

**Sobre el arte legislativo de birlibirloque.
La LOPRODA y la tutela de la libertad informática
en España**

Por ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 18.4: LA LORTAD Y LA LOPRODA.—2. LA LOPRODA: ¿UN EJEMPLO DE ARTE LEGISLATIVO DE BIRLIBIRLOQUE?—3. FINES Y ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA LOPRODA.—4. LAS OPCIONES LEGISLATIVAS DE LA LOPRODA.—5. ¿FICHEROS ROBINSON O FICHEROS PECERA?—6. CORSI E RICORSI DE LA LOPRODA.—7. ASPECTOS INCONSTITUCIONALES DE LA LOPRODA.—8. PRESENTE Y FUTURO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN ESPAÑA.

**1. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 18.4:
LA LORTAD Y LA LOPRODA**

Con la promulgación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD)¹ España se incorporó al grupo de Estados que cuentan con normas específicas para la protección de informaciones personales. Se concluía así una larga etapa de incertidumbres y vacíos normativos, al tiempo que se iniciaba otra cargada de expectativas sobre las anheladas virtualidades de la LORTAD para poner

¹ Publicado en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 262, de 31 de octubre de 1992.

coto, y evitar en adelante, los abusos informáticos contra la intimidad, así como contra otros derechos fundamentales, perpetrados en nuestro país. Conviene indicar que dicha Ley Orgánica llegó tarde y mal. Lo primero, porque desde la promulgación de la Constitución, en virtud del expreso mandato de su artículo 18.4, el legislador español debía establecer una norma de tutela de las libertades en relación con el uso de la informática. Esa exigencia de desarrollo legislativo fue luego corroborada y urgida en virtud de diversos acuerdos internacionales. Así la obligación adquirida por la ratificación en 1984 del Convenio de protección de datos personales (108) de 1981 del Consejo de Europa, cuyo artículo 4 exige a los países signatarios establecer en su Derecho interno las normas necesarias para garantizar la eficacia de los principios consagrados en dicho texto ².

A su vez, al *Acuerdo de Schengen* suscrito inicialmente por Alemania, Francia y los países del Benelux en 1985 y desarrollado por un Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, se han adherido otros Estados de la Unión Europea (España, Italia, Grecia, Portugal...). Dicho tratado internacional se refiere a la supresión gradual de controles entre las fronteras comunes de los países signatarios. Para ello se regula el flujo de informaciones personales en función de la cooperación policial. El objetivo principal del Sistema de Información Schengen (SIS) es la comunicación de informaciones para el control de las personas «indeseables» y/o «inadmisibles» dentro de las fronteras del «espacio Schengen». Para el logro de ese objetivo entró en funcionamiento una gran base de datos policiales situada en Estrasburgo y sometida a la legislación francesa de protección de datos personales. Al igual que el Convenio del Consejo de Europa exige que para la transmisión de esas informaciones existan en cada país receptor normas internas sobre protección de datos personales que satisfagan los principios del Convenio del Consejo de Europa (arts. 117 y 126) ³. Como es notorio ese compromiso nacional e internacional fue demorado y pospuesto hasta la promulgación de la LORTAD a finales de 1992.

Ese retraso no evitó determinadas imperfecciones en la LORTAD, que menoscabaron su contenido. Porque cabía el consuelo de confiar que nuestro retraso legislativo nos permitiría beneficiarnos de las experiencias previas del Derecho comparado de la informática. No ha

² Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «La incorporación del Convenio Europeo sobre protección de datos personales al ordenamiento jurídico español», en el núm. 17 monográfico de *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, sobre «Informática y Derecho», 1989, pp. 27 ss.; id., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colab. con M. G. Losano y M. F. Guerrero Mateus, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 163 ss.

³ Vid. LOSANO, M. G., «Il Trattato di Schengen e le frontiere europee» en *Data Manager*, 1991, núm. 114, pp. 27 ss.; SÁNCHEZ BRAVO, A., *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, con prólogo de A. E. Pérez Luño, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998, pp. 164 ss.

sido así y el texto promulgado incurrió en algunas deficiencias que pudieron y debieron ser evitadas.

