

SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

VOLUMEN 1 ~ AÑO 2003

Separata



LA LORTAD: ASPECTOS A TENER EN CUENTA CON RELACIÓN A SU INMEDIATA MODIFICACIÓN

Carmen Sáez Cabrera



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO
Facultad de Estudios Sociales
Villanueva de la Cañada

© Carmen Sáez Cabrera

© Universidad Alfonso X el Sabio
Avda. de la Universidad,1
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

Saberes, vol. 1, 2003

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

LA LORTAD: ASPECTOS A TENER EN CUENTA CON RELACIÓN A SU INMEDIATA MODIFICACIÓN*

Carmen Sáez Cabrera**

RESUMEN: Con este artículo se pretende señalar algunos aspectos que podrían ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo la inminente modificación de la LORTAD y que han sido puestos de manifiesto primero por los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a algunos aspectos de esta ley y posteriormente por la Directiva 95/46CE sobre la protección de las personas físicas en el tratamiento de datos personales.

PALABRAS CLAVE: LORTAD, datos personales, derecho de acceso.

SUMARIO: 1. Recursos de inconstitucionalidad.– 1.1. Recurso del Defensor del Pueblo.– 1.2. Recurso planteado por la Generalidad y Parlamento de Cataluña.– 1.3. Recurso del grupo parlamentario popular.– 2. Directiva 95/46/CE, sobre protección de las personas físicas en el tratamiento de datos personales.

1. Recursos de inconstitucionalidad

La LORTAD colma una importantísima laguna legal de nuestro ordenamiento jurídico ampliamente sentido por la opinión pública, ya que esta ley regulariza el derecho de información y acceso a los datos, el derecho de rectificación y cancelación, los principios relativos a la calidad de los datos, a la información sobre su recogida, el consentimiento, la seguridad y la cesión de los mismos y la tutela reforzada de los datos sensibles; es decir, va a establecer una serie de garantías y derechos dentro de un marco normativo (como es la LORTAD) que pone fin a las respuestas fragmentarias y marginales para la tutela de la libertad informática de las personas que nuestro ordenamiento jurídico contenía.

Esta Ley contiene modificaciones y logros importantes, pero igualmente hay muchos puntos negros, tales como la posible vulneración del espíritu y letra de la Constitución suficientemente moderna como para conocer la importancia del establecimiento de límites efectivos que impongan barreras al manejo de los datos informáticos que afecten al pleno ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

* Publicado inicialmente en <http://www.uax.es/iurisuax> año 1999.

** Master en Informática y Derecho UCM.

1.1. Recurso del Defensor del Pueblo

El 28 de Enero de 1993 el Defensor del Pueblo, planteó ante el Tribunal Constitucional el correspondiente recurso de inconstitucionalidad, en uso de las atribuciones que la Constitución, la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional le reconocen.

Este recurso de inconstitucionalidad se dirige contra el apartado 1, del art. 19, y los incisos “funciones de control y verificación de las administraciones públicas” y persecución de “infracciones administrativas”, del art. 22.1, y asimismo contra el primer párrafo del art. 22.2 todos ellos de la Ley Orgánica 5/92, de 29 de Octubre, por considerar que a través de los mismos se vulneran los arts. 18.4, en relación con el 18.1 y el 53.1 de la C.E.

En primer lugar se hace referencia a que el art. 19.1 es inconstitucional por no respetar el principio de reserva de Ley establecida en el art. 53.1 de la C.E.

El Defensor del Pueblo hace en su escrito un estudio de la exposición de motivos, donde se afirma que para la adecuada configuración de la nueva garantía de la intimidad y del honor, resulta esencial la correcta regulación de la cesión de los datos lo que puede agredir los límites de la privacidad, motivo por el cual la Ley completa el principio del consentimiento exigiendo que, al procederse a la recogida de los datos, el afectado sea debidamente informado del uso que se les puede dar, al objeto de que el consentimiento se preste con conocimiento cabal de su exacto alcance.

Pero la Ley se aleja de estas intenciones, al menos en lo que se refiere a los datos personales recogidos o elaborados por las Administraciones Públicas, cuyo régimen de cesión dista de ser el propio del denominado “principio del consentimiento” completado por el de “información” al afectado, ya que si bien se establece el principio general de que los datos de carácter personal objeto del tratamiento automatizado sólo podrán ser cedidos con el consentimiento previo del afectado (art. 11.1) tal principio se excepciona inmediatamente para las Administraciones Públicas con el único requisito de que lo prevea la norma general que cree el fichero u otra posterior de igual o superior rango que la modifique (art. 19.1).

En efecto, la disposición general que crea o modifica un fichero de titularidad pública no está sometida a limitación específica alguna a la hora de establecer cesiones de datos de carácter personal a otras Administraciones Públicas. Es necesario tan sólo que la autoridad

competente para dictar la norma reglamentaria, considere oportuno que se lleve a cabo la cesión de datos personales para que, amparada por el texto del art. 19.1 de la LORTAD en relación con el 18.1, pueda aprobar la norma correspondiente y establecer esta limitación al derecho de las personas.

Se apoya el recurso no sólo en los artículos citados sino también en los arts. 10.2, 5 y 8 del Convenio de Estrasburgo y en numerosas sentencias del T.C. español, tales como 6/81, 11/81, 83/84 y 196/87.

