entre empresas?. ¿Por tamaño, dispersión, etc.? ¿Qué criterios seguros podrán existir para evaluar riesgos potenciales?.

Ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.- En este punto parece referirse el legislador a la Seguridad Informática Lógica de Datos y Seguridad Física, respectivamente.

La sensación que produce el ordenamiento español respecto a seguridad informática es de decepción, agudizada para los afectados legos en materia jurídica, es decir, para los informáticos.

Aunque dicho ordenamiento español recoge parte de la Directiva 90 y lo que se mantiene de esa parte en la Directiva modificada del 92, ignora aspectos básicos de éstas, no consiguiendo superar como legislación positiva las propuestas generalistas de la CE.

Las Directivas europeas, que han de conciliar a todos los Estados miembros, son mucho más explícitas sobre temas de seguridad informática que todo el conjunto del ordenamiento español existente. En efecto, el art.9 de la Lortad es solo una parte del art.18 de la Directiva 90, y hasta con un párrafo idéntico a éste.

La citada Directiva 90 expone conceptos de *transmisiones y sus métodos, consultas en línea, obligaciones de quienes tengan el control operativo de los ficheros y de quienes accedan a ellos en el ejercicio de su profesión*, consideraciones todas que no aparecen en nuestro ordenamiento.

A mayor abundamiento, al Consejo de Europa no le satisfizo esta redacción, por lo que elaboró una Directiva modificada del 92 que incide todavía más en la seguridad, hasta el punto de añadir una nueva Sección VII de "Seguridad del Tratamiento".



El art.17 de la dicha Directiva modificada del 92 consta de 5 puntos en donde se profundiza sobre la cuestión:

- Distinción entre la destrucción accidental de la ilícita.
- Exigencia de métodos informáticos que garanticen un grado conveniente de seguridad en las transmisiones de datos en redes.
- El **responsable del tratamiento** (España se ha quedado con la figura de “responsable del fichero”), cuando existan los accesos a distancia, **deberá utilizar técnicas y programas informáticos tales que dichos accesos se efectúen dentro de las condiciones de licitud del mencionado tratamiento.**
- Etc., etc.

Pero, sobre todo, la Directiva modificada 92 obliga al responsable del tratamiento informático a **“tomar en consideración las recomendaciones en materia de seguridad informática y de interoperabilidad de las Redes elaboradas por la Comisión con arreglo al procedimiento previsto en l art.33 (ejercicio de la potestad reglamentaria de la Comisión, que se compromete a adoptar las normas técnicas necesarias)”**.

Es en este punto en donde se produce el gran salto cualitativo y cuantitativo, y se marcan las diferencias con la legislación española. La Directiva modificada del 92 se refiere explícitamente al **“representante del responsable del tratamiento”**, a las personas que intervienen en el tratamiento informático y, en particular, al **“Encargado del Tratamiento”**. Este es el entorno que entiende perfectamente el informático de cualquier nacionalidad. Y no debe olvidarse que, a la postre, como “encargado del tratamiento” y representante del titular, va a ser quien instrumente la integridad y seguridad de los datos personales.

Ha de ponerse un énfasis especial en la compleja casuística de las Comunicaciones. Las nuevas tecnologías de Telecomunicaciones evolucionan y se perfeccionan deprisa, y es el caso que los datos de todo tipo se transmiten a lo ancho del mundo utilizando casi siempre Redes, y no líneas propias.

Naturalmente, estas Redes son compartidas de modo que, simultáneamente, se están moviendo datos de toda clase y condición. Es técnicamente posible el acceso fraudulento a la información durante la realización de la transmisión. Por ello se han desarrollado sistemas de encriptación que se decodifican en el destino. Estos sistemas son caros e incómodos, motivo por lo que se emplean

profusamente solo para salvaguardar intereses estratégicos de Defensa e Inteligencia y en menor medida para preservar secretos industriales.

La legislación actual en cuanto a transferencias de información es igualmente vaga; es difícil asegurar que se vaya a generalizar la encriptación de datos personales, salvo la información policial o de inteligencia, ya sean internas o transnacionales.