La LORTAD llegó tarde para evitar el escándalo que, en la etapa previa a su promulgación, agitó a nuestra opinión pública, en relación con el tráfico informatizado de datos de carácter personal, que supuso la confirmación de un peligro desde hace tiempo anticipado. Los 21 millones de ciudadanos españoles, inmediata o potencialmente, agredidos en su intimidad y otros derechos fundamentales abrieron una brecha en la inconsciencia cívica y política sobre los peligros que entrañan determinadas manipulaciones de las nuevas tecnologías. Fue preciso llegar a esta situación para que el conformismo cotidiano de quienes tienen como misión velar por la tutela de las libertades, y quienes tienen como principal tarea cívica el ejercerlas, se viese agitado por la gravedad del riesgo y la urgencia que revestía su respuesta.

No es lícito, al menos para juristas, políticos y tecnólogos, aducir sorpresa o desconocimiento de los eventuales peligros implícitos en el uso de las nuevas tecnologías. Desde hace décadas, quienes han evaluado el impacto de la informática en las libertades, han alertado sobre esos peligros, y cualquier especialista mínimamente avisado incurriría en negligencia inexcusable de haberlos desatendido. Es cierto que España, aun siendo una sociedad avanzada, dista de los países con tecnología punta. De ahí que, entre nosotros, se juzgara mayoritariamente como una amenaza remota las advertencias y experiencias de asalto informático a las libertades, que con el descubrimiento de la red de «piratas» informáticos, se convirtió en una siniestra realidad.

Nuestra sociedad y nuestros poderes públicos permanecieron ajenos e inertes ante una serie de atentados informáticos a la privacidad perpetrados en nuestro entorno político-cultural. Para describirlos no hay que recurrir a una retórica apocalíptica, basta la expresión estricta de un atestado. Desde los años setenta es notorio que bancos de datos del sector público norteamericano, pertenecientes al Pentágono, la CIA o el FBI, procesan informes sobre actitudes individuales y comportamiento político que afectan a millones de ciudadanos. Datos que recabados en función de la defensa nacional o de la seguridad pública han servido, en determinadas ocasiones, para prácticas de control político y discriminación ideológica. La comunidad académica de USA sufrió una conmoción al saber que, durante la etapa de contestación estudiantil, diversas Universidades que contaban con bibliotecas informatizadas proporcionaron a la policía relaciones exhaustivas de las lecturas de aquellos profesores y/o alumnos sospechosos de ser contestatarios o disidentes. Desde hace años las agencias de información comercial y de crédito norteamericano almacenan datos personales que conciernen a cientos de millones de individuos, que tras su adecuada programación, pueden transmitirse a sus clientes en más de 10.000 aspectos diferentes (por edad, profesión, sexo, ingresos,

automóvil o vivienda poseídos, pertenencia a sindicatos, partidos, o sociedades mercantiles, culturales o recreativas...) ⁴.

En Francia el detonante fue un proyecto del Instituto Nacional de Estadística, por el que se pretendía atribuir a cada ciudadano un «número de identificación único» para todas sus relaciones con la administración. La fatal coincidencia, para los propugnadores del sistema, de que sus siglas respondieran a la palabra SAFARI, contribuyó a sensibilizar a partidos políticos, medios de comunicación y ciudadanos ante la amenaza de verse convertidos en las piezas a cobrar en el «safari informático». El proyecto fue finalmente suspendido y supuso una eficaz llamada de atención sobre la peligrosidad de las técnicas de *over-all computer*, o sea, del cruce de ficheros que permiten un control exhaustivo de la población, así como el trazado de un completo perfil de las personas ⁵.

Estas circunstancias pesaron en 1983 en una célebre Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, que a instancia de los Verdes, declaró parcialmente inconstitucional la Ley del Censo de Población que obligaba a los ciudadanos germanos a suministrar datos personales para fines estadísticos. En dicha decisión jurisprudencial se reconocía el derecho a la «autodeterminación informativa», hasta entonces invocado por la doctrina jurídica, y concretado en la facultad de todo ciudadano de las sociedades democráticas de determinar: quién, qué, cuándo y con qué motivo puede conocer datos que le conciernen ⁶.

⁴ Cfr. los capítulos 8 y 9 de este libro; *vid.* también, PÉREZ LUÑO, A. E., *Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las N. T. de la información*, Fundesco, Madrid, 1987, pp. 123 ss.

⁵ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, cit., pp. 137 ss.