Éstas sientan el principio de que la cesión de datos de carácter personal sin el consentimiento de su titular supone el establecimiento de un límite a su derecho fundamental a la intimidad y que el art. 19.1 contiene «una remisión en blanco, incondicionada y carente de límites ciertos y estrictos al ejecutivo para fijar los casos en los que se proceda autorizarse la cesión de datos entre Administraciones Públicas sin consentimiento del titular», contraria al principio de reserva de Ley proclamada en el art. 53.1 de la C.E.

La Sentencia del TC 110/84 reconoce un derecho global a la intimidad y vida privada y un respeto a la vida privada y familiar, que debe quedar excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado.

El individuo tiene que aceptar en principio determinadas limitaciones de su derecho a la autodeterminación informativa en aras del interés preponderante de la colectividad, conforme determina el TC Federal Alemán, en Sentencia de 15 de diciembre de 1983, argumentada retiradamente en el recurso y de la que también transcribe que “un dato carente en sí mismo de interés puede cobrar un nuevo valor de referencia, y en esta medida ya no existe, bajo las condiciones de elaboración automática de datos, ningún dato “sin interés”, ya que todos éstos forman parte del derecho fundamental a la intimidad cuando se ejercita éste ante el tratamiento automatizado de datos personales por parte de las Administraciones Públicas. La limitación de la capacidad del titular de tales datos de consentir o no la cesión de los mismos, debe venir regulado por Ley por imperativo del art. 53.1 de la CE.

La lectura de la Ley Orgánica 5/92 revela que si bien a las normas que creen, modifiquen o supriman ficheros se les exige un determinado contenido -todo lo previsto en el art. 18.2- nada se concreta sobre cuáles sean los límites, las finalidades, las causas o las circunstancias en las que proceda establecer que sin consentimiento del afectado (art. 11.2.e) puedan cederse datos personales entre Administraciones Públicas. Tan solo en el art. 7.3 se contiene una limitación específica que afecta a los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, la vida sexual y la salud,

los cuales solo podrán ser acreditados «cuando por razones de intereses generales así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente».

Todos los demás datos personales que recojan las Administraciones Públicas, sean “sensibles” o no, afecten en mayor o menor medida a la intimidad de sus titulares o permita conocer o no aspectos de su vida personal, que el titular quiera mantener ocultos mediante su cruce con otros datos, pueden ser cedidos con el único requisito de que la norma de creación o modificación del fichero público, que será en muchos casos de rango reglamentario, así lo establezcan.

Declara así mismo inconstitucional el art. 22.1, cuando introduce la excepción al derecho de información cuando la información al afectado dificulte las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o cuando se estén investigando infracciones administrativas; estas excepciones no están contempladas en el Convenio de 1981, por lo que deben reputarse inconstitucionales al rebasar la frontera del contenido esencial del derecho a la intimidad.

También se declara inconstitucional la excepción al derecho de rectificación y cancelación recogido en el art. 22.2 de la LORTAD, porque estos derechos forman parte del derecho a la intimidad frente al uso de la informática sobre todo con relación a la excepción del “interés público”.

1.2. Recurso planteado por la Generalidad y Parlamento de Cataluña

Formularon recurso de inconstitucionalidad respecto a los artículos 24, 31, 40.1 y 40.2 que se incluyen en los recursos de ambas instituciones más el recurso contra el art. 39 que solamente lo recoge la Generalidad de Cataluña.

En los recursos de las instituciones catalanas se indica que la ley desconoce, y niega, las competencias de las Comunidades Autónomas en relación a los ficheros titularidad privada y otorga, con carácter exclusivo, las facultades de inscripción de los códigos tipo a que se refiere al artículo 31 al Registro General de protección de Datos, excluyendo, en consonancia con los artículos 24 y 40.2 de la Ley, que las Comunidades Autónomas ejerzan en toda su extensión las competencias que les atribuye el bloque de la constitucionalidad.

Igualmente alegan que de la lectura del apartado 1 del artículo 40 se desprende que las Comunidades Autónomas son competentes para crear órganos a los que se garantizará plena independencia y objetividad en el ejercicio de su cometido, toda vez que dicho precepto establece:

1.-Las funciones de la Agencia de Protección de Datos reguladas en el artículo 36, [...] serán ejercidas, cuando afecten a ficheros automatizados de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas, por los órganos correspondientes de cada Comunidad, a los que se garantizará plena independencia y objetividad en el ejercicio de su cometido.

2.- Las comunidades Autónomas podrán crear y mantener sus propios registros de ficheros públicos para el ejercicio de las competencias que se les reconoce sobre los mismos, respecto de los archivos informatizados de datos personales cuyos titulares sean los órganos de las respectivas Comunidades Autónomas o de sus Territorios Históricos.

Alegan que el problema no estriba en la lista de funciones que pueden asumir las Comunidades Autónomas y las que se reserva el Estado a través de la Agencia de Protección de datos, sino en que en el art. 40.1 formula la atribución en doble sentido:

Por un lado se dice que las funciones serán ejercidas por las Comunidades Autónomas «en relación con sus específicas competencias», pero esta afirmación que respeta el reparto de funciones señalado en la CE, queda desnaturalizada por un segundo inciso que determina lo siguiente:

Las funciones atribuidas a las Comunidades Autónomas solo pueden ser ejercidas «cuando afectan a ficheros automatizados de datos de carácter personal creados o gestionados por éstas», es decir de titularidad pública y se va a limitar la competencia de la Comunidad Autónoma en función de la titularidad del instrumento. De esta forma quedan excluidos aquellos archivos de titularidad privada y local, ya que los artículos impugnados van a impedir la creación y mantenimiento por las CCAA de Registros de Protección de Datos en los que se inscriban los ficheros automatizados que puedan crear personas o entidades privadas en su territorio.