Desde la perspectiva estricta de la técnica informática, el cumplimiento de la Lortad no supone problemas siquiera de dificultad media para la mayoría de las organizaciones. Hasta las más pequeñas cuentan, o pueden contar, con medios y recursos técnicos suficientes para cubrir con holgura los requerimientos de dicha Ley, que en la práctica se limita a exigir algo tan elemental como contestar si se dispone o no de un plan de seguridad formalizado y documentado de protección de los datos personales.

Para los informáticos, los datos de carácter personal han tenido desde siempre el carácter de datos sensibles o críticos, junto con algunos otros que varían según el sector de negocio. No ya los grandes mainframes, sino los Servidores de Redes Locales e incluso los PC'S, disponen de la seguridad suficiente de forma estándar, por lo que se refiere a la actividad informática interna de cada organización.

**En definitiva, nuestra opinión es que los niveles generales de seguridad informática existentes en la actualidad en España son suficientes como para no temer sanciones.**

Aunque es axiomático que el responsable de "algo" sea su titular y, por tanto, que el responsable del fichero sea la persona jurídica, **es nuestra opinión que al no definirse en la Lortad las figuras de responsable del tratamiento, representante del responsable del tratamiento y encargado del tratamiento, manteniéndose solamente el concepto de responsable del fichero, el estamento informático español queda prácticamente exonerado de cualquier responsabilidad, en tanto que la Directiva modificada del 92 vincula a dicho estamento informático.**

### **3. EL OBJETO DE LA LORTAD. "TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS"**

Reproduzcamos el artículo 1 de la Lortad:

## Artículo 1. Objeto

*“La presente Ley Orgánica, en desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución, tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos”.*

¿Qué significa exactamente limitar el uso de otras técnicas y medios, distintos de la informática, de tratamiento automatizado de los datos personales?

- No es fácil averiguar a qué técnicas y medios, distintos de la propia informática, puede referirse el legislador para conseguir tratar datos - ¿ya automatizados? - de carácter personal.

¿Querrá decir acaso que, por ejemplo, no puede transmitirse directamente un listado a una impresora remota y sí puede enviarse un fax de una fotocopia del mismo listado? - Dado que ello no es probable, más parece que se haya introducido de forma múltiple el concepto de “automatizado”, provocando alguna confusión.

Si la redacción hubiera sido “... limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento de datos de carácter personal...”, el problema, desde nuestro punto de vista, hubiera quedado resuelto, ya que los datos personales, cualquiera que hubiere sido el modo de obtenerlos, quedarían igualmente protegidos.

Pero, siempre desde nuestro punto de vista, tampoco era esta la pretensión del legislador, por cuanto en el art.2.1 dice: “...de aplicación a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados .... y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizados, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado.”

Es decir, **se protegen inicialmente** los datos que están en **ficheros automatizados** y **se protege cualquier modalidad de uso posterior, incluso no automatizados**. El legislador concluye el art.2.1 protegiendo el uso posterior de datos no automatizados que estén registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado, con lo que no se logra disminuir la confusión, ya que también resulta difícil imaginar qué soporte físico no puede informatizarse posteriormente de alguna forma.

Tal vez, entre otros motivos, para aclarar la aparente complejidad de las expresiones informáticas de la Ley, el legislador se decide a incluir algunas definiciones en el art.3. Así, define los conceptos de “Fichero automatizado” y de “Tratamiento de Datos”, pero **no aparece la definición de Tratamiento Automatizado, expresión que sin embargo aparece textualmente en el art.2 inmediatamente anterior de la misma Ley.**

Las patentes dificultades expuestas parecen quedar después absolutamente disipadas si nos atenemos a la propia Lortad, que finalizando su redacción dice:

*Disposición Final Segunda.- Extensión de la aplicación de la Ley a ficheros convencionales.*

*“El Gobierno, previo informe del Director de la Agencia de Protección de Datos, podrá extender la aplicación de la presente Ley, con las modificaciones y adaptaciones que fuesen necesarias, a los ficheros que contengan datos almacenados en forma convencional y que no hayan sido sometidos todavía o no estén destinados a ser sometidos a tratamiento automatizado.”*

Desde luego, **esta Disposición Final segunda de la Lortad deja perfectamente claro que los datos personales no automatizados no están sujetos a ella**, por lo que, consecuentemente, los datos personales mecanografiados o escritos a mano, por ejemplo, no están protegidos, o lo están en la misma medida que lo estaban antes de la vigencia de la Lortad.

