

La Regulación de los Datos Sensibles en la Directiva 95/46/CE

JULIO JOSE ELIAS BATURONES

Licenciado en Derecho y experto en Criminología

1.- Introducción.

La verdad es que el presente estudio constituye la continuación de uno anterior, en el que mostraba mi interés en analizar como la Ley Española de protección de datos, que respondía a la exigencia constitucional del art. 18.4 de la CE, venía a suponer un retroceso en el ámbito de protección de los derechos fundamentales de las personas en la cuestión de los llamados "datos sensibles", respecto al "mínimo irreductible" previsto en el Convenio 108, que de igual forma, era parte integrante del ordenamiento jurídico interno al haber sido expresamente ratificado y firmado por España.

Pues bien, creo importante completar el tema de los datos sensibles, el principio de consentimiento y sus excepciones, en la Directiva de la CEE, ya que a mi juicio, de la regulación contemplada en la misma en los artículos 7 y 8, se prevé un catalogo de excepciones que posibilita, en el marco de la necesaria reforma legislativa de la ley española para su adaptación a los objetivos y fines de dicha directiva, una merma, aún mayor, de la protección de datos tan fundamentales y básicos; para ello resultará trascendental contrastar el desarrollo positivo de cada una de las diferentes normativas, para darse uno cuenta que abre el abanico de posibilidades, para que por cualquier Estado de la CEE, y en concreto, nuestro país, pueda establecer mayores excepciones en orden a tratar datos sensibles, como las creencias religiosas, la salud, etc... sin necesidad de exigir el previo consentimiento del interesado por razones de diversa índole, que a mi juicio son, como menos, de muy dudosa justificación.

Sin embargo, y con carácter previo a terminar este estudio con mis propias conclusiones, considero que hay que tener en cuenta que las tres normativas vigentes hasta la fecha sobre este tema, son de naturaleza jurídica diferente: Una ley propia que es directamente aplicable, un Convenio europeo (de los países del Consejo de Europa) que establece un marco de reglas básicas sobre protección de datos, que expresamente reconoce que cada Estado debe concretar específicamente tales objetivos y principios, y por último, la Directiva, que como sabemos, obligaría al Estado miembro de la CEE, en este caso, España, en cuanto al resultado a obtener, pero dejando a su elección la forma y medios a emplear, siendo únicamente vinculante el resultado y no los medios.

Dicho de otro modo, que nos encontraríamos con tres normativas, que afectan a este país, por ser la legislación propia, y por pertenecer tanto al Consejo de Europa como a la Comunidad Económica Europea, de distinto espectro de protección y de diferente carácter jurídico, sucesivo en el tiempo; la cuestión será como conjugar los tres factores, en orden a que cumpliendo con sus reglas, no queden desfavorecidos los ciudadanos en su protección.

2.- Estudio concreto de los artículos 7 y 8 de la Directiva, sobre el principio del consentimiento y datos sensibles.

La Directiva 95/46/CE, antes de desarrollar sus disposiciones legales sobre la materia de protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, tal como viene enunciada, contempla en un número de 72, considerandos que a manera de exposición de motivos, justifica los objetivos a alcanzar en la misma, y concretamente, respecto a los datos sensibles, creo importante destacar los siguientes:

“(30) Considerando que para ser lícito el tratamiento de datos personales debe basarse en el consentimiento del interesado o ser necesario con vistas a la celebración o ejecución de un contrato que obligue al interesado, o para la observancia de una obligación legal o para el cumplimiento de una misión de interés público o para el ejercicio de la autoridad pública o incluso para la realización de un interés legítimo de una persona, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del interesado; que, en particular, para asegurar el equilibrio de los intereses en juego, garantizando a la vez una competencia efectiva, los Estados miembros pueden precisar las condiciones en las que se podrán utilizar y comunicar a terceros datos de carácter personal, en el desempeño de actividades legítimas de gestión ordinaria de empresas y otras entidades; que los Estados miembros pueden asimismo establecer previamente las

condiciones en que pueden efectuarse comunicaciones de datos personales a terceros con fines de prospección comercial o de prospección realizada por una institución benéfica u otras asociaciones o fundaciones, por ejemplo de carácter político, dentro del respeto de las disposiciones que permiten a los interesados oponerse, sin alegar los motivos y sin gastos, el tratamiento de los datos que les conciernan;

Considerando que un tratamiento de datos personales debe estimarse lícito cuando se efectúa con el fin de proteger un interés esencial para la vida del interesado;

Considerando que corresponde a las legislaciones nacionales determinar si el responsable del tratamiento que tiene conferida una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público, debe ser una administración pública u otra persona de derecho público o privado, como, por ejemplo una asociación profesional;”

A estos objetivos, la Directiva, en su sección II, del Capítulo II, bajo el título “principios relativos a la legitimación del tratamiento de datos”, regula en su artículo 7 el principio del “consentimiento”, en los siguientes términos:

“Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si:

el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca, o

es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado, o

es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que está sujeto el responsable del tratamiento, o

es necesario para proteger el interés vital del interesado, o

es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos, o

es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva.”

En este sentido, el apartado 1 del artículo 1, dice lo siguiente:

“Los Estados miembros garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales.”

En lo que respecta a los “datos sensibles”, que en la Directiva se conocen bajo la denominación “categorías especiales de datos”, con carácter previo a ver el contenido del artículo 8, es conveniente tener en cuenta los siguientes considerandos:

“(33). Considerando, por lo demás, que los datos que por su naturaleza puedan atender contra las libertades fundamentales o la intimidad no deben ser objeto de tratamiento alguno, salvo en caso de que el interesado haya dado su consentimiento explícito; que deberán constar de forma explícita las excepciones a esta prohibición para necesidades específicas, en particular cuando el tratamiento de dichos datos se realice con fines relacionados con la salud, por parte de personas físicas sometidas a una obligación legal de secreto profesional o para actividades legítimas por parte de ciertas asociaciones o fundaciones cuyo objetivo sea hacer posible el ejercicio de las libertades fundamentales,

(34). Considerando que también se deberá autorizar a los Estados miembros, cuando esté justificado por razones de interés público importante, a hacer excepciones a la prohibición de tratar categorías sensibles de datos en sectores como la salud pública y la protección social, particularmente en lo relativo a la garantía de la calidad y la rentabilidad, así como los procedimientos utilizados para resolver las reclamaciones de prestaciones y de servicios en el régimen del seguro de enfermedad, la investigación científica y las estadísticas públicas; que a ellos corresponde, no obstante, prever las garantías apropiadas y específicas a los fines de proteger los derechos fundamentales y la vida privada de las personas;

(35). Considerando, además, que el tratamiento de datos personales por parte de las autoridades públicas con fines, establecidos en el Derecho constitucional o en el Derecho internacional público, de asociaciones religiosas reconocidas oficialmente, se realiza por motivos importantes de interés público;

(36). Considerando que, si en el marco de actividades relacionadas con las elecciones, el funcionamiento del sistema democrático en algunos Estados miembros exige que los partidos políticos recaben datos sobre la ideología política de los ciudadanos, podrá autorizarse el

tratamiento de estos datos por motivos importantes de interés público, siempre que se establezcan las garantías adecuadas;”

Siguiendo con la misma sistemática que en el caso anterior, el artículo 8 de la Directiva desarrolla normativamente estos principios, de la siguiente forma:

“1.- Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos, relativos a la salud o a la sexualidad.