En sus fundamentos jurídicos parten del precedente alemán al crearse la Ley de Protección de Datos del Land de Hesse para continuar con el estudio de sentencias del Tribunal Constitucional español y en especial de la LORTAD, que contiene una parte, con rango de Ley Orgánica, cuyo objetivo es el desarrollo de los derechos fundamentales y una segunda parte con rango de ley ordinaria donde, esencialmente se regula el control administrativo de aquellas actividades para continuar hablando de la competencia residual que, por aplicación del art. 149. 3 de la CE, corresponde al Estado, para poner igualmente de manifiesto la naturaleza administrativa de la Agencia, que excluye toda posibilidad de que la reserva íntegra de la Agencia de la tutela de ficheros de titularidad o local pueda legitimarse competencialmente en el art. 149.1 de la CE.

1.3. Recurso del grupo parlamentario popular

Interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 6.2, 19.1, 20.3, 22.1, 22.2, y los demás que procedan por conexión.

Estructuran su recurso en dos partes, lo que supone sin duda una modificación formal respecto a los escritos de esta naturaleza. La primera parte del recurso tiene por objeto hacer una breve síntesis de lo que ha significado en algunos países del mundo occidental y en particular en Alemania y en nuestro sistema jurídico el establecimiento, por la Constitución, de la necesaria existencia de límites al poder informático, en defensa de los derechos al honor, intimidad personal y familiar de los ciudadanos, y el pleno ejercicio de sus derechos, constituyéndose el derecho a la autodeterminación informativa. Este Derecho fundamental se encuentra en fase de formación, elaboración y afirmación constitucional.

La primera parte del recurso es descriptiva y conceptual mientras que la segunda parte tiene por objeto desarrollar los motivos de inconstitucionalidad.

En su primera parte analiza:

- 1) La naturaleza del derecho de protección de la intimidad personal.
- 2) El alcance del derecho de protección de la intimidad personal. El derecho fundamental de protección de la intimidad trata de proteger la esfera personal del individuo en relación con su propia vida (según recoge la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1990) y en relación con la vida del hombre respecto a los otros (mantenido por el Tribunal Constitucional en sentencia de 17 de octubre de 1991).
- 3) Protección jurídica del derecho a la intimidad. Se hace mención al primer texto legislativo español, posterior a la Constitución que protege de manera unitaria los derechos de la vida privada, es decir la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los Derechos fundamentales de la persona; Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, así como a la sentencia de 12 de noviembre de 1990 del TC, para hacer igualmente un recorrido por el anterior Cp y en especial por los arts 192, 497, 498, 360, 367 y 368 que tipifican conductas que se refieren al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio (art. 191, 49 y ss) los art. 253 y 457 que regulan la calumnia y la injuria, para concluir

con la necesidad de una protección procesal adecuada. De este modo cualquier ciudadano puede recabar la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, no sólo por el procedimiento ordinario, sino por los procedimientos sumarios previstos en el art. 53 de la CE y por el recurso de amparo ante el TC.

- 4) La doble vertiente del derecho a la intimidad. El derecho a la intimidad, tradicionalmente definido como un derecho esencialmente negativo, presenta rasgos nuevos y distintos en las sociedades tecnológicamente avanzadas, sino que se viene a perfilar con un contenido abiertamente positivo. No es, pues un derecho garantista frente a las invasiones indebidas o ilícitas en la esfera privada, sino que cabe contemplarlo también como un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones referentes a uno mismo. La intimidad se manifiesta así como un derecho o facultad de autodeterminación informativa, y la informática conoce un doble límite: el de la necesaria interdicción de los datos- principalmente de aquéllos calificados como “sensibles”-, y el que viene dado por el derecho de las personas a acceder a los datos poseídos sobre ellos y controlar su posible divulgación.
- 5) Leyes sobre Protección de Datos en el Derecho comparado.
- 6) El Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.
- 7) La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15-12-1983 sobre la Ley del Censo: el derecho fundamental a la autodeterminación informativa o libertad informática es importante para la construcción del derecho a la autodeterminación. Tiene dos vertientes que son: un primer término en su relación o vinculación con la libertad y dignidad humanas y en segundo lugar en su relación con los valores democráticos.

En la segunda parte que desarrolla los motivos de inconstitucionalidad por violación del art. 18.4 de la CE en relación con los arts. 105.B y 10 en cuanto que en el contexto de los derechos al honor, la intimidad personal y la propia imagen establece que la ley limitará el uso de la informática para garantizar los mencionados derechos, y en realidad la nueva Ley 5/1992 vacía sus supuestas limitaciones de contenido efectivo, haciéndolos inoperantes frente a las Administraciones Públicas.

En la CE se establecen límites efectivos al manejo de datos informáticos que afecten a los derechos fundamentales al señalar que «se limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos» refleja el deseo del poder constituyente de otorgar a los ciudadanos unas posibilidades de actuar pidiendo o prohibiendo cualquier intromisión ilegítima en la esfera privada de su intimidad a través del uso de las nuevas tecnologías informáticas y garantizando el ejercicio de las facultades de conocer y acceder a las informaciones incorporadas a una base de datos personales, corregir o suprimir los datos inexactos o inválidamente procesados y disponer sobre su transmisión.

