

LOS DEFENSORES DEL PUEBLO Y LA CONVENCION DE PRÜM

Antonio Rovira*

SUMARIO

- 1.- *Introducción.*
- 2.- *El Defensor del Pueblo como órgano de garantía de los derechos fundamentales.*
- 3.- *Derecho a la privacidad.*
- 4.- *Protección de datos y Convención de Prüm.*
- 5.- *El derecho a la protección de datos en el Tratado de Prüm.*
- 6.- *El Defensor del Pueblo y el Tratado de Prüm.*

1. INTRODUCCIÓN

El Defensor del Pueblo es una institución difícil de definir y que aún provoca una risa fácil por los excesos de su nombre, demasiado estruendoso; como en el relato de Kafka, cuando el mensajero del emperador no podía alcanzar su meta porque la inmensidad artificial del propio imperio se lo impedía, quizá tampoco el Defensor logre nunca responder plenamente a los excesos que su nombre nos sugiere.

El Defensor del Pueblo, entendido literalmente, no es un medio para avanzar, sino un fin en sí mismo. Realmente no sabemos bien lo que es aunque muchas veces, y más respecto a esta clase de instituciones, un exceso de preocupación teórica se interpone como un burócrata insaciable, un poco al modo de aquella parodia donde Cortázar da instrucciones para

* Universidad Autónoma de Madrid.

subir una escalera de forma tan detallada y abstracta que los oyentes se quedan en la higiene de los manuales de uso sin lograr apenas ascender un peldaño.

Como primera aproximación, podemos decir que la naturaleza del Defensor del Pueblo refleja con bastante exactitud la vieja contraposición romana entre «autoritas» y «potestas»¹, distinción que cayó en desuso durante siglos, pero que resucita como categoría necesaria para definir y situar al «Ombudsman» en el conjunto de las instituciones. La contraposición autoridad-potestad, la encontramos en la esencia misma de la constitución republicana romana, donde la potestad de los magistrados, que era la concreción de la majestad popular, estaba limitada por la autoridad senatorial.²

Este reparto de funciones entre la «autoritas» de los augures y senadores y la «potestas» de los magistrados, o del «pater familias», sirvió para establecer un sabio equilibrio³. La «potestas» era delegable y territorial, la «autoritas» era indelegable y personal. La «autoritas» no sólo puede definirse como el saber socialmente reconocido, sino la influencia que tiene aquel al que se reconoce ese saber. En términos generales, la autoridad es un estatus, un ámbito de actuación en función de su saber e influencia, de lo contrario, la potestad absorbe la autoridad, como ocurrió en la época de la inquisición y sigue ocurriendo en las dictaduras.

No obstante, para que el Defensor del Pueblo adquiera esta autoridad, este respeto social e incluso político, esta confianza que da la sola presencia, es decir, para que alcance lo más alto, que como dice Borges, «es sencillamente ser admitido como una parte de la realidad innegable, como las piedras o los árboles», no solamente es necesario gozar de independencia y prestigio, es más importante incluso que se gane el apoyo y reconocimiento social de la gente con sus actuaciones, que deben ser jurídicamente rigurosas y claramente fundamentadas, novedosas, avanzadas e imaginativas. La «autoritas» se adquiere y mantiene con la independencia y rigor de los actos, no es una cualidad que una vez otorgada se mantenga. Por el contrario debe ser ganada y consolidada con la publicidad y divulgación de sus actuaciones efectivas y rigurosas.

¹ A. ROVIRA, *Comentarios a la ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Thomson/Aranzadi. Madrid, 2002.

² M^a J. CORCHETE MARTÍN *El defensor del pueblo y la protección de los derechos*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2001.

³ La «autoridad» también tenía una dimensión física. Quintiliano se refiere, por ejemplo, a la autoridad que destellaba, en concreto, la frente del orador Trácalo Autoriítas, R. DOMINGO, *El País*, 7 de enero de 1999.

Porque, como es sabido, desde mediados de este siglo, ya no es suficiente con declarar los derechos para asegurar su protección, es necesaria la intervención del Estado y de los organismos internacionales para remover los obstáculos que dificultan su realización, es necesario añadir a las Declaraciones un amplio abanico de técnicas e instituciones que tutelen su efectividad.

Pues bien, la institución del «Ombudsman» con su naturaleza novedosa y especial, que tanto cuesta definir jurídicamente, puede resultar útil en este novedoso proceso transnacional. Si ya resultaba desde hace tiempo conveniente su reconocimiento por los Estados, más lo será en el futuro, que ya exige al poder democrático, resolver conflictos y problemas de un mundo en proceso de transformaciones rápidas, complejas y profundas. Problemas como el crimen organizado, o los movimientos fundamentalistas que intenta afrontar el Tratado que comentamos, no se solucionan descolgando el teléfono y llamando a la autoridad competente, son demasiado globales y necesitan la colaboración de grupos de Estados para implementar medidas efectivas.

La democracia debe ser capaz de enfrentarse con las nuevas realidades, debe contribuir a evolucionar los sistemas de garantías creando nuevas instituciones como el Defensor del Pueblo, y ajustando las tradicionales a las nuevas circunstancias, adecuándolas a la realidad social, al cambio, no siendo un obstáculo a su natural evolución, al contrario, institucionalizando los cambios, fomentándolos, haciendo que la democracia cumpla con su función transformadora de la sociedad, empujándola hacia una más libre y justa convivencia⁴.

2. EL DEFENSOR DEL PUEBLO COMO ÓRGANO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES⁵

Como se ha dicho, el Defensor del Pueblo es una institución que cuesta definir, es distinta a las demás y en principio resulta rara, incluso contradictoria con el imperio de la ley y la distribución territorial e institucional del poder en el Estado de Derecho. Una institución que, sin poder, tiene por finalidad controlar a los poderes legitimados democráticamente y, en nues-

⁴ T. FREIXES SANJUÁN, *Constitución y derechos fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional*, Barcelona, 1992. P. CRUZ VILLALÓN «Formación y evolución de los Derechos Fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, Madrid, 1994.

⁵ T. FREIXES SANJUÁN, *ibídem*.

tro caso, incluso al propio parlamento y que, además, lo hace efectivamente sobre la base de la autoridad, la persuasión y al coste político que tiene para los órganos e instituciones fiscalizados ser denunciados públicamente por el Defensor, y así el «Ombudsman», sin poder jurídico, puede condicionar la voluntad de los poderes elegidos.

El Defensor del Pueblo es un «Ombudsman» cuyas decisiones (recomendaciones, admoniciones, reproches, informes) no vinculan a sus destinatarios (administraciones públicas), pero adquieren efectividad en función de la «autoríitas» y los argumentos jurídicos en los que se fundamentan. Es una garantía jurídica pero diferente, sin poder ni competencias para anular actos o modificar situaciones, tan sólo dispone de atribuciones para conocer las deficiencias y darlas a conocer a los otros poderes del Estado y a la sociedad.

Ésta es la naturaleza del Defensor del Pueblo, lo común a todo «Ombudsman», lo que permanece en el cambio, su esencia. Naturaleza que consiste en recibir y dar cauce a las quejas de los ciudadanos y cuando hablamos de quejas, en realidad nos estamos refiriendo al antiguo derecho de petición, que nace al inicio de la Edad Media (en 1215 ya era práctica habitual en Inglaterra ejercer el derecho de petición ante el Rey), peticiones con la finalidad de manifestar algo, consultar o solicitar información o recurrir ante una actuación injusta o arbitraria. En este sentido una queja no es más que una petición que pone en conocimiento y solicita la modificación de una conducta irregular con la finalidad de ser restituido en un derecho. Peticiones y quejas que pueden dirigirse a cualquier órgano o institución y cuya naturaleza es dual, susceptible de ser utilizada tanto para satisfacer intereses particulares como necesidades generales, en definitiva, un derecho de participación política. Generalmente la petición tiene connotaciones graciabiles y la queja de exigencia, pero no siempre es así.