2.- Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará cuando:

el interesado haya dado su consentimiento explícito a dicho tratamiento, salvo en los casos en los que la legislación del Estado miembro disponga que la prohibición establecida en el apartado 1 no pueda levantarse con el consentimiento del interesado, o

el tratamiento sea necesario para respetar las obligaciones y derechos específicos del responsable del tratamiento en materia de Derecho laboral en la medida en que esté autorizado por la legislación y ésta prevea garantías adecuadas, o

el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés del interesado o de otra persona, en el supuesto de que el interesado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento, o

el tratamiento sea efectuado en el curso de sus actividades legítimas y con las garantías por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin fin de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refiera exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares con la fundación, la asociación o el organismo por razón de su finalidad y con tal de que los datos no se comuniquen a terceros sin consentimiento de los interesados, o

el tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos o sea necesario para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial.

3.- El apartado 1 no se aplicará cuando el tratamiento de datos resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos, o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado

por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional, sea en virtud de la legislación nacional, o de las normas establecidas por las autoridades nacionales competentes, o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto;

4.- Siempre que dispongan las garantías adecuadas, los Estados miembros podrán, por motivos de interés público importantes, establecer otras excepciones, además de las previstas en el apartado 2, bien mediante su legislación nacional, bien por decisión de la autoridad de control.

5.- El tratamiento de datos relativos a infracciones, condenas penales o medidas de seguridad, sólo podrán efectuarse bajo el control de la autoridad pública o si hay previstas garantías específicas en el Derecho nacional, sin perjuicio de las excepciones que podrá establecer el Estado miembro basándose en disposiciones nacionales que prevean garantías apropiadas y específicas. Sin embargo, sólo podrá llevarse a cabo un registro completo de condenas penales bajo el control de los poderes públicos.

Los Estados miembros podrán establecer que el tratamiento de datos relativos a sanciones administrativas o procesos civiles se realicen asimismo bajo el control de los poderes públicos.

6.- Las excepciones a las disposiciones del apartado 1 que establecen los apartados 4 y 5 se notificarán a la Comisión.

7.- Los Estados miembros determinarán las condiciones en las que un número nacional de identificación o cualquier otro medio de identificación de carácter general podrá ser objeto de tratamiento.”

3.- Las disfunciones de la Directiva en esta materia respecto a otras regulaciones.

Con el Convenio 108 del Consejo de Europa de protección de las personas en relación con el tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

El artículo 6 del Convenio regula, bajo la denominación “categorías particulares de datos”, los denominados “datos sensibles”, con la siguiente redacción:

“Los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas. La misma norma regirá en el caso de datos de carácter personal referentes a condenas penales.”

Por lo tanto se puede decir, que del estudio comparativo entre la regulación de los datos sensibles en el Convenio 108 del Consejo de Europa, y el art. 8 de la Directiva de la CEE, nos encontramos con que existen supuestos coincidentes de los datos a proteger, en concreto “el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas, y la salud”, así como “vida sexual”, en expresión del Convenio, y “la sexualidad”, término que utiliza la Directiva, pero que claramente se puede considerar sinónimo o equivalente.

Las diferencias son las siguientes:

En el Convenio 108, se hace referencia a “u otras convicciones”, mientras que en la Directiva solo menciona en este apartado “las convicciones filosóficas”; sería cuestión de interpretación si podríamos pensar que junto con las religiosas y filosóficas, que se recogen en la Directiva y que formaría parte de lo contemplado en el Convenio 108, además en este último, pueden preverse otros supuestos diferentes de convicciones, como por ejemplo de tipo ético, o incluso de conciencia; así, la persona, objetor de conciencia respecto a la prestación del servicio militar, ¿estaría protegida su convicción personal dentro del apartado “filosóficas” de la Directiva?: a mi juicio resultaría dudoso afirmarlo, mientras que no cabría ningún tipo de dudas respecto a su protección por el Convenio Europeo, ya que al utilizar una expresión genérica como “otras convicciones”, tiene la virtud de no limitar sus particulares supuestos.

Por otro lado, en el Convenio 108 regula un supuesto de dato a proteger, que no tiene el mismo parangón con la Directiva, y es en el punto relativo a “datos de carácter personal referentes a condenas penales”, ya que prohíbe expresamente su tratamiento automatizado “a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas”.

En cambio, en la Directiva, por lo pronto, no se contemplan tales datos en su apartado primero del artículo 8, como hemos podido observar, lo que demuestra que en esta normativa no se le equipara con el mismo valor que el resto de los datos sensibles, que sí son recogidos; ahora bien, hay que reconocer

que en este artículo tampoco es materia olvidada del todo, y en este sentido, volvamos a leer el apartado 5:

“El tratamiento de datos relativos a infracciones, condenas penales o medidas de seguridad, sólo podrán efectuarse bajo el control de la autoridad pública o si hay previstas garantías específicas en el Derecho nacional, sin perjuicio de las excepciones que podrá establecer el Estado miembro basándose en disposiciones nacionales que prevean garantías apropiadas y específicas. Sin embargo, sólo podrán llevarse a cabo un registro completo de condenas penales bajo el control de los poderes públicos.”

Sin perjuicio de que en el apartado siguiente de este trabajo se vuelva a estudiar este apartado de la Directiva, cuando se contraste con la norma interna española, es decir, con la LORTAD, hay que decir, en primer lugar, que en la Directiva se habla de “infracciones, condenas penales o medidas de seguridad”, mientras que en el Convenio 108 solo se recogen “las condenas penales”, excluyendo por lo tanto las medidas de seguridad, o sea, que solo se etiqueta como dato especial a las infracciones penales más duras, como son las condenas penales, mientras que las medidas de seguridad, de carácter más leve en su respuesta normativa, no se le reconoce tal carácter; por lo tanto, en principio podríamos ver que en la Directiva se mejora el catálogo de protección al ampliar, en este supuesto, los datos a proteger con especial regulación, pero creo que no se debe caer en el error, por cuanto que lo que dice expresamente en la Directiva es que tales datos, en definitiva, pueden ser objeto de tratamiento automatizado, si es “bajo el control de la autoridad pública o si hay previstas garantías específicas en el Derecho nacional,…”.

En segundo término, hay que tener en cuenta que en la Directiva, asimismo, en este apartado 5, del art. 8, continúa diciendo que “sin perjuicio de las excepciones que podrá establecer el Estado miembro basándose en disposiciones nacionales que prevean garantías apropiadas y específicas”, lo que nos llevaría al estudio del artículo 7, apartado 5º de la LORTAD, que en su momento se verá, pero que a mi juicio supone abrir la posibilidad de tratar tales datos por parte de los organismos públicos con demasiada facultad para ello, en merma de la privacidad de las personas afectadas; además hay que tener en cuenta que en el Convenio 108 sólo, respecto a tales datos, se contempla un supuesto de excepción a su prohibición de tratamiento automatizado, en los términos contemplados en el apartado 2, letra a), del artículo 9, que dice lo siguiente:

“Será posible una excepción en las disposiciones de los artículos, 5º, 6º (en el que estarían los datos sensibles) y 8º del presente Convenio cuando tal excepción, prevista por la ley de la Parte, constituya una medida necesaria en una sociedad democrática:

*para la protección de la seguridad del Estado, de la seguridad pública, para los intereses monetarios del Estado o para la represión de **infracciones penales**”.*