Para los recurrentes la Ley Orgánica impugnada es inconstitucional por cuanto presenta un conjunto de artículos que dejan la protección efectiva del derecho fundamental en manos de la Administración Pública, de tal modo que se vacían plenamente de contenido de los derechos de honor, intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales. Porque los límites, cuyo establecimiento la propia Constitución impone, son inexistentes. No hay límites, sino otorgamiento de unas absolutas facultades de discrecionalidad que vacía de contenido la Constitución por cuanto remite al contenido efectivo de los límites reales al poder informático no ya a una norma reglamentaria, sino a cada acto administrativo individualizado.

El derecho a la intimidad y su correlativo el derecho a la protección a la intimidad frente al procesamiento informático de los datos referentes a su vida privada, ciertamente no son derechos absolutos. Es amplia la doctrina del Tribunal Constitucional según el cual los derechos fundamentales pueden ser objeto excepcionalmente de limitaciones pero igualmente es una obligación constitucional del legislador, al definir el campo de actuación de estas excepciones, evitar la total desnaturalización del derecho fundamental que regulariza la autodeterminación informativa.

La valoración de la inconstitucionalidad de las excepciones debe hacerse, en el caso del derecho a la libertad informática, en función de los criterios que establece el Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, dado que de acuerdo con el art. 10.2 de la CE, los derechos y libertades han de interpretarse de conformidad con los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España. Se analizan los arts. 5, 6, 8 y 9 del Convenio, para puntualizar que cada una de las excepciones allí señaladas tienen un contenido determinado y enjuiciable.

Partiendo de la aplicabilidad directa del contenido del Convenio y la necesidad de interpretar las excepciones previstas en el mismo de una manera literal y estricta, los arts. 6.1, 19.1, 22.1 y 22.2 de la Ley Orgánica, violan el art. 18.4 de nuestra CE y lo previsto en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, y establecen un conjunto de limitaciones al contenido mínimo de este nuevo derecho fundamental que, en relación con los ficheros públicos, lo dejan sin contenido real. De tal manera que a pesar de la recepción legal de unas aparentes facultades para actuar, en la práctica se crea un orden jurídico que hace imposible “que el ciudadano pueda saber quién, qué, cuándo y con qué motivo se sabe algo sobre él” por medios informáticos.

Esto se debe a que la discrecionalidad de las excepciones que incorpora la ley, en caso de banco de datos públicos, es de tal intensidad que, en el conjunto de su articulado, el derecho fundamental es difícilmente reconocible, desapareciendo toda la idea de limitación al uso informático de datos personales que exige el mandato constitucional, lo que lleva a que el ciudadano se encuentre en situación de indefensión absoluta, sin que la ley impugnada establezca límite alguno, frente a posibles intromisiones ilegítimas en su intimidad habiéndosele privado de toda capacidad de obrar.

El art. 6 es uno de estos artículos. Entienden que «el consentimiento de la persona afectada constituye la primera manifestación del derecho a la garantía de la intimidad y el honor [...] frente al tratamiento automatizado de datos».

Y si bien, admiten la posibilidad de que mediante ley orgánica puedan establecerse excepciones al consentimiento, entienden que las excepciones en el apartado 2, en los términos en que está redactado, determina «que no es necesario en ningún caso el consentimiento del interesado para cualquier tratamiento informático de [...] datos personales si el fichero es de carácter público [...]». Este apartado 2:

Es manifiestamente inconstitucional al crear una potestad discrecional de grado máximo, que vacía de contenido todo posible límite al poder informático establecido en defensa de los derechos fundamentales [...] a favor de cualquier ente público.

El consentimiento del afectado no sólo es necesario en la fase de creación del fichero, sino también en el momento de la cesión a terceros, pues el control mínimo de la utilización de los datos personales de cada uno, no sólo debe abarcar al momento inicial de su creación sino igualmente a los posibles usos que de ellos pudieran realizarse.

El art. 19 sólo crea límites a las cesiones de ficheros de una Administración Pública a otra, o de un ente público a un particular, pero no impide la cesión de datos entre los distintos ficheros existentes en el seno de una misma persona jurídica pública. Esta cesión de datos, dentro del seno de una misma organización, sin ninguna limitación previa, al haberse eliminado el consentimiento del afectado, permite crear ficheros susceptibles de abarcar la totalidad de los aspectos que componen la identidad de la persona humana, lo cual es un peligro gravísimo para la libertad del hombre y la defensa de sus derechos.

Desde un punto de vista constitucional no se puede aceptar el hecho de que la Administración Pública, con carácter general y por todo ámbito competencial, pudiera crear cualquier tipo de base de datos personales, sin necesidad del consentimiento del afectado, así como ceder internamente los ficheros creados para ampliar los ya existentes dentro de una misma organización pública, sin limitación alguna.

La idea de que sea la Administración la que pueda determinar si es exigible o no el consentimiento en una cesión de datos quiebra la institución de la reserva de ley señalada en el art. 53.1 de la CE.

El primero de los supuestos previstos en el apartado 1º y el supuesto del apartado 2º, del art. 22, suponen un grado de indeterminación no encuadrable, a nuestro juicio, dentro de la defensa de intereses públicos o privados definidos, concretos y enjuiciables. Y en la medida que la ausencia de parámetros que definan correctamente esas excepciones implican un vacío que permite el discrecional uso de las limitaciones enunciadas, ambos apartados deben entenderse inconstitucionales por violación del art. 18.4.