Quejas cada vez más necesarias porque es una experiencia comprobada que allí donde hay Administración hay abusos, irregularidades, ineficacia y, por tanto, quejas de los ciudadanos. Que los ciudadanos estén disconformes con muchos aspectos de la Administración en la que viven demuestra que es una sociedad abierta. Allí donde hay instrumentos y talantes para resolver estas quejas hay una Administración, y si se utilizan es señal de que los ciudadanos confían y participan. Es decir, un derecho vale lo que valen jurídicamente los instrumentos para defenderlo.

Esta intervención en los más diversos campos y la complejidad de los cada vez más numerosos ordenamientos que se aplican simultáneamente, hace que el ciudadano se vea obligado a abrirse paso cada día ante un bosque no sólo de leyes, sino también de disposiciones nacionales y cada

vez más internacionales, complejas y en algunos casos alejadas del fin que la justificó. Cada vez más en nuestras sociedades se elevan nuevas barreras y se abren fosos entre tales quejas y la realización efectiva de las mismas, entre las proclamaciones formales y la vigencia efectiva de los derechos, porque cada vez más, estas relaciones están sustentadas sobre una estructura compleja, dispersa e indeterminada, que con excesiva frecuencia ignora en sus actuaciones lo que es la coordinación y cuyas decisiones llegan al ciudadano por las vías más variadas, en un lenguaje no fácilmente comprensible y casi siempre con un carácter imperativo, difícilmente discutible para quien no sea un especialista en leyes o no tenga los medios económicos para conseguirlo.

Es evidente que la sociedad de nuestros días ha avanzado mucho con respecto a otras pasadas. Todos sin distinción somos titulares formales de estos derechos. Pero aún la relación administración-ciudadano no puede decirse que esté presidida por el principio de igualdad, de claridad, proximidad y eficacia sino por el principio de subordinación, subordinación a otros intereses no siempre justificables, o unos intereses totales, que no persuaden y a menudo defraudan, porque las grandes palabras están perdiendo peso y todo ello nos sitúa, en no pocas ocasiones, en un terreno de notoria inferioridad para incluso hacer valer o utilizar los instrumentos de defensa que el Estado de Derecho pone a nuestra disposición.

Lo cierto es que ante estos cambios el ciudadano se encuentra cada vez más desorientado porque en muchas ocasiones no sabe ni siquiera cuál es la administración competente para contestar su queja. Cada vez resulta más difícil saber quién tiene la competencia y el poder para intervenir, regular y decidir, cada vez resulta más oscuro saber a quién podemos dirigirnos.

¿Cuál es entonces la tarea esencial que este progreso y estas circunstancias de cambios vertiginosos exigen al Defensor del Pueblo? Pues sencillamente la de controlar las actuaciones de las administraciones públicas para que aumente la claridad y la cercanía, para que no se profundice más la fractura entre poder y sociedad.

Es cierto que en todas nuestras sociedades, y en mayor medida cuanto más desarrolladas, se articulan instituciones de control y de garantía para que el ciudadano pueda ser escuchado y resolver el motivo de su queja. Desde la fiscalización de la actividad política y administrativa o la revisión de los actos y resoluciones mediante los recursos, bien sean ordinarios ante la propia administración o a través de los tribunales de justicia, se intenta que estas quejas tengan un cauce para su tratamiento y solución.

También la justicia, como última instancia para la resolución de los conflictos y quejas en este momento histórico de vertiginoso cambio, se está quedando anticuada para poder asumir la velocidad de los acontecimientos. Hay que adaptar la justicia para que se preocupe más por aquellos que quieren saber que por los que saben, simplificando la toma de decisiones, evitando la complejidad burocrática, ampliando la oralidad en toda clase de procedimientos, porque la justicia para serlo debe ser ágil y los juicios realmente rápidos. Es necesario superar el mecanicismo cerrado y rígido en la vida del Derecho que necesitamos, que es variado, complejo y contradictorio y que no puede estar predeterminado en todos sus extremos, con un margen de libertad en su aplicación, una posibilidad de opción entre sus diferentes sentidos cada vez mayor.

Pues bien, estas deficiencias por desfase que tienen el funcionamiento administrativo y judicial, principales instancias para la resolución de las quejas de los ciudadanos, ya sean por medio de una petición, recurso o denuncia (problemas de lentitud, de aplicación mecánica de las normas, sobrecarga de asuntos, procedimientos costosos y lentos, cuando no dejadez, incompetencia o cabezonería), siempre terminan perjudicando al ciudadano que está amparado formalmente por leyes, disposiciones y garantías, pero realmente en muchas ocasiones se encuentra impotente para hacer frente a un funcionamiento mecánico y anticuado del poder al que le irrita que le contradigan.

Por esto resulta necesario, en este clima de vertiginoso cambio, reconocer nuevas instituciones que, sin sustituir a las tradicionales las complementen y perfeccionen en el camino que justifica a todo Estado de Derecho, cual es la realización efectiva de los derechos humanos, suponiendo que exista algún derecho que no lo sea. Derechos que no han caído del cielo, ni se han dado todos de una vez, porque son fruto de conquistas parciales logradas siempre cuesta arriba, frente a la pendiente, y es posible que esta sea la razón de la popularidad de la figura del «Ombudsman», que tiene un origen antiguo en Europa, pero que, actualizada, recorre el mundo.

Estamos hablando de una institución que, sin sustituir ni colisionar, ni mucho menos suplantar a las instituciones democráticas tradicionales, sin pertenecer ni asumir competencias de los tres clásicos poderes del Estado, intenta defender y acercar a los ciudadanos al funcionamiento del sistema de una forma más rápida y efectiva a tenor de las características de flexibilidad, informalidad, inmediatez y agilidad que le caracterizan.

El Defensor del Pueblo no puede juzgar, ni legislar, ni gobernar y ejecutar; su función consiste en denunciar cualquier actuación de los poderes del Estado contrarias a los derechos fundamentales y libertades públicas y

para ello dispone de una serie de atribuciones, entre ellas puede recurrir al Tribunal Constitucional y puede formular recomendaciones, sugerencias, advertencias y recordatorios legales a las Administraciones Públicas y denunciar los comportamientos irregulares de éstas ante el superior jerárquico, ante las Cortes Generales, incluso, atendiendo a la naturaleza y categoría del problema, ante la opinión pública, intentando a su vez colaborar con todos ellos para lograr el mejor funcionamiento del Estado de Derecho.

Así, el «Ombudsman», controla las anomalías y las actuaciones irregulares o con efectos perniciosos del poder ejecutivo, disponiendo para ello de amplios poderes de acceso e investigación de cualquier actuación o resolución administrativa, desde los ministros al más escondido funcionario de cualquier administración pública, local, autonómica, central o institucional y también lo que la Ley Orgánica denomina «agentes», empresas públicas o privadas que sean objeto de concesiones de un cierto servicio público. Puede realizar recomendaciones o sugerencias, para que se modifiquen las conductas lesivas a los derechos o se mejoren sus efectos.