Ahora bien, lo que sí debe de reconocer, es que en la Directiva, se prevé en el párrafo segundo de este apartado 5, del art. 8, una exigencia de que “los Estados miembros podrán establecer que el tratamiento relativos a sanciones administrativas o procesos civiles se realicen asimismo bajo el control de los poderes públicos”, lo que no se contempla en el Convenio Europeo; en este punto, creo que es muy importante dicho control, por cuanto de que de los datos que se pudiera acceder a su tratamiento automatizado de sanciones administrativas, como por ejemplo multas de tráfico, o tributarias, así como de los procesos civiles, especialmente determinante de un posible “perfil” de una persona, que por cuestiones personales y de coyuntura económica, como el paro, se encuentre con procesos sucesivos en el orden civil de reclamación de deudas, lo que si tuviera un acceso vía informática a determinadas entidades, como podían ser bancos, cajas de ahorros, etc., derivaría, claramente, no sólo en una intromisión en su vida privada, sino incluso, con unos perjuicios patrimoniales muy graves; no olvidemos la existencia, real, en el tráfico financiero, de las famosas listas de R.A.I, es decir, de impagados, que de entidad bancaria a otra de igual tipo suelen transmitirse, impidiendo en la mayoría de las ocasiones que se pueda salir de una situación económica difícil.

Sin perjuicio de lo anterior, también hay que destacar el hecho meritorio en la regulación de la Directiva, de contemplar un supuesto no previsto en el Convenio Europeo, como es “la pertenencia a sindicatos”, como dato especialmente protegido.

Ahora bien, y se vuelve a repetir, como se decía en los datos relativos a las infracciones penales, la diferencia más transcendental en estas dos normativas, no es tanto cuántos supuestos concretos se consideran como “datos sensibles”, ya que la realidad es que son más los coincidentes que los que dispares, sino que lo que de verdad diferencia es que en la Directiva, no obstante a la dicción ejemplar de su apartado primero del art. 8, en sus apartados segundo y siguientes, se prevén unas excepciones que por su amplitud, a mi juicio exagerada, en la práctica

puede convertir la exigencia de protección y prohibición de su primer apartado, en “papel mojado”.

Por supuesto, tal enumeración prolija de excepciones de la Directiva, es muy superior a las básicas y escuetas contempladas en el art. 9 del Convenio Europeo, que sólo admite unos supuestos muy concretos regulados en las letras a) y b), de su apartado segundo, que como ya hemos recogido el primer grupo, en la letra a), paso a continuación a reproducir los previstos en la letra b) a efectos ilustrativos de lo que es objeto de crítica:

“para la protección de la persona concernida y de los derechos y libertades de otras personas”.

Además, y para mayor escarnio de la protección a los datos sensibles, la Directiva comete el error caso, a mi juicio, de recoger en el apartado 4 del art. 8 que es objeto de comentario, una disposición que en su justa interpretación ampliar sin limitación alguna, los supuestos de excepción a la prohibición exigida en el apartado primero, del siguiente modo:

“Siempre que dispongan las garantías adecuadas, los Estados miembros podrán, por motivos de interés público importantes, establecer otras excepciones, además de las previstas en el apartado 2, bien mediante su legislación nacional, bien por decisión de la autoridad de control.”

Por lo tanto, nos encontramos con un supuesto de concepto jurídico indeterminado como es el de “interés público importante”; realmente, me pregunto, ¿qué se quiere decir con esta expresión?, ¿cuántos supuestos pudiera abarcar en el ámbito de “interés público”, ¿quien delimita sus contornos?, etc....

Es en esta cuestión donde considero que la disfuncionalidad entre lo regulado en la Directiva respecto al Convenio 108 de Estrasburgo encuentra su punto álgido de colisión.

Con la ley española de protección de datos-LORTAD.

Como sabemos, con carácter tardío en el tiempo y motivado por exigencias más de tipo internacional que por necesidades internas, en cumplimiento de las previsiones del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, se aprueba la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, publicándose en el

B.O.E. de 31 de Octubre de 1992, por lo que se desarrolla, tras catorce años de vigencia, el artículo 18.4 de nuestra Constitución.

Pues bien, los artículos de la L.O.R.T.A.D (como vulgarmente se conoce a esta Ley, y que seguiremos en este trabajo para referirnos a la misma) que hace referencia al principio del consentimiento, por un lado, y los datos sensibles, son los números 6º y 7º, a lo que sumaré el 8º, relativo a la salud, por cuanto su contenido es de igual interés comparativo con las previsiones ya vistas en la Directiva comunitaria.

Comenzando con el estudio del principio del consentimiento, el artículo 6º de la L.O.R.T.A.D, tiene un contenido tanto en su aspecto principal, como en el catálogo de excepciones, que viene igualmente recogido en la Directiva, lo que inmediatamente explicaré con detalle:

“Consentimiento del afectado.- 1. El tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.”

En la Directiva 95/46/CE, en su artículo 7, letra a), se dice, como recordaremos, lo que sigue, respecto a esta cuestión:

“Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si:

el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca, o..”

Por lo tanto, podemos afirmar que tanto en la Ley española como en la norma comunitaria, parten del mismo principio general de exigencia del consentimiento del afectado para el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

Las diferencias empiezan a partir del desarrollo de las excepciones a tal principio, ya que en la L.O.R.T.A.D, en este artículo 6, apartado 2, se dice lo siguiente:

“No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan de fuentes accesibles al público, cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias, ni 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.”

En la Directiva, prácticamente se reconocen las mismas excepciones, con la única variación respecto al párrafo relativo a que “se recojan de fuentes accesibles al público”, cuyo contenido no está previsto exactamente en la misma, si bien podríamos considerar que se encontraría englobado tácitamente en la excepción prevista en la letra e) del artículo 7, que dice:

“o..., es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos..”

No obstante, reconozco que la cuestión no está clara, y que, en todo caso, es susceptible de interpretación o criterio personal, que es criticable, de que “las fuentes accesibles al público” pueda formar parte de “inherente al ejercicio del poder público”.

Lo que sí resulta evidente, que la segunda excepción prevista en la Ley española, en el apartado 2, art. 6^a, es decir, “cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias”, coincide con la expresión utilizada en la normativa comunitaria de “inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento”, ya que realmente viene a decir lo mismo.

Otro supuesto similar, es la excepción del principio del consentimiento previsto en la L.O.R.T.A.D, que tiene la siguiente redacción:

“...ni cuando se refieran a personas vinculadas por una relación comercial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato”

Digo que es similar, ya que en la Directiva, en el artículo 7, letras b) y c), igualmente, viene a coincidir con la anterior redacción de la ley española, del siguiente modo:

“b) es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado, o

es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que está sujeto el responsable del fichero..”

Lo único que habría que matizar, es que la expresión de la normativa española “relación laboral, administrativa o contrato”, vendría a decir lo mismo que el término utilizado en la Directiva de “contrato y obligación jurídica”, aunque en este último supuesto no diferencie si es de carácter negocial, es decir, civil, o laboral o relación administrativa.

Sí en cambio, llama la atención, que a diferencia de lo que ocurre con la redacción del artículo 6º, 2 de la L.O.R.T.A.D, en la Directiva, se prevean no sólo los supuestos de ejecución de las cláusulas contractuales propiamente dichas, sino incluso, las denominadas “medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado”, lo que a mi juicio escaparía de la relación estrictamente contractual o negocial aceptada por la ley española; es decir, nos encontraríamos de nuevo con una nueva posibilidad no prevista en la L.O.R.T.A.D.