Hablar como hace el art. 22, de funciones de control y verificación es hablar de actividad administrativa, lo que indirectamente equivaldría a decir que siempre que el ente público entendiese que puede existir un impedimento grave para el desarrollo de su actividad administrativa es posible limitar el derecho a informar al afectado en la recogida de datos, lo que supone la contrariedad al art. 18.4 de la CE *al conceder un grado de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en el art. 9.3 de la CE.*

El apartado 2º del art. 22 incorpora, a juicio de los recurrentes, una peligrosa incorrección e indefinición. La determinación de lo que es interés público no es tarea fácil. Esta vaguedad e indeterminación puede dejar sin contenido el mandato constitucional del art. 18.4 y 16 de la CE, al permitir la recogida y el almacenamiento informático de datos personales relativos a

la ideología, religión o creencias, al origen racial, salud o vida sexual en contra del contenido de dicho precepto, siempre teniendo en cuenta lo previsto en el art. 6º del Convenio del Consejo de Europa.

En terminología del Convenio, estos datos, denominados “datos sensibles”, afectan al círculo más íntimo de la persona humana, la defensa de los derechos fundamentales de la misma exige incluso más garantías que las debidas garantías; y así lo hace la CE.

Desde el momento en que se pretendiera traspasar sin autorización ese último recinto cerrado de la personalidad de cada individuo, en que se inscriben los “datos sensibles”, correríamos el riesgo de dañar gravemente, e incluso en ocasiones de forma irreparable, el propio derecho fundamental de la dignidad humana.

En relación con este tema también ha sido objeto de impugnación el art. 20.3 de la LORTAD, que permite la recogida y el almacenamiento de los datos personales de especial protección cuando su recogida sea en supuestos absolutamente necesarios para los fines de una investigación concreta por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ya que viola los arts 18.4 y 16 de la CE y también el art. 6 del Convenio porque no se articulan unos mecanismos de garantía suficientes para la protección de estos datos. (La garantía que proponen es la autorización judicial).

Como, se desprende de lo apuntado, los recursos de inconstitucionalidad planteados persiguen finalidades distintas.

El del Defensor del Pueblo y el Grupo Parlamentario Popular, una mayor garantía del ciudadano, al intentar la inconstitucionalidad del art. 19.1 e impedir con ello la cesión de datos de carácter personal, por la administración, sin el consentimiento de su titular, por la inconstitucionalidad del art. 22 quieren limitar las excepciones de los derechos de los afectados a la información, acceso, rectificación y cancelación en relación con sus datos personales en el ámbito de los ficheros de titularidad pública.

Los recursos de las instituciones catalanas, no se dirigen a defender los intereses de los ciudadanos sino fundamentalmente, por no decir exclusivamente, a limitar la competencia de los órganos estatales para conseguir una mayor competencia de las CCAA.

Por otro lado el Defensor del Pueblo configura esta protección como una garantía de los derechos al honor y a la intimidad (por tanto fundamenta su recurso en la vulneración del art. 18.4 con relación al art. 18.1) en cambio los recursos del Grupo Parlamentario Popular configuran esta protección como un derecho fundamental autónomo, y no como una garantía específica

de los derechos a la intimidad y al honor, derecho al que denomina derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática (por lo que fundamenta su recurso en la vulneración del art. 18.4 sin relacionarlo con el art. 18.1 porque en realidad sería una garantía del conjunto de los derechos de la persona).

Ambos recurrentes utilizaron los mismos argumentos para determinar el grado de protección que ofrece la CE para los derechos al honor y a la intimidad frente a la utilización de la informática, siendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Convenio los principales referentes en la concreción del contenido esencial del derecho a controlar los datos personales, así como de sus límites. Ambos recursos coincidirán en la superación del contenido meramente negativo del derecho que protege la intimidad frente al uso de la informática; este derecho a la intimidad no es sólo un derecho de exclusión (que obligue a no hacer) sino que también es un derecho con un contenido positivo (que obligue a hacer a los terceros).

2. Directiva 95/46/ce, sobre protección de las personas físicas en el tratamiento de datos personales

La ley orgánica 5/1992 va a tener que ser modificada para transponer la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995. La razón es que el texto de la LORTAD está inspirado en gran medida en el texto de la primera propuesta de la Directiva europea, de julio del 90. El legislador esperaba no tener que modificar la ley pero el texto de la Directiva finalmente aprobado tiene muchas reformas por el Consejo y poco tiene en común con la primera propuesta.

El artículo 32.1 concede a los Estados miembros un plazo de tres años para la plena efectividad en relación con los tratamientos no informatizados de datos, acotando así en el tiempo el mandato que la ley española confiere al Gobierno en su disposición final 2ª, de adaptar la ley a los ficheros convencionales.

Como normas imperativas hay que considerar las de los artículos 2, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 14, 15.1, 16, 17, 22, 23, 24, 25 y 27. Salvo el artículo 4, todos estos preceptos tienen ya una correspondencia con otros de la Ley Orgánica 5/1992. Los artículos 6 (principios de protección de datos), 10 (información en el momento de la recogida de datos), 16 (deber de confidencialidad), y 17 (seguridad) tienen su equivalente en los artículos 4, 5, 10 y 9 de la ley. Estos preceptos pueden considerarse conformes con la Directiva. El artículo 2 de la Directiva contiene algunas definiciones que no figuran en el artículo

3 de la ley ni en el artículo 1 del RD 1332/1994. Esto requerirá algunos retoques.

La LORTAD y la Directiva presentan diferencias fundamentales en cuanto al ámbito de aplicación. La Directiva es aplicable tal y como indica su art. 3 a todo tratamiento automatizado de datos así como al tratamiento no automatizado contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero. El ámbito de aplicación de la LORTAD es más limitado ya que, de acuerdo a su art. 2º, sólo cubre en principio los datos personales que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado.