¿Para qué, entonces, el legislador ha tratado de abordar la protección de datos personales no informatizados, si al final dicha Disposición segunda parece hacer desvanecer cualquier duda?

En cualquier caso, queda patente un escenario muy complejo, en donde a los juristas se les presenta una gran tarea.

Para los países que parten de posicionamientos jurídicos básicos más terminantes que los nuestros, la legislación y aplicación de las leyes de protección de datos personales será seguramente más sencilla e inmediata.

Así, por ejemplo, el artículo 35 de la Constitución de Portugal dispone que todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que se diga de ellos en cualquier **registro mecanográfico**, a la vez que prohíbe atribuir a un ciudadano un único número nacional de identificación.

En España se presenta un panorama en donde, se repite, la jurisprudencia deberá ir interpretando qué se debe entender por datos ubicados en un fichero automatizado. Es previsible que en estos momentos muchas organizaciones españolas especulen sobre el hecho de que una simple lista mecanografiada o incluso manuscrita puede ser incluida muy rápidamente en un ordenador.

En sentido contrario, y hasta que se modifique la Lortad en el sentido de extenderla a los datos personales convencionales, es posible que en estos momentos se estén descompilando bases de datos para poner a buen recaudo los datos más sensibles y valiosos desde el punto de vista económico, volviéndose a compilar de nuevo con un contenido menos comprometido.

#### 4. LA LORTAD Y SU AFECTACION EXCLUSIVA A LAS PERSONAS FISICAS

**La Lortad española protege exclusivamente, como se manifiesta explícitamente en su art.1, a las personas físicas. A las personas jurídicas no les es aplicable esta Ley Orgánica.**

En este punto se ha seguido el rumbo opuesto al definido en la Directiva del 90 y en la Directiva modificada del 92, que incluye la protección de las personas en general, aplicándose por tanto a sociedades, agrupaciones, asociaciones, fundaciones, compañías o "cualquier otro organismo compuesto directamente de personas físicas, tengan o no personalidad jurídica".

La Propuesta modificada de Directiva 92/ C 311/04, abunda aun más sobre el particular al destacar la importancia la libre circulación de mercancías, capitales, personas y servicios, que implican el aumento de flujo transfronterizo de datos personales entre todos los agentes de la vida económica y social de los Estados miembros.

La Lortad española estima que las organizaciones no necesitan de esta protección aunque estén formadas, naturalmente, por personas físicas. Se ha estimado, seguramente con razones bien fundamentadas, que el derecho a la información veraz de los ciudadanos debe primar sobre el derecho de intimidad y de privacidad de las personas físicas que componen las personas jurídicas, ya que los administradores, directivos, empleados, etc. de cualquier organización están amparados por la Lortad en cuanto simultáneamente son ciudadanos particulares.

Aunque el razonamiento es irreprochable, parece adecuado tener en cuenta que con frecuencia los titulares y administradores de grandes organizaciones quedan permanentemente asociados y/o vinculados a aquélla, siendo imposible muchas veces que el ciudadano distinga ambos conceptos.

Las consecuencias son también con frecuencia desmesuradas, influyendo directa y negativamente en la organización en su conjunto. La sociedad actual identifica con cierta facilidad empresa con empresario. Determinadas informaciones vertidas sobre cualquier organización, provocan la asociación inmediata a una o varias personas físicas.

Del mismo modo, parece oportuno reflexionar sobre la aparente indefensión de las organizaciones en cuanto a espionaje industrial, etc.