También controla al poder legislativo del que es Comisionado, al tener la posibilidad de presentar recurso de inconstitucionalidad por violación de los derechos fundamentales contra las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado, las Comunidades Autónomas, Tratados internacionales etc. y recurso de amparo ante los actos sin valor de ley de los mismos poderes. Finalmente, el Defensor también controla el correcto funcionamiento del poder judicial a través del Fiscal General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial, dirigiéndose a éstos para que se adopten las medidas necesarias y mejorar así su funcionamiento, y de todo ello debe dar cuenta anualmente, a las Cortes Generales mediante un informe y las correspondientes comparecencias ante la Comisión mixta o la Comisión que corresponda por el objeto informado.

Como pueden ver, con estas potencialidades, el Defensor del Pueblo no es como maliciosamente se dice, un adorno y puede resultar efectivo para controlar las actuaciones de las administraciones públicas en aplicación del Tratado de Prüm.

Sus atribuciones son importantes, y sobre todo adecuadas para servir de garantía a esta sociedad que avanza a la velocidad de la luz. Es una garantía técnico-jurídica y como tal actúa, no es un órgano benéfico, realiza un control jurídico, sus actuaciones están fundamentadas en la aplicación e interpretación del Derecho, se explican y fundamentan en razones jurídicas porque las normas tienen que adaptarse y modificarse en función de los fines que las justifican y las exigencias de las nuevas épocas y el Tratado

que comentamos es un buen ejemplo y para ello resulta imprescindible conocer estos fines, ideales, y valores que son constitucionales, pero también reales.

El «Ombudman» tiene facultades y aptitudes para desarrollar esta labor de adecuación, de adaptación del Derecho a los tiempos, porque antes que nada las normas son realidades humanas, productos sociales que existen para ser aplicados en una sociedad, con consecuencias también de carácter real y, para su correcta elaboración y aplicación, es necesario conocer y tener en cuenta la sociedad a la que van a ser aplicadas y las consecuencias que se producen con su realización.

El Defensor del Pueblo puede contribuir, con su actividad, a controlar, por ejemplo, que el Tratado de Prüm no se aplique desde una concepción reduccionista prescindiendo por completo del problema de la justicia y de la eficacia, reduciendo el campo del Derecho a la gramática jurídica. También puede ocuparse de que el contenido del Tratado no recupere un superado normativismo que, como el platonismo, considera la norma como una idea perfecta y al margen de cualquier condicionamiento social (Kelsen) o ideológico (Hobbes), e intenta también, que la ley no siga aquellas concepciones válidas en otros sistemas jurídicos, que reducen validez a eficacia, afirmando que el Derecho auténtico no es el enunciado en la Constitución y la ley, sino aquel que efectivamente se aplica, o aquellas teorías que identifican validez a justicia; una norma es válida -dicen- solamente si es justa.

Hoy día parece admitido que cualquier posición reduccionista del Derecho dificulta la realización efectiva de sus efectos y valores. Por tanto, hay que interpretar y aplicar la ley de la mejor forma para la realización de sus objetivos y finalidades y en esta actividad de conexión entre el Derecho y la realidad y, en este caso, entre el Tratado y sus fines, el Defensor del Pueblo, mediante sus recomendaciones, sugerencias y recursos puede prestar unos servicios importantes. Además, el Defensor puede, si quiere, superar el espíritu de pesadez y la falta de imaginación que caracteriza al mundo del Derecho, al preocuparse más por los que quieren saber que por los que saben. Ya no resulta suficiente, que las actuaciones de los poderes públicos sean permitidas por la ley, es necesario también que sean justas y efectivas para la realización de los valores, principios y derechos constitucionales.

No obstante su misión no sólo tiene estos objetivos generales. Con este sentido de la proximidad, al Defensor del Pueblo puede acudir cualquier persona, menor o mayor de edad, nacional o extranjera, en situación regular o irregular, constituyéndose en la mejor institución para, no sólo defender sino analizar y conocer las nuevas realidades de la circulación de las

personas, de la desaparición de las fronteras, de la modificación de los elementos esenciales del Estado. En este sentido, es o debe ser una institución abierta, cercana, fácil, gratuita, sin formalismos ni actitudes que profundicen el foso en el que se dividen nuestras sociedades. De esta forma, con su «autoritas», contribuye a solucionar una serie de problemas, grandes para la persona a la que afectan, pero pequeños para el Estado, para la sociedad en su conjunto, porque generalmente son individuales o de pequeños e indefensos grupos. La mayor ventaja de un «Ombudsman» no es solamente lo que puede hacer, sino el cómo lo hace a tenor de sus características de proximidad, gratuidad, rapidez, flexibilidad e informalidad.

Ahora bien, para cumplir con estas importantes y revaluadas funciones, como garantía de los derechos fundamentales y control de los poderes, el Defensor del Pueblo debe rodearse de una serie de requisitos y garantías. El primero de estos principios es su independencia frente a todos: independencia política frente a los poderes del Estado por el modo de elección, con mayoría cualificada de las dos Cámaras legislativas, que fuerzan al consenso de los grupos políticos; económica, al elaborar y gestionar su propio presupuesto, que se tramita directamente a las Cortes; y jurídica, al disponer de autonomía para regular su régimen interior de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica. En definitiva, las características esenciales que debe reunir esta institución son la legitimidad, accesibilidad, flexibilidad y credibilidad.⁶

Esta naturaleza de la institución, flexible e indeterminada, permite una gran capacidad de adaptación y flexibilidad, incorporándose a los más variados sistemas jurídicos y estructuras, facilitando las actuaciones incluso más allá de las fronteras del territorio; y así la original institución del «Ombudsman», se ha ido adaptando a los Estados, sean unitarios o federales, a los municipios y provincias, sean grandes o pequeños, a los sistemas de Common Law y al sistema europeo de derecho administrativo y control jurisdiccional especializado, contencioso-administrativo, a los Estados muy desarrollados y a los menos desarrollados, adaptando el contenido básico de la institución, el procedimiento de nombramiento del titular y el ámbito territorial de competencias que son los tres grandes elementos que caracterizan a esta clase de instituciones⁷.

⁶ C. DE CABO MARTÍN, «Democracia y Derecho en la crisis del Estado Social» en *Sistema*, nº 118-119, Madrid, 1994.

⁷ J. L. CASCAJO CASTRO, «Los Defensores del Pueblo en el Estado Social y Democrático de Derecho, una perspectiva teórica», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 24, 1989.

Esta proliferación del «Ombudsman» en el mundo, de una forma un tanto desordenada y jurídicamente imprecisa, no siempre resulta beneficiosa y, de hecho, puede conducir a la desnaturalización. Es necesario, por tanto, establecer unos requisitos o parámetros mínimos, necesarios e imprescindibles, para poder incluir a una determinada institución de garantía en la categoría estricta de Defensor del Pueblo u «Ombudsman». Entre estos elementos característicos, cabría incluir los siguientes:

1. Debe ser elegido por el poder legislativo, por una mayoría cualificada de votos que garanticen su independencia frente a los grupos políticos y fomente el consenso.

2. Debe regularse en la Constitución del Estado democrático, para disponer así de la legitimidad necesaria para poder controlar a todas las administraciones.

3. Sus funciones deben incluir la defensa de los derechos fundamentales y las estructuras democráticas, además del control de las administraciones públicas.