La Directiva ofrece un trato favorable a los ficheros manuales liberando a los responsables de este tipo de tratamientos de la obligación de notificación a la autoridad de control y registro.

La reforma de este aspecto de la LORTAD, no ofrece excesivas dificultades ya que la Disposición Final Segunda de la Ley autoriza al Gobierno, previo informe del Director de la Agencia de Protección de Datos a extender la aplicación de la ley a los ficheros que contengan los datos almacenados en forma convencional y que no hayan sido sometidos todavía o no estén destinados a ser sometidos a tratamiento automatizado.

En la Directiva (art. 3.2, apartado 1º) se excluye de aplicación cuando el tratamiento tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y las actividades del Estado en materia penal. Si comparamos esto con lo establecido en el art. 2 de la Ley Orgánica pueden plantearse problemas.

La sustancia de la Directiva se expresa en los artículos 5 a 9. Su transposición requerirá un cambio importante de las disposiciones de los artículos 6, 7, 8 y 11 de la ley, en la medida en los preceptos de la Directiva suponen un cambio de concepción del sistema protector con relación al que inspira la ley. En concreto, la transposición del artículo 5 ofrece algunos problemas.

La concepción básica de la Directiva se inspira en la ilicitud de principio de todo tratamiento de datos de carácter personal. Por ello, para que sean lícitos, los tratamientos han de ajustarse a unas condiciones determinadas de licitud cuya expresión concreta corresponde definir a los Estados miembros. La Directiva combina o articula esta idea con las de notificación y control a priori o a posteriori de la licitud.

Los criterios en que deben basarse la autoridad de control, el comisario privado o los órganos titulares de la potestad legal o reglamentaria para decidir sobre la licitud de un tratamiento consisten en determinar si el tratamiento ofrece o no riesgos para los derechos o libertades, examinando

si se ajusta a los principios de la protección de datos (art. 6) o si se dan los supuestos de los artículos 10 a 17.

La transposición de los arts 7 y 8 de la Directiva obligará a reformular los artículos 6 y 11 de la ley vigente. Ante todo, la concepción que los inspira no es compatible con la Directiva.

La concepción en que ésta se basa ya no es el consentimiento del afectado o la habilitación legal para el tratamiento como título o condición de licitud, y unas excepciones, sino un conjunto de condiciones alternativas de licitud, que enumera el artículo 7 y el consentimiento del afectado es la primera de estas. No se trata, pues, de prever excepciones a la norma del consentimiento del afectado, sino de añadir a ésta otras opciones de licitud.

De esta forma puede salvarse el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del pueblo y el Grupo Popular, relativo al problema de cómo se daba el consentimiento para el tratamiento de los datos (ya que no se cumplían todos los requisitos relativos a información previa y otros puntos, sobre todo en el caso de las Administraciones Públicas que podían por medio de las excepciones recogidas en la ley tomar libre e impunemente datos de los particulares sin su consentimiento); parece que con este cambio sobre el concepto y papel del consentimiento, si se lleva a cabo en nuestra ley, se puede conseguir satisfacer las peticiones solicitadas en este aspecto por las partes que interpusieron dichos recursos de inconstitucionalidad.

La Directiva incluye cualquier operación constitutiva de un tratamiento, la difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los datos, así como la interconexión.

Los artículos 7 y 8 de la Directiva no hacen distinción alguna entre las operaciones constitutivas del tratamiento a efectos del respectivo régimen jurídico. Se exceptúan las operaciones de recogida que, aun cuando formen parte del tratamiento, se rodean de unas cautelas especiales, dado el carácter de “fase crítica” que ofrece la recogida.

Estas cautelas constituyen una advertencia al interesado, que le permiten decidir, en los casos en que no le prohíben hacerlo, sobre si quiere o no que sus datos sean objeto de tratamiento. El art. 14 ofrece esta oportunidad y no con relación a fases u operaciones concretas. Pero sólo en supuestos en los que el art. 7 permite el tratamiento por razones de interés público o interés prevalente. Los actuales art. 6 y 11 podrían, por ello, ser agrupados.

El apartado 2 del art. 6 deberá ser formulado en aras de la claridad: será una ocasión de suprimir, en razón de la nueva concepción de la Directiva, las excepciones al consentimiento basadas en la accesibilidad pública de los

datos y en la necesidad de éstos para el ejercicio de las funciones de las Administraciones Públicas y que habían dado lugar a un recurso de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo.

Las confusas referencias a las relaciones contractuales, negociales, etc..., habrán de ser sustituidas por la fórmula del apartado b) del artículo 7 de la Directiva, que incluye entre los supuestos de licitud del tratamiento la necesidad de éste para el cumplimiento de un contrato en el que el interesado sea parte o para aplicar medidas contractuales adoptadas a petición del interesado.

Las remisiones a la Ley General de Sanidad no son válidas, puesto que el artículo 10 de ésta no regula tratamientos automatizados de datos de salud y ofrece, en cambio, un nivel de protección inferior al de la Ley Orgánica 5/1992 y al de la Directiva. Las remisiones a la Ley del Medicamento no son pertinentes, puesto que se refieren a tratamientos estadísticos que ya están regulados con carácter general en la legislación de Estadística.