Por otro lado, hay que destacar el hecho de que en la Directiva, se prevé otros dos supuestos de excepción, que en principio, no se recogen en nuestra propia normativa, en concreto, me refiero a las letras d) y f), que tiene el siguiente tenor literal:

“o..., es necesario para proteger el interés vital del interesado, o”.

“es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva”.

Entrando en el análisis concreto de estas dos excepciones, que no son recogidas en la L.O.R.T.A.D, pero que como se verá más adelante, sería factible su recepción en un futuro muy próximo en estricto cumplimiento de la Directiva, tengo que decir dos cosas:

La primera, es que respecto a que el principio del consentimiento se deje de lado, en aras a la protección “del interés vital del interesado”, resulta una obviedad, ya que es una causa de fuerza mayor o de necesidad que justificaría, a mi juicio, plenamente la excepción; por lo tanto es positivo su ampliación, sin perjuicio de los peligros que conllevaría una abusiva utilización de esta excepción

por parte del responsable de los datos, que no en todos los casos estuviera realmente justificada su acción; o dicho de otro modo, que debe utilizarse muy excepcionalmente, y en los supuestos indudablemente de “interés vital”, tal como viene enunciados.

La segunda, que no alcanzo a comprender realmente el significado real de lo previsto en la letra f) del art. 7 de la Directiva, ya que, ¿qué quiere decir que sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos?; en verdad afirmo que no lo sé, y que más bien es un trabalenguas jurídico de muy difícil concreción, que en realidad esconde una peligrosa excepción al sacrosanto principio del consentimiento.

Además, se comete el craso error de confrontar tal “satisfacción”, con “el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado”, por lo que podríamos afirmar, que utilizando una expresión popular, “en la propia ley, tenemos la trampa”, o con otras palabras, que a la postre, con esta facultad conferida a los Estados miembros, el principio general y fundamental para la protección de los datos, como es el del consentimiento del afectado, más bien quedaría vacío de contenido real en la práctica.

No hay que olvidar que en la L.O.R.T.A.D, en el artículo 6º objeto de comentario, se contempla una puerta abierta a esta funesta posibilidad, en concreto, en dos apartados y del siguiente modo:

Primero, al final del párrafo primero, que dice:

“El tratamiento automatizado requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.”

Y en segundo lugar, en el apartado tercero del mismo artículo, que a su vez, tiene la siguiente redacción:

“El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuya efectos retroactivos:”

Siguiendo con la misma sistemática, voy a entrar a continuación, con el estudio comparativo de los “datos sensibles”, de la L.O.R.T.A.D respecto a la Directiva 95/46/CE.

El artículo 7º de la Ley española, aunque con diferencia de trato, recoge los siguientes “datos especialmente protegidos”: “Ideología, religión, creencias, origen racial, salud, vida sexual, y datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas”.

En cambio, en el artículo 8, apartado primero de la Directiva, se recogen, además de los previstos en la L.O.R.T.A.D, “el origen étnico”, junto con el racial, “las convicciones filosóficas”, que sumadas a las religiosas, no estaría expresamente previstos en la ley española, y, especialmente, llamaría la atención de los datos relativos a “la pertenencia a sindicatos”, cuya inclusión considero muy acertada.

Por otro lado, nos encontraríamos con otro hecho diferencial, respecto a las infracciones penales o administrativas, que en el supuesto previsto en el apartado 5, del artículo 8 de la Directiva, sólo contemplan las infracciones penales y no las administrativas, y sí en cambio, “medidas de seguridad”, que considero no están expresamente protegidas en la L.O.R.T.A.D.

Es decir, que no obstante la similitud de los conceptos aludidos, se observan unas variaciones significativas en el catálogo de los datos sensibles, en el sentido de que en la Directiva se amplía el número de los mismos, lo que en principio, es un hecho positivo para la protección de los mismos.

Por otro lado, hay que destacar que, en la Directiva, como ocurría en el Convenio 108 del Consejo de Europa, no se observa una diferenciación de trato entre unos datos y otros, como ocurre en los apartados 2 y 3 del artículo 7º de la L.O.R.T.A.D, ya que, todos los contemplados en el párrafo primero del art. 8 están sometidos a la misma regla general de prohibición de su tratamiento automatizado, y exigiéndose su consentimiento para levantarla, según podemos ver del apartado segundo letra a) de dicho artículo:

“Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará cuando:

el interesado haya dado su consentimiento explícito a dicho tratamiento, salvo en los casos en lo que la legislación del Estado miembro disponga que la prohibición establecida en el apartado 1 no pueda levantarse con el consentimiento del interesado, o...”

Llamo la atención de que en la normativa comunitaria, en principio, vuelvo a repetir, se observa un mayor grado de protección de los datos sensibles, en lo que se refiere al reforzamiento del principio del consentimiento, ya que incluso no solo se exige el consentimiento explícito del afectado para que pueda tratarse tales datos, sino que incluso faculta al Estado para que se disponga que ni siquiera con tal consentimiento expreso pueda levantarse la prohibición.

Sin embargo, en la Ley española, de la lectura de los apartados 1º al 3º del artículo 7º, se observa que no solamente no existe tal posibilidad, sino que incluso la exigencia del previo consentimiento del afectado no es exigible en todos los supuestos, sino que parece que exista un doble grado de protección, como si hubiera “datos más sensibles”, que sí exigen el consentimiento expreso, en concreto “la ideología, religión y creencias”, frente a otros “datos menos sensibles”, como serían “el origen racial, la salud y la vida sexual”, los cuales, mediante una Ley habilitadora, podrían ser susceptible de tratamiento, obviando la exigencia del previo consentimiento; veamos, en este sentido, la redacción de estos apartados:

“Art. 7º. Datos especialmente protegidos.

1.- De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.

*2.- Sólo con **consentimiento expreso y por escrito** del afectado podrán ser objeto de tratamiento automatizado los datos de carácter personal que revelen la ideología, religión y creencias.*

*3.- Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados automatizadamente y cedidos cuando por razones de interés general así lo disponga una **Ley** o el afectado consienta expresamente.”*

Es decir, que en este último grupo, no se dice “y el afectado consienta expresamente”, como a mi juicio debería haber exigido la normativa española, sino que al poner la disyuntiva “o”, se facultaría para que, no sólo no prohibirse taxativamente que, como se prevé en la Directiva, “la prohibición no pueda

levantarse con el consentimiento del interesado”, sino que por lo contrario, pueda habilitarse legalmente para su tratamiento sin exigirse conjuntamente tal principio.

Ahora bien, a partir de este momento, la Directiva diferencia su nivel de protección en los datos sensibles, con carácter perjudicial respecto al nivel protegido en la actual redacción de la L.O.R.T.A.D, del siguiente modo:

Apartado 4, del artículo 7º de la Ley española:

“Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o la vida sexual”.

En cambio, en los supuestos en que la Directiva exceptúa para la prohibición del tratamiento automatizado de los datos especiales del apartado 1, del artículo 8, en concreto, el contemplado en la letra d) podemos leer lo siguiente:

“Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará cuando.

...el tratamiento sea efectuado en el curso de sus actividades legítimas y con las garantías por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo si fin de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refiera exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares con la fundación, la asociación o el organismo por razón de su finalidad y con tal de que lo datos no se comuniquen a terceros sin consentimiento de los interesados”.