4. Debe disponer de amplias posibilidades de investigación.

5. Debe disponer de un presupuesto autónomo, consolidado y suficiente.

6. Debe atribuírsele una serie de prerrogativas de inmunidad, inviolabilidad y fuero propio, que le protejan frente presiones e intromisiones de terceros.

7. Debe responder de su trabajo periódicamente y de una forma ágil y sencilla ante el Parlamento y, en su caso, ante la jurisdicción.

8. Debe ser un órgano unipersonal, para facilitar su conocimiento y comunicación con la ciudadanía.

9. Debe reunir las características de independencia, accesibilidad, flexibilidad y credibilidad.

Para unos estos requisitos serán demasiados, para otros demasiados pocos. Sin caer en el perfeccionismo, creo que estos elementos fundamentan la imparcialidad e independencia, pueden resultar suficientes para garantizar que este tipo de institución de garantía pueda cumplir no sólo con las expectativas sociales que siempre levanta su creación, sino con los objetivos y finalidades que el ordenamiento le encomienda y, en mayor medida, pueden resultar útiles para descubrir y denunciar el uso abusivo del prestigio de una institución para finalidades contrarias.

Lo realmente sorprendente es que, en menos de un siglo, el «Ombudsman» ha pasado de ser una figura nórdica casi desconocida,

«exótica», a disponer de un cierto protagonismo. Incluso hoy es uno de los parámetros que utilizan los organismos internacionales para medir el desarrollo democrático de los países y condicionar las ayudas económicas al desarrollo. Esta popularidad está sorprendiendo a todos. En ocasiones parece que necesitamos algo nuevo sin saber muy bien por qué y para qué. Lo que resulta ya evidente es la insuficiencia de las garantías tradicionales, demasiado rígidas para enfrentarse con éxito a los grandes retos globales.

Uno de estos retos, no sé si el mayor, es la trivialización de los derechos humanos y de sus garantías, y entre ellas el propio «Ombudsman», es decir, el uso abusivo superficial de éstas para legitimar las peores opciones políticas, o su banalización al instrumentalizarlas con el objetivo de hacer «luz de gas» sobre los problemas sociales.

Los derechos, pero también las instituciones de garantía, corren el riesgo de banalizarse⁸ y esta trivialización de los derechos humanos⁹, o el emborronamiento de garantías como el «Ombudsman», se produce cuando se da un exceso de retórica sentimental que anula su naturaleza racional, práctica, positiva, jurídica, transformándolos en principios morales, máximas o consignas, catálogos o mandamientos, sin poder de vinculación, con una efectividad exclusivamente ideológica en manos de aquellos a los que la democracia siempre ha combatido, que usan estos derechos y garantías como instrumento para conquistar el poder, alejándolos de su finalidad esencial, el respeto y la aplicación de los derechos a la autonomía personal y a la libertad. Significa una impostura terrible, puesto que el papel de los derechos humanos cambia y se convierte entonces en un sistema que ayuda a perpetuar las relaciones de subordinación y los abusos, proclamando que éstos han sido abolidos. Se transforman así las declaraciones de derechos y el sistema de garantías en una ideología falaz y sofisticada, en una vacuidad verbal que justifica el pillaje con amorosas palabras.

A ese proceso de banalización, desfiguración, falseamiento, de ocultación, es a lo que vamos a tener que enfrentarnos seriamente en el nuevo siglo, para ello un buen instrumento puede ser la institución del «Ombudsman».

Dada su naturaleza flexible que le permite saltarse las fronteras, puede resultar eficaz y útil para descubrir y denunciar ante los organismos internacionales a los sistemas formalmente democráticos.

⁸ G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

⁹ A.E. PÉREZ LUÑO, «El Defensor del Pueblo y la descontaminación de las libertades». *Anuario de Derechos Humanos*, nº 4., Derechos Humanos y constitucionalismo en el tercer milenio, Madrid, 1996. M^o J. CORCHETE MARTÍN, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, op. cit.

También en los sistemas democráticos consolidados, el «Ombudsman» puede resultar muy útil para denunciar una práctica que corre el riesgo de extenderse, práctica que consiste en negar la evidencia, en negar lo obvio a base de desfigurarlo y cubrirlo y distraerlo con la mentira revestida de legalidad.

3. DERECHO A LA PRIVACIDAD¹⁰

El ideal de la subordinación de lo individual a lo colectivo, clásico del Estado de bienestar, está siendo pulverizado. Ya no se puede decir que el ejercicio de un derecho fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social que, por ser general, se dice que es de rango superior, porque una afirmación como ésta, realizada sin ningún tipo de matizaciones, conduce hoy inevitablemente al sacrificio del derecho fundamental, de la libertad, de la vida privada y de la intimidad, y, en definitiva, al sacrificio de todas las libertades públicas. Existen, ciertamente, fines sociales que siempre deberán considerarse de rango superior al Derecho, por ejemplo, a la intimidad, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos, y la prioridad de este valor social debe salir de la propia Constitución, es decir, ha de ponderarse el fin social y el derecho fundamental, fin social que, en definitiva, pretende y es garantía de la libertad de todos.

No es conveniente entonces enfrentar, como a veces se pretende, el fin social (lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, en el caso que nos ocupa) con el ciudadano, porque el hombre realmente libre sólo lo es en un Estado de Derecho desarrollado y fuerte, un Estado que interviene para asegurar que los derechos, entre ellos a la protección de sus datos personales, sean compatibles con los derechos de todos. No hay en este sentido un cambio de forma de Estado ni del sentido y alcance de los derechos fundamentales, sino que hay una evolución que puede producir una nueva conquista, un perfeccionamiento, de manera que al pluralismo político, social y económico, característico del Estado de bienestar, añadimos, o deberíamos añadir, el pluralismo moral, la tolerancia, la diversidad, y en esta nueva etapa en la evolución que caracteriza la democracia, el Estado sigue teniendo posiblemente más que nunca la obligación de intervenir para asegurar estos nuevos valores, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten la realización personal, la vida privada a todos los ciudadanos.

¹⁰ Vid. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), nº 77, julio-septiembre 1992, pp. 259-266.

De esta forma, el valor predominante, la finalidad y objetivo que fundamenta estas nuevas inquietudes es el respeto a la singularidad subjetiva, es decir, el derecho a la vida privada, que no es más que el derecho a ser íntegramente uno mismo. La libertad deja así de estar circunscrita a lo económico, a lo político o al saber, para instalarse en las costumbres, en lo cotidiano, en la vida personal en base al reconocimiento del pluralismo no sólo político, social o económico, sino también, y por primera vez, el pluralismo moral. La libertad empieza a ser la posibilidad garantizada por el Estado de elegir cada uno cómo desea vivir. Vivir libremente sin la presión de modelos establecidos o impuestos, sin héroes ni mártires, sin misiones históricas, escogiendo íntegramente el modo de existencia que cada uno desea. Éste es el hecho social y cultural más significativo de nuestro tiempo, la aspiración y el derecho más legítimo, y de ahí que el derecho a la intimidad, el derecho a un ámbito personal totalmente libre sea objeto de interés porque tiende a engrandecerse, y de ahí también la preocupación de teóricos y juristas por concretar y garantizar esta esfera.

Con la positivación del derecho a la intimidad o a la vida privada lo que se pretende es asegurar en mayor medida este ámbito privado, un ámbito de la persona en el que no se pueda intervenir, es decir, un ámbito en el cual la soberanía sobre el mismo es exclusivamente del titular del derecho. Ésta es su razón de ser, aunque, como todo derecho, tiene sus límites, límites que los podemos concretar en el mismo derecho de los demás y en la preferencia o prevalencia en algunos casos de bienes constitucionales protegidos, como puede ser el de la seguridad.