Se puede aducir que existen otras leyes para atajar estos supuestos, pero ha de reconocerse que existen notables diferencias sociales por el hecho de informar y ejercer la libertad de expresión sobre la misma persona física contemplada como particular o como responsable máximo de una persona jurídica.

Con todo, ha de reconocerse la especial dificultad de armonizar privacidad y derecho de información veraz en la protección de datos de carácter personal de las personas jurídicas, dificultad que seguramente será abordada con justeza por otros Comunicantes más avezados que quien esto escribe.

## **5. DATOS SIN CONSENTIMIENTO DEL AFECTADO**

El art.6 de la Lortad declara la necesidad del consentimiento del afectado para el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, "salvo que la Ley disponga otra cosa".

Dejando aparte la casuística de los datos especialmente protegidos, vamos a referirnos solamente a los datos personales tenidos como "normales" u "ordinarios", los datos, en fin, que "todo el mundo conoce" o "dice poder conocer".

Tales datos personales constituyen seguramente el mayor porcentaje de los ficheros existentes en la actualidad, y se han reproducido copias de ellos ad infinitum.

En resumen, reflexionaremos sobre la multitud de **ficheros personales que existen sin consentimiento del afectado porque tal consentimiento no era legalmente necesario.**

Después de proclamar la necesidad general del consentimiento del afectado, el mismo art.6.2, comienza a establecer excepciones. No será preciso el consentimiento:

- Cuando los datos se recojan de fuentes accesibles al público.

So pretexto de que realmente los datos se hallan potencialmente disponibles, las empresas poseen ficheros legales y aparentemente inocuos. Las cesiones de estos datos entre empresas comerciales o cualesquiera otras son también perfectamente legales y tampoco requieren el consentimiento de los afectados, tal y como prácticamente se deduce del art.11 de la Lortad que se ocupa de las Cesiones de Datos. El resultado práctico es que aunque no existan violaciones legales el ciudadano pierde su correspondiente cuota de intimidad.

- Cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias.

A este respecto, piénsese tan solo en la importancia de la existencia de una seguridad jurídica mínima en la definición de las competencias de las Administraciones Públicas.

- Cuando se refieran a personas vinculadas por una relación negocial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato.

Desde nuestro análisis, este es el punto de mayor dificultad interpretativa de la Lortad. Consecuentemente, quizás sea el camino más sencillo que conduzca al incumplimiento y a la ilegalidad permanente. La gran complejidad jurídica de las relaciones negociales, laborales y administrativas, por este orden, es un campo abonado para incluir sustantivos y adjetivos del ser humano que configuren un completo perfil de personalidad. Existen ejemplos en donde, a través de datos de carácter personal fragmentarios y aparentemente inocuos y objetivos, se llega a la definición deformada y aun monstruosa de la personalidad del ciudadano.

Resulta particularmente grave el hecho práctico de que el individuo jamás tenga conocimiento de cómo ha sido "definido" por diferentes entes y

organizaciones que, sin él saberlo, están no solo influyendo en su honor y en su intimidad, sino mediatizando su libertad y su economía.

¿Cuándo serán realmente necesarios los datos personales, y cuáles, para **“mantener las relaciones negociales, laborales y administrativas o para el cumplimiento de los contratos”**?. - La respuesta es en este caso casi irrelevante ya que el afectado no conocerá nunca su “ficha” a menos que ejercite su derecho de acceso una vez cada año. Seguramente no existirán años de vida suficientes en los ciudadanos para informarse del contenido de todos los ficheros en los cuales está incluido.

El apéndice de relaciones que introduce el legislador tras la declaración de que no es necesario el consentimiento del afectado, sirve de poco en el plano efectivo del ejercicio de los derechos del afectado, resultando muy dudoso que aquél pudiera demostrar que no existen relaciones y que procede el borrado de sus datos. En el caso de que lo consiguiera, ¿de cuantos ficheros desaparecería?.