⁶ La doctrina germana ha calificado a la Sentencia sobre la Ley del Censo de Población de «Sermón de la Montaña» en materia de protección de datos personales (cfr. mi libro, *Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho*, cit., 126 ss). En esa línea de lenguaje metafórico evangélico, entiendo que pudiera apelarse de Sentencia del «Buen Samaritano», la decisión de nuestro Tribunal Constitucional 254/1993 de 20 de julio. En ella el TC reconoce y ampara el derecho de los ciudadanos a conocer los datos personales que les conciernen y se hallan registrados en archivos informatizados administrativos. Esta decisión tuvo como antecedentes las Sentencias de la Audiencia Territorial de Pamplona (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de febrero de 1989 y del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 30 de abril de 1990, que habían desestimado el acceso de un ciudadano a sus datos personales incluidos en archivos automatizados de la Administración del Estado, alegando la falta de desarrollo legislativo del Convenio europeo de protección de datos personales. Frente a esas sucesivas denegaciones del acceso a los datos personales, basadas en una motivación que metafóricamente pudiera calificarse de «farisáica» y «levítica» el TC actuó en este supuesto como un «Buen Samaritano». La del TC se mueve en un doble plano argumentativo: 1) De un lado, acoge la dimensión positiva del derecho a la intimidad como facultad de control sobre los datos relativos a la propia persona. Acepta también expresamente, por vez primera, las nociones de «libertad informática» y *habeas data*, como integrantes de la garantía de la intimidad frente a la informática consagrada en el artículo 18.4 CE (FJ 7). Estos conceptos y categorías han sido ampliamente utilizados por la doctrina y jurispuden-

No huelga advertir que en nuestro propio país existían también antecedentes inquietantes del *affaire* de la red de piratas informáticos. Desde hace tiempo las instituciones y personas más receptivas a los riesgos de contaminación informática de las libertades han mostrado su preocupación por la persistencia en archivos policiales, ahora informatizados, de datos relativos a actividades políticas, o conductas «desviadas» realizadas en el régimen anterior; el «caso Curiel» constituye un elocuente testimonio. También se han presentado quejas ante el Defensor del Pueblo por la transmisión incontrolada de historias clínicas, así como de datos sobre actitudes y circunstancias personales de funcionarios y trabajadores. Contando con esos notorios antecedentes, patrios y foráneos, mostrar sorpresa resulta una actitud de ignorancia culpable o de cinismo. El tráfico de informaciones personales descubierto en nuestro país es el precipitado inevitable de unos riesgos, advertidos desde hace tiempo, y a los que los poderes públicos no supieron, o no quisieron, poner coto antes.

Cualquier inventario que pretenda dar cuenta de los más importantes asedios tecnológicos que hoy se perpetran contra la esfera de las libertades debe hacer obligada mención a Internet. La navegación por el ciberespacio, que permite Internet, ha abierto inmensas posibilidades de conocimiento, actuación y comunicación. No obstante, junto a esas incuestionables ventajas y avances, la red ha hecho surgir en los últimos tiempos, graves motivos de inquietud. La difusión de pornografía infantil, o de propaganda de organizaciones terroristas, así como numerosas actividades fraudulentas y atentados masivos contra la intimidad y la imagen de las personas, conforman el reverso oscuro de Internet.

cia extranjeras en materia de protección de datos personales y estimo que me incumbe una cierta responsabilidad en su difusión en nuestra experiencia jurídica; 2) El otro aspecto nuclear de ese fallo reside en la reafirmación por parte del TC de su doctrina tendente a reconocer la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, en este caso de la libertad informática que dimana del artículo 18.4 CE, sin que sea necesaria una *interpositio legislatoris*, es decir, un desarrollo legislativo, para su plena eficacia (FJ 6). El TC estima que el cumplimiento o no por los poderes públicos de los tratados internacionales, en particular del Convenio europeo de 1981, es independiente para asegurar la protección de los derechos fundamentales establecida en el artículo 53.3 de la CE (FJ 5). De lo que implícitamente se infiere que el TC no cuestiona la plena incorporación del Convenio europeo al ordenamiento jurídico español, en virtud del artículo 96.1 de la CE, y su plena eficacia; a lo que, por otra parte, también sería de aplicación su propia jurisprudencia impugnatoria de la *interpositio legislatoris* en materia de derechos fundamentales. Tesis que se corrobora por la expresa llamada del TC, apoyándose en el artículo 10.2 CE, al Convenio como cauce para configurar el sentido y alcance de la libertad informática consagrada en el artículo 18.4 de la CE. En diversas publicaciones de estos últimos años he venido insistiendo en la eficacia inmediata del artículo 18.4 CE, así como en la del Convenio europeo, por lo que debo congratularme de que este planteamiento haya hallado acogida en esta decisión del TC (cfr., mis trabajos: *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, cit., pp.163 ss.; *La incorporación del Convenio Europeo sobre protección de datos personales al ordenamiento jurídico español*, en el núm. 17 monográfico de «ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales», sobre *Informática y Derecho*, pp. 27 ss.