No obstante, el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad del individuo en su ámbito de vida privada ante el desarrollo tecnológico (comunicación, informática...) está generando formas, procedimientos y técnicas que permitan incidir en este ámbito de soberanía individual, sin que sea en muchos casos perceptible la intromisión y en otros que sea difícil probar, con las garantías que en general tiene el derecho, que se ha afectado o lesionado esta libertad fundamental. Es decir, está ocurriendo que la formulación del derecho a la intimidad, con sus garantías y con sus límites, es insuficiente para prevenir las lesiones a este derecho que vienen por parte de las nuevas tecnologías.

La evolución de las ciencias y de la técnica y las modificaciones de usos y costumbres sociales que dicha evolución ha provocado, exige la incorporación de garantías nuevas y sistemas de protección para asegurar el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales frente a formas e instrumentos de agresión a menudo inimaginables cuando cada uno de estos derechos y libertades fueron proclamados e incorporados al patrimonio jurídico de los ciudadanos.

No podemos olvidar que el propio derecho a la intimidad ha sido reconocido explícitamente en los textos constitucionales muy recientemente. Pero su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales. La inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia que son algunas de estas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado¹¹. Pero el avance de la tecnología y el desarrollo de los medios de comunicación han obligado a extender esta protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en el que se desenvuelve la intimidad.

Ante eso, los juristas han intentado y están intentando concretar este ámbito, ya sea desarrollando a partir de él nuevos derechos o introduciendo nuevos caracteres, nuevas garantías y nuevos límites que permitan hacer frente a estos nuevos medios, limitándolos y prohibiéndolos cuando se abuse de ellos.

Así, en los últimos códigos constitucionales europeos se han concretado los límites al derecho a la intimidad en relación con la informática como forma de afrontar jurídicamente una situación que puede plantear, de no controlarse específicamente, uno de los peligros más sutiles en relación con nuestra vida privada, peligro propiciado por la dificultad de controlar la información y el uso que se haga de sistemas informáticos tan sofisticados.

Ya se advirtió ese peligro en Estados Unidos con motivo de los famosos bancos de datos, que desde entonces han cobrado mayor importancia, hasta el punto de haber sido incluido en las constituciones portuguesa y española y ser una preocupación constante tanto en el ámbito interno como internacional. De no limitarse y regularse el uso de estos medios tan sofisticados, el derecho fundamental a la intimidad podría quedarse en un mero formulismo, dado que la intromisión de estas tecnologías en el ámbito privado llegaría a eliminar realmente la intimidad y como resultado afectar al derecho a la libertad y a la igualdad de los ciudadanos, porque la acumulación de información con desconocimiento del afectado permitiría, por ejemplo, al final, seleccionar y clasificar a los ciudadanos en función de sus inclinaciones y preferencias.

¹¹ STC 110/84.

4. PROTECCIÓN DE DATOS Y CONVENCIÓN DE PRÜM

Pues bien uno de los posibles medios de agresión a este «ámbito reservado de vida» es el tratamiento automatizado de datos personales mediante técnicas informáticas.

En una sentencia clásica -la de 15 de diciembre de 1983-, que tuvo una grandísima influencia en la doctrina y en la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional alemán aborda esta cuestión partiendo de la idea de «autodeterminación» del individuo, en cuanto facultad de éste para «decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de que límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida», facultad, la descrita, que es parte integrante del «derecho de personalidad», en el que se incluyen el derecho al honor y el derecho a la intimidad.

Esta facultad de autodeterminación, como advierte el citado Tribunal, aparece ante todo amenazada por el hecho de que los procesos de decisión ya no se pueden retrotraer como antiguamente a registros y documentos compilados manualmente; antes bien, hoy día son técnicamente hablando, acumulables sin límite alguno y en cualquier momento se pueden recabar en cuestión de segundos. Es más, esa información puede refundirse con otras bases de datos, dando un perfil de la personalidad sin que el interesado pueda controlar suficientemente su exactitud y su utilización. Con ello se refleja cómo en estas circunstancias el ejercicio de los derechos fundamentales de cada individuo está amenazado y requiere protección mediante garantías adecuadas. No son compatibles con el derecho a la autodeterminación informativa un orden social y un orden jurídico que hiciese posible que un ciudadano no pudiera saber quién, qué, cuando y con qué motivo sabe algo sobre él.

Nuestra Constitución, en el artículo 18.4, ordena al legislador limitar el uso de la informática, y así se aprobó la ley 15/1999, pero realmente el que ha desarrollado esta garantía, hasta configurarla como un Derecho fundamental autónomo, es el TC¹². Así, en la sentencia 292/2000, señala el TC¹³ que «un sistema normativo que autoriza la recogida de datos con fines legítimos pero sin incluir garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, vulnera el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta». Sin olvidar que la propia Ley Orgánica de

¹² En la importante STC 292/2000, resultado de un recurso del Defensor del Pueblo interpuesto por quien esto escribe como Defensor del Pueblo en funciones.

¹³ También STC 143/1994, FJ.7.

Protección de Datos (15/1999) participa del criterio de que la garantía de la intimidad y el libre ejercicio de los derechos exige que el titular de los datos personales disponga de la facultad de autorizar o no la cesión o comunicación de los mismos para ser empleados con fines distintos de los que justificaron su recogida y este derecho no parece que pueda estar totalmente garantizado con la aplicación del Tratado del Prüm, porque no regula de forma clara los mecanismos de control del uso y de las posibles nuevas cesiones de datos muy sensibles que pueda hacer, incluso a otros países, la administración pública a la que se han cedido en aplicación del Tratado. Una vez cedidos los datos, al ser un país extranjero, la administración española y los órganos de control, como la Agencia de Protección de datos, dejan de poder controlar y garantizar su uso y éste es un problema que no podemos dejar de señalar.

Por ejemplo, el artículo 4.1 de la Ley 15/1999 exige de forma contundente que los datos personales sólo se recojan para finalidades adecuadas, pertinentes y no excesivas en relación con el ámbito y la finalidad que debe ser determinada, explícita y legítima, debiendo ser informado su titular de modo «expreso, preciso e inequívoco», de dicha finalidad (Art. 5.1.a), datos que sólo podrán ser cedidos o comunicados a un tercero con el consentimiento del interesado (Art. 11.1).

Por tanto, la facultad del titular de los datos de consentir o no su comunicación o cesión a terceros es una garantía de la que debe disponer el ciudadano para que quede salvaguardada su intimidad y pueda ejercer libremente los derechos que la Constitución y las leyes le reconocen. Sin este derecho, en las condiciones actuales del tratamiento automatizado de datos y dadas las infinitas posibilidades de interconexión de ficheros y archivos, resultaría imposible disponer de un mínimo grado de control de las informaciones que sobre uno mismo circulan.

Podría argumentarse, en contra de lo hasta aquí expuesto, que la facultad del titular de los datos personales de consentir o no la cesión de los mismos, no es una de las facultades reconocidas expresamente en el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, suscrito en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y ratificado por España el 27 de enero de 1984, el cual, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución, sirve de pauta interpretativa para delimitar el contenido de los derechos fundamentales y las libertades públicas que la Constitución reconoce. Sin embargo, debe entenderse implícita esta facultad en el texto citado, ya que sin ella las restantes garantías reconocidas a los titulares de los datos personales perderían en buena medida su efectividad.