De la inabordable casuística que se desprende de los ficheros que no requieren consentimiento de los afectados, permítasenos analizar particularmente **las consecuencias nefastas que para el ciudadano puede tener la valoración de su comportamiento a través de unos datos, los suyos, que ni conoce, ni sabe acaso que existan, ni necesitan de su consentimiento.**

El legislador ha sido sensible a tal posibilidad y ha intentado impedirla en el art.12, según el cual el afectado podrá impugnar actos administrativos o decisiones privadas **basados únicamente en datos personales automatizados** que configuren una definición de sus características o personalidad.

Sin embargo, para impugnar con éxito sería necesario : a) Que el afectado conociera la existencia de unos datos personales que llegaron a configurar un perfil de su personalidad (no necesariamente el perfil más objetivo). b) Que el afectado pudiera acreditar que la decisión que le perjudica se debiera única y exclusivamente a dicha “valoración informática”.

En las relaciones laborales, el afectado está expuesto no solamente a que sus datos constituyan el único baremo para beneficiarle justamente, sino que además existe el riesgo añadido de que tales datos pudieran ser objetivamente erróneos.

En nuestra opinión, tampoco en estos supuestos, que son los más frecuentes, están suficientemente protegidos los ciudadanos, que en muchos casos



pueden hallarse rozando la indefensión. Consecuentemente, puede dudarse otra vez de la correcta y efectiva aplicación de la Ley.

Debe protegerse la libertad de expresión, pero en el caso de datos sin consentimiento, también desde nuestro punto de vista, y estableciendo excepciones de meros repartos publicitarios, etc., **la Ley debería tipificar los conceptos exactos que no precisaran dicho consentimiento, pudiendo variar los mismos en función de cuál fuese la naturaleza de la organización titular y el fin para el que los recaba.**

**Cualquier fichero que contuviera algún dato más de los tasados habría de ser editado inmediatamente por cuenta del responsable, haciendo llegar su contenido, obligatoriamente, a todos y cada uno de los ciudadanos incluidos en aquel.**

Existe una especial sensibilidad generalizada en la población laboral. El personal empleado de todos los niveles estaría satisfecho si su propia empresa le fuera dando cuenta y confirmando los cambios de sus datos personales, automatizados o no.

## 6. REDACCION DE LA LORTAD E INFORMATICA

Permítasenos finalmente hacer algunas consideraciones sobre la redacción de la Lortad y su legislación derivada.

La impresión general es que dicha redacción no ha contado con colaboradores informáticos, o al menos no los ha tenido en la medida suficiente.

Como se ha ido tratando a largo de estas páginas, existen varios conceptos técnicos que son de uso común en la informática y que sin embargo son lejanos o desconocidos para el legislador.

Comprendemos que estamos haciendo juicios de valor y que tal vez nuestra afirmación anterior de poca intervención de informáticos en la redacción, no se corresponda con la realidad; si estuviéramos en un error pedimos disculpas, pero ello no impide que el resultado final sea un texto ambiguo en cuanto se adentra en conceptos informáticos.

Así, los términos "Tratamiento de Datos" y "Tratamiento automatizado de Datos" pueden ser en unos casos muy diferenciados y en otros casi sinónimos, en función del contexto en que tales términos se utilicen.

Fundamentalmente, ha de destacarse la diferencia clave entre “Responsable del Fichero” y “Responsable del Tratamiento del Fichero”.

La Lortad asume el primero y la Directiva modificada del 92, el segundo. Aunque el que trata el fichero tenga una evidente dependencia del responsable último que es la propia organización, parece incuestionable que tal diferencia marca claramente la distribución de posibles responsabilidades.

En nuestra opinión, aunque sea expresada de forma muy simplista, la Directiva europea involucra de alguna forma al informático en la protección de los datos personales, mientras que la legislación española hace asumir todas las responsabilidades al titular.

Dado que la Lortad declara expresamente su propia exclusión de cualquier connotación penal, podrían resultar situaciones de responsabilidad excesivas para el titular del fichero ante actividades fraudulentas de las personas que manejan realmente los datos.