Por último las excepciones relativas a la investigación epidemiológica se enmarcan en normas sobre tratamientos de datos en investigaciones científicas y análogas. El art. 11.1, regula la obligación de informar al interesado cuando los datos no se recaben directamente de él desde el momento de la primera cesión, salvo que el interesado conociera ya el hecho de la recogida y los datos y el tratamiento. Esto debe cambiar en nuestra ley.

El título cuarto de la ley, dedica un primer capítulo a los ficheros de titularidad pública y el segundo a los ficheros de titularidad privada. Las excesivas diferencias entre ambos regímenes ha sido uno de los aspectos más criticados de la Ley española y ha dado lugar asimismo a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por el Partido Popular.

Para los ficheros privados existe una posibilidad de control a posteriori por la vía del recurso contencioso-administrativo, el art. 23 fija una condición de licitud de los ficheros privados (que el fichero «resulte necesario para el logro de la actividad u objeto legítimo de la persona, empresa o entidad titular y se respeten las garantías que la ley establece para la protección de las personas»).

La ley no prevé, sin embargo, un control a priori para los ficheros privados, solo para los públicos en su art. 18 (deben ser creados por una disposición general publicada en el diario oficial pertinente). Dicho control ha de ejercerse por vía de reclamaciones, recursos y sanciones. No prevé que la licitud de un fichero privado se determine mediante una disposición legal o reglamentaria, pero tampoco prohíbe que una ley o reglamento que

regule una actividad o sector contenga disposiciones que autoricen el uso de tratamientos automatizados de datos personales.

Es lícito un fichero o tratamiento privado si por esta vía se comprueba que cumple plena y totalmente todas y cada una de las disposiciones de la ley.

La transposición de la Directiva obligará a reconsiderar este sistema de control previo de la licitud a la luz de los artículos 18 y 20 de la Directiva. Si el art. 20, en especial el apartado 3, condiciona el control a priori a la existencia de un riesgo para los derechos y libertades, los artículos 18.2, 18.3 18.4 y 18.5 ofrecen unos criterios para aliviar este control: exención o simplificación de la notificación, nombramiento de un comisario privado de protección de datos.

A partir de estos criterios la finalidad de la notificación no es tanto ese control, como instrumentar el derecho del afectado a conocer la existencia de un fichero. Por lo que en cierta forma se busca que el particular no quede indefenso ante un atentado de sus derechos al no ser informado del uso o destino de sus datos, como antes ocurría con la LORTAD, y que dio lugar a los recursos de inconstitucionalidad del Defensor del Pueblo y del Grupo Popular pidiendo una efectiva defensa para los particulares.

Con respecto al registro general de protección de datos, procede limitar la obligación de registro ya que está permitido por el art. 18 de la Directiva en casos en los que el riesgo para los sujetos afectados no es significativo.

Esto es sin duda beneficioso porque la obligación general de notificación y registro establecida en la Ley y el Estatuto de la Agencia ha significado en la práctica una enorme sobrecarga de trabajo para la Agencia debido a la inscripción masiva de los tratamientos existentes, de los cuales muchos de ellos no representan peligro alguno para los ciudadanos afectados.

Se produce la eliminación de la exclusión del ámbito de la Ley Orgánica a los ficheros automatizados de titularidad pública cuyo objeto, legalmente establecido, sea el almacenamiento de datos para su publicidad con carácter general (art. 2.2, a) y a los ficheros de información tecnológica y comercial que reproduzcan datos ya publicados en ficheros de información tecnológica y comercial que reproduzcan datos ya publicados en boletines, diarios o repertorios oficiales (art. 2.2, c). Esto es así porque en el art. 3 de la Directiva no se excluyen este tipo de ficheros.

Además dicho texto no distingue entre ficheros de titularidad pública y privada, sino que regula los ficheros distinguiendo entre datos recabados del propio interesado de datos obtenidos de persona distinta del interesado: y a

sensu contrario de los arts. 18.3 y 21 de la directiva porque al admitir la posible exclusión de la obligación de notificación a la autoridad de control o a la publicidad de los tratamientos, implícitamente está admitiendo la aplicación a dichos ficheros del resto del contenido de la Directiva.

Lo mismo ocurrirá con los ficheros mantenidos por partidos políticos, sindicatos e iglesias, confesiones y comunidades religiosas (art. 2.2, E) deberán ser objeto de inscripción en el Registro de la Agencia y cumplir con todas las disposiciones legales existentes en materia de protección de datos.

Al no existir diferenciación en la regulación jurídica de los ficheros de titularidad pública y privada se plantea el problema de determinar si dicha regulación uniforme debe proyectarse en nuestra Ley Orgánica y si se deben suprimir los arts. 18, 19 y 45. La diferenciación de tratamientos no puede suponer una minoración de los derechos reconocidos al interesado o afectado.

Tal criterio permitiría la casi plena conservación de lo establecido en los artículos 18 y 45 y la derogación total del art. 19, cesiones de datos entre Administraciones Públicas, con la obligada derogación igualmente del artículo 11.2 e), lo que en definitiva vaciaría de contenido los recursos de inconstitucionalidad que en su día se interpusieron contra el citado art. 19 por el Defensor del Pueblo y por el Grupo Popular.

Otras modificaciones son las que deberá sufrir la Agencia de Protección de Datos. Son sobre todo en lo relativo a la notificación y al control a priori. La flexibilidad del sistema de publicidad de la existencia de los ficheros o tratamientos y lo relativo a la competencia y estructura orgánica exigirá grandes cambios. Son los tratamientos y no los ficheros los que se notifican.