En este sentido, cabe reflexionar sobre las escasas posibilidades que tendría el titular de los datos personales de asegurarse de que se cumplan los principios contenidos en artículo 5 y 8 del Tratado, si con carácter general ignora qué datos personales suyos son cedidos a los ficheros de otros países sin consentimiento, y ello puede suceder con posterioridad a la primera cesión.

Como señala de forma reiterada el TC¹⁴, la garantía de la intimidad adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática, viene a decir el TC, es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención.

Es por tanto, la facultad del titular de los datos de consentir o no su comunicación o cesión a terceros, una garantía necesaria de la que debe disponer en todo momento para que quede salvaguardada su intimidad. Sin ella, en las condiciones actuales de tratamiento automatizado de los datos y dadas las infinitas posibilidades de interconexión de ficheros y archivos, resultaría imposible disponer de un mínimo grado de control sobre las informaciones que sobre uno circulan y, en consecuencia, desaparecería la protección que la Constitución ordena proporcionar a los ciudadanos frente al uso de la informática¹⁵ por eso el Tribunal Constitucional ha calificado al Derecho a la protección de datos como un derecho fundamental autónomo (STC 292/2000).

Una vez establecido que la facultad de conocer, es en sí mismo parte esencial del derecho fundamental a la protección de datos, podemos acercarnos a sus límites que han de justificarse por necesidades de proteger o preservar, no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.¹⁶

¹⁴ SSTC 254/1993, 143/1994.

¹⁵ Análogas previsiones contempla la normativa que a tenor del artículo 10.2 CE sirve de fuente interpretativa. Así los artículos 5 b) y c) y 6 del Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, de 28 de enero de 1981, ratificado mediante instrumento de 27 de enero de 1984. Los artículos 6 y 10 de la Recomendación 89 (2) adoptada por el Comité de Ministros el 18 de enero de 1989, sobre la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de empleo; en el ámbito del ordenamiento comunitario, los artículos 6.1 b) y c) y 8.1 y 2 de la directiva 95/46/CE y, en el marco de las Naciones Unidas, los principios rectores aplicables a los ficheros computerizados de datos personales, en especial epígrafes 3, 5 y 6.

¹⁶ SSTC 11/1981, FJ.7; 2/1982, FJ.5.

El TC alemán, en la sentencia referida con anterioridad, señala de forma clara que el individuo tiene que aceptar determinadas limitaciones a su derecho a la autodeterminación informativa, en aras de los intereses de la colectividad, pero estas limitaciones necesitan un fundamento constitucional del que se deduzcan con suficiente claridad y de modo inteligible para el ciudadano los supuestos y el ámbito de las limitaciones en consonancia con los principios del Estado de Derecho¹⁷.

La Ley 15/1999, como ya se ha dicho, sienta el principio de que los datos de carácter personal sólo pueden comunicarse o cederse a terceros con el previo consentimiento del interesado y para fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario (Art. 11.1). Además, si el interesado no recibe información precisa que le permita conocer la finalidad a la que se destinarán los datos o el tipo de actividad que desarrolla aquel a quien se pretenden comunicar, el consentimiento, aunque se otorgue, será nulo, además de revocable (Art. 11.3 y 4). Sólo en muy determinados supuestos, la Ley 15/1999 exime del consentimiento a determinadas cesiones o comunicaciones de datos personales que se justifican o por la fuente en la que se obtienen (fuentes accesibles al público, relaciones jurídicas cuyo desarrollo lo implique) o por la naturaleza de sus destinatarios (jueces, tribunales, Defensor del Pueblo) o por la finalidad a la que se destinarán los datos tras la cesión (fines históricos, estadísticos o científicos) (Art. 11.2).

Al margen de estos supuestos, el legislador remite la concreción de los otros casos de cesiones o comunicaciones de datos a la ley. De este modo, sólo una norma de este rango es la garantía para determinar en qué casos concretos puede limitarse el derecho reconocido por el artículo 18.4 de la Constitución y comunicar datos a terceros sin que medie la autorización previa del interesado.

Pues bien, esta solución en todo acorde con el artículo 53.1 de la Constitución, que reserva a la ley la regulación del ejercicio de los derechos del Capítulo II de su Título I, entre los que esta incluido el artículo 18, y recogida en el artículo 21.1 de la Ley 15/1999¹⁸, en parte se abandona en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Tratado del Prüm que permite la cesión de datos de ficheros sensibles de administraciones públicas a otros países sólo con

¹⁷ En similares términos se pronunció el mismo TC en su sentencia 57/94, doctrina reiterada después, entre otras, en la Sentencia 143/94.

¹⁸ Precisamente fue este uno de los artículos de la Ley 15/1999 que fueron anulados por la sentencia 292/2000 recurrido a instancia del Defensor del Pueblo.

la justificación genérica de perseguir el delito y la equivalencia de las previsiones del derecho interno.

El juego conjunto de estos preceptos, interpretados sistemáticamente en el contexto general del Tratado, posibilita, en primer lugar, que se realicen cesiones o comunicaciones de datos muy sensibles, de carácter personal, entre distintas administraciones públicas de los países concernidos para fines diferentes de los que justificaron su recogida; en segundo lugar, que los titulares de los datos no sean informados, en el momento de la recogida de éstos, de la posibilidad de tales cesiones, al no estar previstas en las normas de creación de los ficheros; en tercer lugar, que la experiencia acredita que estas cesiones de datos a otros países, sin garantías del uso posterior que se haga de los mismos, pueden lesionar el derecho a la protección de datos por desconocimiento, por parte del titular de tal uso.

No podemos olvidar que la regulación de este derecho en los distintos países firmantes del Tratado es muy diferente y, por tanto, los datos cedidos por las administraciones españolas para un determinado fin, una vez cedidos dejan de poder ser controlados por los órganos de garantía que nuestro ordenamiento establece y los que los reciben pueden impunemente cederse a otros órganos del Estado o incluso a terceros países sin que tengamos posibilidades de estar informados.

En definitiva, que con la sola lectura del Tratado pueden entreverse los problemas que puede provocar su aplicación si no se le rodea de mayores garantías y concreciones.

Otro problema, que viene ya de la Ley Orgánica 15/1999, revela que, si bien a las normas de creación, modificación o supresión de ficheros se les exige un determinado contenido, nada se concreta sobre cuáles sean los límites, las finalidades, las causas o las circunstancias en las que proceda establecer que, sin conocimiento ni consentimiento del afectado, puedan cederse datos entre administraciones públicas en mayor medida si, como en este caso, son de otro país. Sólo se exige que sea una disposición de superior rango. De este modo, y dada la permanente presencia de las distintas administraciones públicas en la mayoría de las facetas de la vida, los ciudadanos pueden perder el control sobre las informaciones que sobre ellos circulen en ese ámbito.

En concreto, este precepto exime de la obligación de informar a los titulares de los datos sobre la finalidad de su recogida, sobre la existencia del fichero en el que vayan a almacenarse, sobre la posibilidad de acceder a los propios datos e instar su rectificación, e incluso oponerse a que el tratamiento se produzca, así como sobre las restantes prescripciones legales que se contienen en los apartados 1 y 2 del artículo 5 de la Ley 15/1999.

Pues bien, estas excepciones a los derechos de los titulares de los datos personales pueden afectar al contenido esencial del derecho fundamental al secreto de datos informáticos, al imponer limitaciones muy generales que en estas cesiones de carácter internacional pueden hacer impracticable el derecho¹⁹.