Dicho de otra forma, nos encontraríamos con otro supuesto de que si se cumpliera con la facultad prevista por la normativa comunitaria, dejaría en vacío la prohibición del apartado 4º del art. 7 de la L.O.R.T.A.D, ya que se estaría habilitando para que por parte de un partido político, o sindicato, u organización religiosa, o cuasireligiosa (pensemos en un momento en las múltiples sectas que han surgidos en los últimos tiempos) se almacenaran datos personales, no ya sólo de sus miembros, que en sí es muy peligroso, sino incluso de los que se denominan “personas que mantengan contactos regulares”, es decir, con simpatizantes entre otros, relativos a sus propias creencias.

Por otra parte, la Directiva contempla, en sus letras b), c), y e), supuestos de excepción a la prohibición del tratamiento de los datos, que por su contenido

podrían estar justificados, si bien, no están contemplados en la normativa española, y que son los siguientes:

“b) el tratamiento sea necesario para respetar las obligaciones y derechos específicos del responsable del tratamiento en materia de Derecho laboral en la medida en que esté autorizado por la legislación y ésta prevea garantías adecuadas.”

Al tratarse de una materia de Derecho laboral, entiendo que sólo puede hacer referencia a datos relativos a la “pertenencia a sindicatos”, que no está previsto por la Ley española, por lo que no cabría su inclusión, o bien, a datos que se refieran a “la ideología”, en este caso en su vertiente sindical, que en todo caso, y por expresa prohibición legal del apartado 2, del artículo 7º de la L.O.R.T.A.D, hasta que no se reforme, estaría expresamente prohibido, a no ser que consientan expresamente, y por escrito, los afectados para que se verifique tal tratamiento automatizado; lo que de todas formas nos encontraríamos, sería en una reforma legislativa que a mi juicio mermaría el nivel de protección actual en esta materia.

“c) el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés del interesado o de otra persona, en el supuesto de que el interesado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento”.

Este apartado de la Directiva contempla un supuesto no previsto en la Ley española, es decir, qué ocurriría en los casos en que el interesado no pueda prestar el consentimiento por estar física o jurídicamente incapacitado para prestarlo, y ser necesario para salvaguardar su interés; sin embargo, se olvida que en estos supuestos, estas personas no deben de quedar al amparo o arbitrio del responsable del tratamiento de sus datos para que considere oportuno utilizar sus datos, por cuanto que no obstante estar física o jurídicamente incapacitado para prestar el consentimiento, se debe recurrir a las vías civiles en donde precisamente para salvaguardar sus derechos más fundamentales, existen medios de completar su deficiencia, como son el nombramiento de defensores judiciales, tutorías, etc., con carácter general.

Por lo tanto, creo que está mal contemplado este apartado, ya que lo primero sería demostrar su incapacidad, física o jurídica, para no prestar el consentimiento, y en segundo término, si fuera así, no debe en ningún caso suplantar la función de salvaguarda de los intereses del incapaz por parte del propio responsable del tratamiento, porque dejaría a éste en clara indefensión, aparte de irrogarle claros perjuicios.

De hecho, y con carácter analógico, en la normativa española nos encontramos con un supuesto muy similar relativo a la salud de una persona, cuando en una situación límite, el afectado no está capacitado para dar su consentimiento al tratamiento “médico”; me refiero a lo que se dispone en el artículo 10º, apartado 6, letra b) de la Ley 14/1.986, de 25 de abril, General de Sanidad, que dice lo siguiente:

“Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

....

A la libre elección entre las opciones que se le presente el responsable médico de su caso y siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

...

*Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho **corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.**”*

Es decir, si en estos supuestos se exigiría la intervención supletoria de los familiares o personas allegadas, siendo evidentemente, unos casos más graves que el tratamiento automatizado de datos personales, ya que afecta no a la intimidad, sino incluso a la propia vida o integridad del afectado, más razón habría para que fueran estas personas quienes prestará el consentimiento en el caso previsto en la norma comunitaria, y no el responsable del tratamiento del dato en cuestión.

Por último, y en tercer lugar, la letra e) del apartado 2, del artículo 8, contempla la siguiente excepción:

“el tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos o sea necesario para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial”.

Tampoco en la Ley española se contempla esta posibilidad, que en cierto modo me deja un tanto perplejo, ya que si lo que se trata es de proteger unos datos personales que por su especial importancia y transcendencia en la vida íntima de los afectados, se prohíbe su tratamiento automatizado, a no ser que expresamente consienta, ¿qué tiene que ver que lo haya hecho público o no?, y ¿hasta qué punto es necesario su tratamiento automatizado para que se reconozca, se ejercite o se defienda un presunto derecho en un procedimiento judicial?; es

decir, que la Directiva contempla una vez más, y de forma peligrosa para la protección de los datos sensibles, unos supuestos de excepción al tratamiento de tales datos, en aras a unas justificaciones un tanto dudosas, como menos, y como mayor crítica, se puede decir que si se contemplara en un futuro en la legislación española, difícilmente se protegerían en la realidad tales datos, sobre todo teniendo en cuenta el alto nivel de definición y concreción de tales conceptos.

En general, por lo tanto, podemos decir que la diferencia cualitativa más importante entre lo regulado en la L.O.R.T.A.D y en la Directiva 95/46/CE, es precisamente, este cuadro de excepciones a la prohibición del tratamiento y de la previa exigencia del principio del consentimiento, que se contempla en la Directiva, que no estando hasta la fecha contemplado en la ley española, sin embargo, puede servir de motivo, y de exigencia, para su reforma a fin de adecuarse a los objetivos perseguidos en esta normativa, lo que sería muy perjudicial en el nivel mínimo de protección que estamos gozando.

Además no podemos olvidar, que sin perjuicio de que este “cuadro”, en principio se encuentra limitado en los cinco supuestos ya estudiados, en cambio, y como ya se decía en el capítulo anterior, hay que tener en cuenta que el apartado 4, de este artículo 8 faculta a los “Estados miembros, por motivos de interés público importante” y con “las garantías adecuadas,...establecer otras excepciones, además de las previstas en el apartado 2, bien mediante su legislación nacional, bien por decisión de la autoridad de control”; por lo que el peligro anunciado se agrava aún más.

No quisiera terminar este apartado, sin analizar un último supuesto, que es el relativo a la salud, y concretamente, contrastar lo contemplado en la Directiva y en la norma española.

En este tema considero que existe una gran proximidad entre lo previsto en el apartado 3, del artículo 8 de la Directiva, y el artículo 8º de la L.O.R.T.A.D.; veamos el contenido de ambas regulaciones:

En la Directiva:

“El apartado 1 no se aplicará cuando el tratamiento de datos resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos, o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional, sea en virtud de la legislación nacional,

o de las normas establecidas por las autoridades nacionales competentes, o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.”

En la L.O.R.T.A.D:

“Sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 respecto de la cesión, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8, 10, 23 y 61 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; 85.5, 96 y 98 de la Ley 25/1.990, de 20 de diciembre, del Medicamento; 2, 3 y 4 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril de medidas especiales en materia de Salud Pública, y demás leyes sanitarias.”

En concreto, y dentro de las normativas ordinarias españolas que se citan, merecen destacarse los siguientes artículos:

1.- De la Ley 14/1986, de 25 de abril.