En la Directiva se ofrecen varios criterios para eximir de la notificación o simplificar ésta. En primer lugar está el criterio orgánico que crea la posibilidad de nombrar un comisario privado o de empresa, que asuma las funciones de la autoridad de control dentro de la empresa quedando substraídos al control de la Agencia todos los ficheros de titularidad privada.

Un segundo criterio se basa en la naturaleza de los tratamientos: podrán no estar sujetos a notificación los tratamientos que no puedan afectar a los derechos y libertades de los interesados, según los datos a que se refiere el tratamiento.

La notificación será necesaria si por vía de disposición reglamentaria se regulan los fines del tratamiento, los datos tratados, los interesados, los destinatarios de las cesiones de datos y el plazo de conservación.

Por otro lado está la posibilidad de una revisión en vía contencioso-administrativa de la disposición reguladora que permitirá comprobar si el

tratamiento atenta o no contra los derechos y libertades. Por otra parte, el proceso de elaboración de la disposición permite comprobar a priori la calidad normativa de la misma.

En tercer lugar podrá eximirse de la notificación a los tratamientos cuya única finalidad sea llevar un registro destinado, en virtud de disposición legal o reglamentaria, a facilitar información al público y abierto a la consulta pública en general o por personas que acrediten un interés legítimo.

Con ello se dispone de una base legal para eximir de la notificación, pero no de la aplicación de la ley, a ciertos tratamientos que la ley no contempla con toda claridad, como son los de los Registros Mercantiles y de la Propiedad.

La Directiva confiere gran importancia a la existencia de una autoridad de control, encargada de vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas para su aplicación.

Su art. 28 detalla los poderes de que dicha autoridad deberá disponer y afirma que estas autoridades ejercerán las funciones que les son atribuidas con total independencia. De acuerdo con el art. 34 de la LORTAD así como al art. segundo de su Estatuto, la Agencia goza de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada.

No obstante todas las declaraciones de independencia recogidas tanto en la LORTAD como en el Estatuto de la Agencia, se ven en gran parte veladas por el hecho de que el Director de la Agencia, así como los miembros del Consejo Consultivo son nombrados por el Gobierno. Nada dice sobre como debe llevarse a cabo la repartición de competencias es esta materia entre el poder central y las comunidades por lo que poco señala en relación a los recursos de inconstitucionalidad de la Generalidad y el Parlamento de Cataluña, cuestión que debe dilucidarse internamente.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 20 y ss. habrá que reconsiderar de nuevo la opción del Comisionado de las Cortes Generales, debatida en el trámite parlamentario por iniciativa del Grupo Popular. La opción del Comisionado o Consejo de designación parlamentaria, requeriría tener en cuenta las alternativas que ofrece la Directiva. Las disposiciones de los arts. 28.3, párrafo segundo y 22 de la Directiva prevén un recurso jurisdiccional contra los actos de la autoridad de control y ante dicha autoridad, respectivamente. Estas disposiciones no son imperativas, sino meramente optativas.

En la Directiva en su considerando 14 amplía más el dato personal de imagen al incluir no sólo la captada por aparato fotográfico, sino también por videocámaras y, en definitiva, por lo que puede definirse como sector

audiovisual. El reconocimiento de la voz y el sonido como datos personales efectuados por la Directiva va a potenciar la protección de los mismos en aras de la salvaguardia de la intimidad personal.

El art. 14 de la Directiva establece el denominado derecho de oposición al interesado en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa.

De esta forma los Estados miembros deben acordar las medidas necesarias para garantizar que los interesados conozcan la existencia del derecho. El apartado a) presenta como especialidad el que puede ejercitarse en cualquier momento, por razones legítimas propias de su situación particular, salvo que la legislación nacional prevea otra cosa. El apartado b) señala que la oposición ya no puede efectuarse en cualquier momento sino que ha de ser previa al tratamiento, a la comunicación o al uso, ha de comunicárseles expresamente su derecho a la oposición y ha de ser gratuito. La efectividad del derecho de oposición exige que se concrete un procedimiento de tutela del mismo, así como la inclusión de la tipificación de las conductas contrarias y la correspondiente sanción.

Bibliografía citada

- BARRIUSO RUIZ, C. Interacción del derecho y la informática. Madrid: Dykinson, 1996.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V.: La protección de datos personales, informática y Derecho 6-7. UNED: Centro regional de Extremadura, 1994.
- DARIO BERGEL, S. Informática y Derecho, tomo4, director Valentín Carrascosa López, III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, ed. Actas num 1; edita: UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1992.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. Manual de Derecho informático. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- HEREDERO HIGUERAS, M. La Agencia de Protección de Datos, informática y Derecho 6-7. UNED: Centro regional de Extremadura, 1994.
- MARROIG POL, L. Las instrucciones de la Agencia de Protección de Datos, Actualidad Informática Aranzadi, num. 23, 1997.
- NUÑEZ PONCE, J. Dº Informático. Nueva disciplina jurídica para una sociedad moderna. Marsol, 1996.
- PÉREZ LUÑO, A.E. Manual de informática y derecho. Barcelona: Ariel, 1996.
- ULL PONT, E. Legislación Informática (datos personales, propiedad intelectual e industrial y titulaciones universitarias). Madrid: UNED, 1997. Derecho Informático II y Aplicaciones Informáticas. Madrid: UNED, 1998. -Nuevas Tecnologías Informáticas II. Introducción al Derecho Informático II. Madrid,: UNED, 1996. -X años de encuentros sobre informática y Derecho. Coordinador: Prof. Miguel Ángel Davara. Aranzadi: Pamplona, 1997.