En este sentido, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ratificado por España, establece en su artículo 8 que «toda persona tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», advirtiendo en el número 2 del mismo artículo que la ingerencia debe estar prevista por la ley y ser necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

En relación directa con el objeto del artículo 18.4 de la Constitución, el Convenio para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (Convenio 108), hecho en Estrasburgo el día 28 de enero de 1981, fue ratificado por España en enero de 1984. Este Convenio, al que ya se ha hecho referencia, es por tanto un elemento interpretativo esencial para determinar el contenido necesario o imprescindible del derecho fundamental que surge del artículo 18.4 de la Constitución, ya que sigue siendo uno de los principales instrumentos internacionales sobre la materia. Así el artículo 8, otorga a cualquier persona poder para conocer la existencia del fichero y recursos para proceder a la modificación o cancelación de sus datos. Y como límites, en su artículo 9, señala que debe ser una medida necesaria en una sociedad democrática para la protección de la seguridad del Estado o para la represión de infracciones penales.

Por su parte, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, en sus artículos 6, 10,11 y 12 recoge derechos y garantías a favor de los titulares de los datos y también excepciones o límites al ejercicio de los mismos (artículo 13.1), como la seguridad, la defensa, la seguridad pública, la prevención, la investigación, la detección etc.

¹⁹ El TC ha puesto de manifiesto en la sentencia 292/2000 que el artículo 18.4 de la Constitución incorpora un derecho fundamental autónomo. Pero ni la Constitución ni la jurisprudencia concretan cual sea el contenido necesario o imprescindible del mismo.

Y la pregunta que nos asalta es: cómo van a controlar la administración cesionaria y las instituciones de garantía de los derechos fundamentales de nuestro país el uso que haga la administración pública del país al que se ceden los datos, incluso si ésta los cede a un tercero.

5. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL TRATADO DE PRÜM

La finalidad del Tratado es mejorar la cooperación global en materia de seguridad mediante el intercambio de información, «especialmente en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, creando a tal fin las bases jurídicas y técnicas necesarias»²⁰, pero a continuación sigue diciendo: «dentro del respeto de los derechos fundamentales, tal y como se recogen en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados participantes, y concientes en particular de que la transmisión de datos de carácter personal a otra Parte Contratante requiere que en la Parte Contratante receptora se garantice un nivel adecuado²¹ de protección de datos y de las tradiciones culturales comunes». En este sentido y a tenor del Título V de la Ley 15/1999, el movimiento internacional de datos requiere un nivel equivalente de protección del Estado que los recibe, salvo autorización de la Agencia, exceptuándose los casos en que se regule en un Tratado ratificado por los firmantes no tiene una legislación equivalente y no se garantiza que el país receptor no pueda cederlos a un tercero sin consentimiento y conocimiento de la administración que los cede. Es posible que estas ambigüedades del Tratado vayan a regularse en los posteriores acuerdos a los que hace referencia en su redactado, y en la medida en que ello sea necesario y proporcionado para profundizar en la cooperación transfronteriza²². No obstante no se puede obviar que, según el artículo 22 de la Ley Orgánica, a los ficheros de los cuerpos de seguridad del Estado se les aplica el régimen general de la Ley Orgánica y que sólo se exceptúa de la aplicación de esta ley, los ficheros de terrorismo o formas graves de delincuencia organizada.

²⁰ Tratado de Prüm. Art. 1.1 «mejorar la cooperación transfronteriza». 1.2 reforzar la cooperación europea.

²¹ Las diferencias en los sistemas de garantía de este derecho fundamental entre los países concernidos por el Tratado son abismales.

²² Introducción del Tratado.

En definitiva, que las estipulaciones del Tratado adolecen de una generalidad preocupante a mayor abundamiento si tenemos en cuenta que los datos a los que se refiere el Tratado son datos muy sensibles (Atr. 7.3 de la Ley 15/1999) protegidos de una forma reforzada²³ por el artículo 22.3 que dice: «los datos sensibles solo podrán cederse en los supuestos en que sean absolutamente necesarios para los fines de una investigación concreta». Datos a los que se les aplican las garantías del artículo 4 de la Ley Orgánica, que obliga a que los datos cedidos sean pertinentes, adecuados, no excesivos y no usados para otra finalidad.

El artículo 11 de la misma ley dice: «Sólo podrán ser comunicados a un tercero, para fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario, con el previo consentimiento del interesado» o cesión autorizada por ley; y el apartado 2 del mismo artículo obliga a las partes a garantizar la existencia de índices de referencia a los datos contenidos en los ficheros nacionales de análisis del ADN. Estos índices estarán despersonalizados, disociados de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable. Pero el tratado nada dice sobre los procedimientos y garantías de la disociación, además añade en el artículo 4.4 que si el perfil coincide, la parte comunicará sin demora al punto de contacto nacional de la otra Parte Contratante la identidad de los datos.

El apartado 3 del mismo artículo señala que en el momento de la ratificación cada parte designará los ficheros nacionales de análisis del ADN a los que sean de aplicación los artículos 2 a 6 y las condiciones para su consulta automatizada; dice designará, cuando para transmitir datos de un archivo a otro de administraciones tiene que haber consentimiento o una disposición con rango superior que lo establezca. El fundamento del límite lo establece diciendo «prevención de las amenazas», términos muy generales difíciles de apreciar su alcance y significado y alejado de los límites del artículo 2.6 de la Ley Orgánica que dice: «No se aplicará la Ley a los ficheros de terrorismo o formas graves de delincuencia organizada».

Bien es cierto que el citado Tratado señala que se hará de acuerdo con el derecho interno, pero es que el desarrollo del derecho a la protección de datos en los países firmantes del tratado es muy desigual y con esta clase de cesiones a otros países el control de los datos del país que los cede termina con el acto de cederlos, sin posibilidades de controlar las posterior-

²³ El artículo 2 del Tratado establece el compromiso de crear y mantener ficheros nacionales de análisis del ADN para los fines de la persecución de los delitos.

res cesiones o el uso que puedan hacer las administraciones del país que los recibe.

Además, la ampliación de la limitación establecida en los artículos citados con tan genéricas referencias a «para los fines de la persecución del delito» o en el artículo 12.1, «prevención de amenazas para la seguridad y el orden público», hace que cualquier actuación de las administraciones públicas puedan ser calificadas como funciones de control y verificación y por tanto habrá que concluir que la inmensa mayoría de esta clase de actividades reguladas en el Tratado, se excepcionan a la vigencia y efectividad del derecho a la información de los titulares por una norma con rango de ley y, por tanto, que tales límites genéricos desconocen el contenido esencial del derecho fundamental al secreto de datos informáticos. Los límites a un derecho fundamental deben definirse con mucha más precisión a fin de que los Estados no puedan extender tales excepciones a otros supuestos no previstos en ellas.

6. EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y EL TRATADO DE PRÜM

Ante las más que previsibles reclamaciones que provocará la aplicación del Tratado, ¿cuáles son las actuaciones posibles del Defensor del Pueblo?