Artículo 10. “ Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

...

A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.”

Artículo 61. “En cada Área de Salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente, por lo que el principio de historia clínico-sanitaria única por cada uno deberá mantenerse al menos, dentro de los límites de cada institución asistencial. Estará a disposición de los enfermos y de los facultativos que directamente estén implicados en el diagnóstico y el tratamiento del enfermo, así como a efectos de inspección médica o para fines científicos, debiendo quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica. Los poderes públicos adoptarán las medidas precisas para garantizar dichos derechos y deberes.”

De la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento:

*“Art. 85. Receta....5.- Los trámites a que sean sometidas las recetas y órdenes médicas y especialmente en su **tratamiento informático**, respetarán lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad.”*

Por lo tanto, aunque parezca en un principio que tanto la norma comunitaria como la española, en esta cuestión de la permisión del tratamiento automatizado de datos de la salud, sean muy similares, la realidad es que no es así, si tenemos en cuenta la normativa de desarrollo a la que expresamente se remite el artículo 8, “in fine”, por lo que las garantías previstas en la normativa interna es mayor que el margen de discrecionalidad que faculta la Directiva 95/46/CE, en el sentido de que esta permisión no solo debería garantizarse con la “presunta” profesionalidad de la persona encargada de su tratamiento, ya sea sanitario sujeto al secreto profesional o no, con todos los debidos respetos a estos profesionales, sino que el respeto a la confidencialidad de la salud debería estar por encima de una salvaguarda, un tanto ambigua, de “la prevención, diagnóstico médico, prestación de asistencia sanitaria, tratamientos médicos o gestión de servicios sanitarios”, tal como se recoge en la Directiva.

Sólo en supuestos muy excepcionales y de grave peligro para la salud pública en general, como en las epidemias o peligros serios de contagio de enfermedades transmisibles, se debería aplicar esta excepción, para facilitar la prevención, tal como se recoge en la normativa española, en concreto, en los artículos 2º y 3º de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública, y no con el carácter tan general contemplado en la Directiva; por lo tanto, y vuelvo a repetir, aunque ambas normativas parecen ser muy semejantes, si nos detenemos un poco en su alcance y contenidos, vemos que no es así.

En este sentido, voy a reseñar el contenido de los artículos 2º y 3º de la Ley Orgánica 3/1.986, ya que de su simple lectura, se entiende mejor lo expuesto:

*“Art. 2º.- Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o **control** cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.*

*Art. 3º.- Con el fin de **controlar** las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas*

oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.”.

4.- Alcance normativo de las Directivas en los ordenamientos jurídicos internos.

La razón de ser de este capítulo, que he querido, premeditadamente, que tenga su cabida justamente al final del trabajo y con carácter previo a emitir mis conclusiones personales sobre la materia, es que estamos comentando las consecuencias jurídicas y repercusiones que puedan tener las normas de la Directiva 95/46/CE sobre la Legislación interna, y habrá por lo tanto, que tener en cuenta hasta qué punto, y desde el mismo momento de su publicación el Diario Oficial de la Comunidad Europea (DOCE), tiene o no aplicabilidad en las normas de cada Estado miembro.

Para empezar esta espinosa, pero a mi juicio, importante cuestión, hay que tener en cuenta lo que dispone el artículo 32 de la Directiva, que sirve de pórtico a las “Disposiciones Finales” de la misma:

“1.- Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar al final de un período de tres años a partir de su adopción.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2.- Los Estados miembros velarán por que todo tratamiento ya iniciado en la fecha de entrada en vigor de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas en virtud de la presente Directiva se ajuste a dichas disposiciones dentro de un plazo de tres años a partir de dicha fecha. No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán establecer que el tratamiento de datos que ya se encuentren incluidos en ficheros manuales en la fecha de entrada en vigor de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, deba ajustarse a lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 8 en un plazo de doce años a partir de la adopción de la misma. No obstante, los Estados miembros otorgarán al interesado, previa solicitud y, en particular, en el ejercicio de su derecho de acceso, el derecho que se rectifiquen, supriman o bloqueen los datos incompletos, inexactos o que hayan sido conservados de forma incompatible con los fines legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento.

3.- No obstante lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros podrán disponer, con sujeción a las garantías adecuadas, que los datos conservados únicamente a efectos de investigación histórica no deban ajustarse a lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 8 de la presente Directiva.

4.- Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.”

Por lo tanto, de la redacción observada de este artículo 32, y muy especialmente de sus apartados primero y segundo, parece desprenderse que se presentaría el siguiente orden cronológico en orden a la obligación impuesta por la Directiva a los Estados miembros para que adopten su normativa interna a lo establecido en la misma:

Primero, respecto a lo más favorable para los interesados, es decir, aquellas limitaciones que tienen como objeto “el derecho de acceso, el derecho a que se rectifiquen, supriman o bloqueen los datos incompletos o inexactos o que hayan sido conservados de forma incompatible con los fines legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento”, el efecto es **inmediato**, desde la misma publicación de la Directiva.

Segundo, hay un plazo de **tres años**, que cumple por lo tanto, el próximo día 24 de Octubre de 1.998, en donde deberá modificarse **necesariamente** la Ley española para que se cumpla lo dispuesto en la Directiva.

Tercero, en un plazo sucesivo de otros **tres años**, o sea, antes de Octubre del 2001, los “tratamientos ya iniciados en la fecha de entrada en vigor de las disposiciones de Derecho nacional”, deberán ajustarse a dichas disposiciones.

Y, por último, y en el caso anterior, cuando se trate de **ficheros manuales**, el plazo se ampliaría, respecto a su ajuste a lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 8 (por lo tanto, en lo ya estudiado del principio del consentimiento y datos sensibles), hasta el plazo de **doce años** desde la fecha de entrada en vigor de la Directiva, es decir, el 24 de Octubre del 2007.

Son éstos, plazos que parece desprender que, en todo caso, y como se afirma por cierta doctrina, respecto a la eficacia jurídica directa de las directivas, que por lo pronto, no haya cambiado la legislación vigente hasta la fecha; sin

embargo, y a pesar del respeto que me debe esta orientación, creo que sería conveniente afirmar que la cuestión no es tan pacífica como en un principio se puede pensar.

Es hora, por lo tanto, de analizar la temática relativa a si la Directiva, como norma comunitaria, tiene o no una aplicación o efecto jurídico directo, y su repercusión en este sentido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Entre otras muchas, la Sentencia de la Sección Octava, Sala 3ª, del Tribunal Supremo, de fecha 25 de Septiembre de 1990 (R.A. 6.888), siendo ponente el Excmo. Sr. Hernández Santiago, en su fundamento jurídico 4º, resume con toda claridad las dos corrientes doctrinales sobre esta trascendental cuestión, en los siguientes términos:

“...la necesidad de que la Directiva en cuestión sea transcrita al Derecho interno no siendo posible que la directa pueda ser objeto de aplicación directa por los Tribunales de los Estados miembros por falta de un acto de recepción, cuestión la suscitada que refleja las dos posiciones que sobre el efecto directivo de las Directivas se han venido mantenido por la doctrina científica y que básicamente se puede sintetizar en quienes entienden que la Directiva es una norma que obliga únicamente al Estado y que precisa una actuación de éste para introducirla en su derecho interno(...) y los que consideran que la Directiva no ha de ser “recibida” en el orden jurídico interno de los Estados, sino que se integra en tal orden por su propia naturaleza(...) el Tribunal de Justicia de las Comunidades se ha decantado.”

De esta forma, habría que reconocer que a favor de la primera línea doctrinal, es decir, la que considera que para que la Directiva tenga eficacia se necesita un acto normativo posterior del Estado miembro, o sea, que niega su eficacia directa, se encuentra la dicción literal del artículo 189 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, que dice lo siguiente:

“Obligaré al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios”.

No obstante, y como en esa misma sentencia se reconoce, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha reconocido no ya sólo la primacía de tales normas comunitarias, sino que ésta es una consecuencia del efecto directo de

tales normas, y así lo explica el Tribunal Supremo, en la citada resolución, en su fundamento jurídico 5º:

“...habida consideración de que el artículo 395 del Acta de Adhesión establece que “los nuevos Estados miembros pondrán en vigor las medidas que sean necesarias para cumplir desde la adhesión las disposiciones de las Directivas y decisiones definidas en el artículo 189 (...), y recogiendo en el artículo 2º, “Desde el momento de la adhesión (...) los actos adoptados por las Instituciones comunitarias obligarán a los nuevos Estados miembros (...) en las condiciones previstas en los Tratados y en el presente Acta”, no parece que pueda existir obstáculo legal alguno que impida la aplicación legal al caso concreto, que aquí enjuiciamos, la Directiva...”

En otra sentencia del mismo Alto Tribunal, de su Sección 5ª, Sala 3ª, siendo su ponente el Excmo. Sr. González Navarro, de fecha 1 de Junio de 1990 (R.A. 6.307), puntualiza esta posición, en su fundamento jurídico sexto, del siguiente modo:

“(...) Este Tribunal debe añadir que no ignora la tendencia de las instituciones comunitarias a redactar Directivas cada vez más precisas que dejan un muy estrecho margen de maniobra a los Estados miembros (...) Tampoco ignora este Tribunal que en alguna ocasión el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha extendido el efecto de la aplicación directa a las Directivas, pero, en definitiva, aun en este posicionamiento jurisprudencial, el Tribunal de Luxemburgo lo que viene a decir es que “conviene examinar en cada caso si la naturaleza, la economía y los términos de la disposición en cuestión son susceptibles de producir efectos directos en las relaciones entre el destinatario y los terceros..”

Por lo tanto, una vez expuestas las dos tendencias doctrinales, que recoge el Tribunal Supremo, creo conveniente completar esta cuestión con la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que tanto se hace referencia en los apartados reseñados de las resoluciones anteriores.

Remontándonos a unas décadas, se puede afirmar que desde el principio de la existencia de las Comunidades Europeas, el T.J.C.E ha establecido, con claridad nítida, el principio de la primacía del Derecho comunitario respecto al derecho interno de cada Estado miembro; así, se puede sintetizar esta doctrina en la sentencia *Costa versus E.N.E.L.*, de fecha 15 de julio de 1.964, en el que se dice lo siguiente:

“Tal y como resulta del conjunto de estos elementos procedente de una fuente autónoma, el derecho nacido del Tratado, en razón de su naturaleza específica original, no puede oponérsele judicialmente un texto interno, de cualquier clase que sea, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la Comunidad...La transferencia operada por los Estados, desde su ordenamiento jurídico interno al ordenamiento jurídico comunitario, de los derechos y obligaciones contenidos en las disposiciones del Tratado, implica, pues, una limitación definitiva de sus derechos soberanos, contra la cual no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de Comunidad.”

Ahora bien, lo que ocurre es que cuando el T.J.C.E se ha manifestado en relación a la eficacia directa de lo previsto en una Directiva, exige el cumplimiento de dos requisitos fundamentales: El primero, que el plazo de adaptación a la normativa interna haya vencido, y el segundo, que lo haya sido de forma incompleta o defectuosa.

Y no sólo se queda ahí, sino que el mismo T.J.C.E, ha establecido que, una vez cumplidos ambos requisitos, aún no siendo invocada la norma comunitaria por una persona afectada, el tribunal o juez del Estado miembro tendría la obligación de resolver teniendo en cuenta que, en todo caso, debe interpretar la norma interna a la luz de las disposiciones de la Directiva.

Así, por ejemplo, la Sentencia de 11 de Julio de 1.991 (*caso Verholen*), en su parte dispositiva, se puede leer lo que sigue:

“El Derecho Comunitario no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional aprecie de oficio la conformidad de una normativa nacional con las disposiciones precisas e incondicionales de una Directiva cuando el plazo de adaptación del Derecho nacional a la misma haya vencido, en el caso de que el justiciable no haya invocado ante el órgano jurisdiccional los derechos que le confiere la Directiva”

Y en la importante sentencia de fecha 13 de Noviembre de 1990, conocida como caso *Marleasing*, en un apartado de la misma, se afirma, asimismo que:

“...de ello se desprende que, al aplicar el Derecho Nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que deba interpretarla, está obligado a hacer todo lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva, y de esta forma, atenerse al párrafo tercero del art. 189 TCEE”

Para terminar con esta doctrina jurisprudencial del TJCE, creo conveniente citar la sentencia de 19 de noviembre de 1991, caso *Francoich*, ya que en la misma se puede observar, la siguiente puntualización, que considero muy acertado en la presente cuestión:

“...la facultad del Estado miembro de elegir entre una multiplicidad de medios posibles para conseguir el resultado prescrito por una Directiva no excluye la posibilidad, para los particulares, de alegar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos cuyo contenido puede determinarse con suficiente precisión basándose únicamente en las disposiciones de la Directiva”.

Traigo a colación este párrafo entresacado de la sentencia del caso *Francoich*, ya que viene muy oportuno en relación a lo previsto en el apartado segundo, del artículo 32 de la Directiva 95/46/CE, “in fine”, es decir, que cuando los interesados reclamen a sus Estados miembros “el derecho de acceso, y el derecho a que se rectifiquen, supriman o bloqueen los datos incompletos, inexactos o que hayan sido conservados de forma incompatible con los fines legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento”, en estos supuestos la Directiva es de directa e inmediata aplicación, sin necesidad de esperar los plazos de adaptación al principio enumerados.

De todo lo expuesto, creo conveniente resumir diciendo que si bien es cierto que la Directiva, por propia definición, y con carácter general, no es una norma de obligado cumplimiento y directamente aplicable en todos los Estados miembros, como ocurre, por lo contrario, con el **Reglamento**, ya que del propio tenor literal del artículo 189 del Tratado constitutivo de la C.E.E “obligaría en cuanto al resultado a obtener, dejando a los Estados miembros la elección de la forma y medios a emplear”, no por ello quiere decir que, en nuestro caso, y respecto a la normativa propia, para el supuesto de que se incumplieron los plazos previstos, se dejen sin efecto las previsiones de la misma; y que además, los particulares podrán perfectamente hacer uso de las disposiciones de dicha Directiva para la defensa de sus intereses, aún contraviniendo lo dispuesto en la L.O.R.T.A.D, que no haya sido aún reformada para su adaptación a dicha norma.

Dicho de otro modo, que encontrándonos en la fecha en que estamos, muy cerca ya del primer plazo de tres años previsto, sin perjuicio de que se vaya a cumplir con lo exigido en el art. 32 de la Directiva, lo que está claro es que a partir del 24 de Octubre de 1.998, las normas de la misma serán de directa y

preferente aplicación en nuestro ordenamiento, por lo que tendrá que tenerse este hecho muy en cuenta respecto al tema objeto del presente estudio de los datos sensibles, por las disfunciones y variaciones ya examinadas, junto con los peligros inmediatos ya anunciados en cada caso concreto.