El modelo español dispone de todas las características esenciales que debe reunir un «Ombudsman». La Constitución española configura al Defensor del Pueblo como Alto Comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en su Título I, a cuyos efectos puede supervisar la actividad de todas las administraciones públicas. Dispone de un ámbito nacional de actuación, legitimación parlamentaria, independencia y garantías de inmovilidad e inmunidad, con amplios poderes de investigación y de actuación frente a las actuaciones irregulares de la Administración. Como en los modelos nórdicos, el control del Defensor del Pueblo se extiende, sin excepciones, a todas las administraciones públicas, pero sobre todo, y a diferencia de estos modelos, el artículo 54 de nuestra norma fundamental señala como misión del Defensor la defensa de los derechos fundamentales y le otorga la legitimidad para recurrir en amparo e inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Ninguna Administración, ni sus funcionarios, ni las personas que actúen a su servicio, pueden oponer al Defensor del Pueblo excepción alguna a la función que desarrolla, debiendo contestar a las cuestiones planteadas, so pena de incurrir en delito de desobediencia. Puede solicitar a los poderes públicos todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo

de su labor, incluidos aquellos clasificados con el carácter de secretos de acuerdo con la ley.

En primer lugar, al tratarse de actuaciones de las administraciones públicas españolas, el Defensor del Pueblo tiene plena capacidad para controlarlas y en mayor medida si pueden afectar a un derecho fundamental²⁴.

Las actuaciones del Defensor, en relación con el control del contenido del Tratado de Prüm, puede iniciarlas de oficio, con carácter general o para supervisar una aplicación concreta. Con carácter general y ante la ambigüedad de la citada norma, convendría que el Defensor abriera una queja de oficio y preguntara a las administraciones competentes sobre las previsiones en relación con la aplicación del Tratado y las garantías adicionales para adecuar su aplicación a las disposiciones que regulan en nuestro país el derecho al secreto de datos. Paralelamente, podría solicitar información a la Agencia de Protección de Datos para que explique cuáles son las medidas y medios para controlar la aplicación correcta del Tratado.

Con la información que reciba, una vez estudiada, el Defensor tendrá que valorar si formula una serie de recomendaciones y sugerencias a las administraciones implicadas, para que se implementen garantías adicionales que aseguren la aplicación acorde con la regulación jurídica de este derecho en nuestro ordenamiento.

Así mismo, cualquier persona, nacional o extranjera, residente en España o en cualquier otro país, en situación regular o irregular, mayor o menor de edad, capacitada o incapacitada, en libertad o en prisión, si considera que una actuación de la administración pública española, fundamentada en la aplicación del Tratado que comentamos, puede haber lesionado su derecho al secreto de datos o a cualquier otro derecho, puede formular una queja al Defensor en la que resuma los hechos y el Defensor si considera posible la existencia de una lesión al derecho de la persona o del grupo o algún interés legítimo, admitirá la queja y se dirigirá a las administración correspondiente, solicitando la información preceptiva al respecto, y con el contenido de la información recibida podrá solicitar a la administración que revise la actuación denunciada y que interprete el alcance y significado de sus preceptos y garantías, para hacer el Tratado compatible con la Constitución y que rodee su aplicación con un buen número de garantías. De todo ello el Defensor dará cuenta a las Cortes Generales en su informe anual.

²⁴ A. ROVIRA, *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 1163. Artículo 54 de la Constitución española. Artículo 9 y siguientes Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

Estas actuaciones del Defensor del Pueblo no suspenden los plazos ni impiden que la persona afectada denuncie los mismos hechos ante la jurisdicción ordinaria. En este caso, y una vez terminados los procedimientos jurisdiccionales ordinarios, el Defensor podrá valorar la conveniencia de recurrir la lesión denunciada en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Asimismo el Defensor, ante las dudas que provoca la aplicación del tratado, puede plantear sus inquietudes a los demás «Ombudsman» de los países concernidos por el Tratado, coordinar actuaciones, unificar posturas e informar de los peligros y de las reclamaciones a las instituciones de la Unión, incluso a otras instancias de carácter internacional.

En definitiva, que las posibilidades del Defensor de atender y asistir a los afectados por la aplicación del Tratado son varias y, bien aplicadas, son o pueden resultar eficaces.

Además, a tenor de las noticias aparecidas en estos últimos días, según la presidencia alemana del Consejo de la Unión Europea, tras la reunión en Dresde de los ministros de interior y justicia, hay un amplio acuerdo para sumarse al Tratado de Prüm. La justificación que resulta incuestionable es que es importante la cooperación policial de los 27 Estados, con la posibilidad de compartir datos (ficheros de huellas dactilares, ADN, matrículas de los coches), como lo regula el Tratado de Prüm para siete países, aunque Francia, Bélgica y Países Bajos aún no lo han ratificado²⁵.

²⁵ En el caso de la Unión adoptara el acuerdo de aprobar un tratado como el de Prüm al Defensor del Pueblo de cada uno de los Estados miembros, como órgano de garantía se le añadiría el Defensor del Pueblo Europeo para el control de las actuaciones de los órganos comunitarios basadas en las atribuciones del tratado.

RESUMEN

En estas cuarenta páginas se ha intentado exponer las competencias de los Defensores del Pueblo como instituciones de garantía para la defensa de los derechos fundamentales y el control de las administraciones públicas. Para ello, se ha señalado la naturaleza jurídica singular de esta clase de instituciones, las formas y procedimientos de actuación, su efectividad, los sujetos que pueden formular las quejas y requisitos de las mismas.

También se ha resumido el alcance y significado, en nuestra Constitución, del derecho a la intimidad y del derecho al secreto de datos, sus contenidos y límites, todo ello a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para pasar a analizar el contenido normativo del Tratado de Prüm, sus deficiencias, ambigüedades y efectos de su aplicación, para terminar resumiendo las posibilidades de actuación del Defensor del Pueblo en el control de la aplicación del Tratado.

Se destaca en el escrito, que la mayor preocupación se produce por la imposibilidad que tendrán las autoridades del país que cede los datos de controlar el uso que se haga de los mismos, así como las posteriores cesiones que puedan acordar las autoridades del país que los solicita, ya que la normativa que regula este derecho en muchos de los países firmantes es muy deficiente y poco efectiva para la protección de los datos personales.

PALABRAS CLAVE: Defensor del Pueblo (Ombudsman), derecho a la intimidad, secreto de datos informatizados, recurso de amparo, Estado de Derecho, queja, garantía, derechos fundamentales, autoridades y potestas, Tribunal Constitucional, Administración pública, poder ejecutivo.

ABSTRACT

In these forty pages I have tried to expose the responsibilities of the Ombudsmen as institutions to guarantee the defence of fundamental rights and the control of public administrations. With that aim, I have indicated the singular legal nature of this kind of institutions, their forms and procedures of performance and their proceedings, their effectiveness, and the subjects that can formulate the complains and the requirements for a complaint.

I have also summarised the extent, the meaning, the contents and the limits of the right to privacy and data privacy right in the Spanish Constitution, starting from the jurisprudence of the Spanish Constitutional Court. Then I have analysed the content of the regulations of the Treaty of Prüm, its deficiencies, ambiguities and effects of its application, to end up summarizing the Ombudsmen's possibilities of performance in the control of the application of the Treaty.

The paper emphasises that the main worry is produced because of the impossibility that authorities of the country that hand over the data, will have to control the use that is going to be made of those data, as well as the later transfers that the applicant country authorities can resolve, because the regulations that control this right in many of the signing countries, are deficient and not very effective for personal data protection.

KEY WORDS: Ombudsman, mediator, parliamentary commissioner for Administration, right to privacy, data privacy, stored, actions for infringement of fundamental rights. Rule of law, complaint, guaranty, fundamental Rights, auctoritas et potestas. Constitutional Court, public administration, executive power.