5.- Conclusiones personales.

La realidad es que a lo largo del presente trabajo, y en cada uno de los diferentes apartados y capítulos, he dejado constancia de mis criterios personales en relación con los puntos álgidos y conflictivos que la Directiva 95/46/CE, puede suponer en el tema de la protección de los datos sensibles, por lo que para finalizar, simplemente voy a esbozar unas cuestiones fundamentales, que a modo de epílogo, cerrará este estudio.

Por lo pronto, lo primero que quisiera llamar la atención es que la Directiva, efectivamente, enuncia una serie de objetivos en sus considerandos, que de su simple lectura, pudiera llevar al lector a pensar que viene a mejorar, de forma substancial, el marco de garantías y de protección de datos tan fundamentales como aquellos que revelen “el origen racional o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos, relativos a la salud o a la sexualidad”; incluso de su contraste con lo previsto tanto en la L.O.R.T.A.D, como en el Convenio 108 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 28 de Enero de 1981, efectivamente parece que sea así, aunque sólo sea por el hecho ya demostrado de que aumenta el número de datos considerados como especialmente “sensibles”, como ocurre con “el origen étnico” y “la pertenencia a sindicatos”.

Además esta aparente mejoría, vendría apoyada por otro factor como es la posibilidad, contemplada en la letra a), del apartado 2 del artículo 8 de la Directiva, en donde, como ya se ha analizado en profundidad, se refuerza la protección de los datos al prever la posibilidad de que los mismos no puedan ser tratados automatizadamente, incluso aunque sean objeto de expreso consentimiento.

En éstos y otros detalles, parecería que, efectivamente, a la hora de redactar los artículos de desarrollo de la Directiva, ésta cumpliría con el considerando número 11 de los que encabeza la misma, que tiene la siguiente redacción:

“Considerando que los principios de la protección de los derechos y libertades de las personas y en particular, del respeto a la intimidad, contenidos en la presente Directiva, precisan y amplían los del Convenio de 28 de enero de 1981 del Consejo de Europa para la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales”.

Sin embargo, y a mi juicio, después de entrar “en detalle”, los artículos analizados de la Directiva, creo que esta mejoría no es más que pura apariencia, de la que no podemos caer en el engaño.

La razón fundamental por la que he llegado a esta conclusión, es que lo auténticamente importante en la protección de los datos sensibles, y sobre todo, en el respeto al principio del consentimiento, es que sus excepciones estén sometidas a un régimen estricto de necesidad, y a ser posible, reducidas al menor número posible para así evitar la situación, que puede desgraciadamente plantearse, de que al final se deje sin protección real a estos datos, ante un número excesivo de supuestos excepcionales en donde sí cabe su tratamiento automatizado.

En este sentido tendrían cabida los supuestos ya contemplados de las letras a) hasta la f) del artículo 7, respecto al principio del consentimiento, así como de las excepciones, claramente excesivas a mi modo de ver, previstas en el apartado 2 y siguientes del artículo 8, respecto a los datos “sensibles”, o “especiales”, siguiendo la terminología empleada por la Directiva.

Especialmente grave sería el supuesto contemplado en el apartado 4 de dicho artículo 8º, donde como se recordará, se abría la posibilidad a los Estados miembros de que “por motivos de interés público importantes” establecer otras excepciones, eso sí, “disponiendo de las garantías adecuadas”.

Con este apartado se facultaría a España para que reformara su normativa interna en materia de protección de datos, es decir, la L.O.R.T.A.D, y más concretamente, en la materia del presente estudio, los artículos 6º y siguientes, en aras de este principio de “interés público”, olvidando que en nuestra legislación interna, y formando parte de la misma, nos vincula los preceptos y normas establecidas en el Convenio 108 de Europa, en donde, como asimismo hemos observado, en su artículo 9º sólo admiten unos supuestos taxativos para dicha excepcionalidad, no encontrando cabida “el interés público” entre ellos, por ser un concepto jurídico indeterminado y de imposible concreción, que admitirá

cualquier tipo de motivación, por muy peregrina que sea, para justificar el tratamiento de un dato sensible sin las debidas garantías para el afectado.

En este sentido, creo importante citar un texto obtenido de la “Memoria explicativa” del Convenio 108, en su apartado 20, que dice lo siguiente:

*“La parte central del proyecto de convenio es el capítulo II, que contiene los principios básicos de protección de datos. Cada parte deberá adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a este **“núcleo irreductible”** en su legislación interna.*

Hay que señalar que el convenio contiene indicaciones claras y precisas sobre el objetivo de cada principio, dejando a cada Parte la modalidad concreta de ejecutarlo dentro de su Derecho Interno.

Los principios del “núcleo irreductible” reconocen a los interesados en todos los Estados en los cuales se aplique el Convenio un determinado mínimo de protección con relación al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (...) Por otra parte, el “núcleo irreductible” dará lugar a una armonización de las legislaciones de los Estados contratantes, reduciendo así las posibilidades de conflictos de leyes o de jurisdicción.”

Por lo tanto, y para terminar, nos encontramos con la existencia de tres normativas que inciden en la misma materia, y que por lo que ya hemos explicado, tienen una eficacia jurídica directa en nuestro ordenamiento jurídico; no obstante, la ley española, que es la que tiene la misión de recoger las exigencias y objetivos tanto del Convenio 108 como de la Directiva, es la que en su momento deberá tener el acierto o talento de sintetizar un conjunto de facultades, principios, objetivos varios, que no son del todo coincidentes, y dentro del breve plazo concedido.

A mi juicio, partiendo de la normativa más ejemplar y protectora del sistema de protección de datos, en lo que se refiere al tema objeto de estudio, que es el Convenio 108 (por cierto, el más antiguo en el tiempo, paradoja de la vida), lo que de “*lege ferenda*” debería hacerse es adaptar la normativa española a los objetivos de la Directiva, pero sólo en la medida de acoger aquellas mejoras evidentes en el mecanismo de protección, evitando la tentación de aceptar en nuestro propio ordenamiento unas facultades que por su especial naturaleza jurídica, podría conllevar un auténtico “callejón sin salida”, en lo que a los datos a proteger se refiere, y todo ello en defensa de la intimidad y privacidad de los

afectados, que en suma, constituye el valor más prioritario a tener en cuenta en toda esta cuestión.

BIBLIOGRAFIA.

Herederero Higuera, Manuel y Alvarez Rico, Manuel: "Legislación Informática". Editorial Tecnos. Madrid 1993.

Martín-Casallo López, Juan José. "Implicaciones de la Directiva sobre protección de datos en la normativa española". Revista Actualidad Aranzadi, número 20, Madrid, Julio de 1996.

Murillo de la Cueva, Pablo Lucas. "Informática y Protección de Datos Personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal). Número 43. Madrid 1993.

Sánchez Bravo, Alvaro A. "La regulación de los Datos Sensibles en la L.O.R.T.A.D". Revista Informática y Derecho. UNED. Centro Regional de Extremadura. Mérida.

Ull, Eugenio. "Informática y Derecho para Investigadores. Volumen II, Derecho Informático (Protección de datos personales)". UNED. Madrid.