La LORTAD se mostró, desde su mismo origen, como un texto normativo insuficiente para dar una respuesta adecuada a los riesgos y atentados tecnológicos liberticidas aquí aludidos. Sus instrumentos de garantía dirigidos a la protección de datos personales se revelaron harto discutibles⁷. No debe causar extrañeza, por todo ello, que la LORTAD fuera una ley controvertida desde el momento de su promulgación. Distintos artículos de esta disposición fueron objeto de recursos de inconstitucionalidad, incoados por diferentes instituciones⁸. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 290/2000 de 30 de noviembre, no entró a enjuiciar los motivos de inconstitucionalidad, por lesión del contenido esencial del artículo 18.4 y otros preceptos de la CE, aducidos por 56 diputados del Grupo Parlamentario Popular y del Defensor del Pueblo al considerar que se había producido pérdida sobrevenida del objeto del recurso, por haberse derogado la LORTAD y por el hecho de hallarse recurrida también la norma derogatoria, tal como habrá ocasión de exponer *infra*. El fallo de dicha sentencia declaró también la inadmisibilidad del recurso interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y por el Parlamento de Cataluña en lo referente a la supuesta invasión por parte de la LORTAD de competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección de datos personales. A juicio del Tribunal Constitucional, la garantía de los derechos fundamentales amparada por la Constitución, así como la igualdad de todos los españoles en su disfrute, legitiman las competencias en todo el territorio nacional y para todo tipo de ficheros, sean de titularidad pública o privada, de la Agencia y el Registro Central de Protección de Datos⁹.

En cualquier caso, resulta evidente que la LORTAD ha tenido una vigencia efímera. Apenas siete años separan la fecha del 29 de octubre de 1992 en que fue promulgada de la del 13 de diciembre de 1999

⁷ Cfr. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *La protección de los datos personales en el Derecho español*, con prólogo de A. E. Pérez Luño, Universidad Carlos III & Dykinson, Madrid, 1999, pp. 119 ss.; LOSANO, M. G., *La legge spagnola sulla protezione dei dati personali*, en «Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica», 1993 núms. 4/5, pp. 867 ss.; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Informática y protección de datos personales. Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación de Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 47 ss.; DEL PESO NAVARRO E. y RAMOS GONZÁLEZ M. A., *Confidencialidad y seguridad de la información: la LORTAD y sus implicaciones socioeconómicas*, Díaz de Santos, Madrid, 1994, pp. 73 ss.

⁸ La Comisión de Libertades e Informática (CLI) solicitó del Defensor del Pueblo la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra la LORTAD, en base a un dictamen del Prof. Diego López Garrido, Catedrático de Derecho Constitucional. El Defensor del Pueblo interpuso recurso de inconstitucionalidad el 28 de enero de 1993 (recurso 219/1993). Asimismo han presentado recursos de inconstitucionalidad contra la LORTAD: El Partido Popular (recurso 236/1993) y el Parlamento (recurso 226/1993) y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña (recurso 201/1993). Cfr. «Boletín Oficial del Estado», del 19 de febrero de 1993.

⁹ STC 290/2000, FFJJ 10 ss. y fallo.

en la que se ha producido su derogación a través de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPRODA) ¹⁰.

2. LA LOPRODA: ¿UN EJEMPLO DE ARTE LEGISLATIVO DE BIRLIBIRLOQUE?

En una brillante y lúcida reflexión sobre la tauromaquia, José Bergamín la califica como el *ARTE DE BIRLIBIRLOQUE*, es decir como: «el arte de poner y quitar» ¹¹. Las vicisitudes y circunstancias que han rodeado la génesis y que concurren en el contenido de la LOPRODA invitan a conjeturar si el legislador responsable de su promulgación no es un consumado cultor del *arte legislativo de birlibirloque*; por decirlo con la sugerente imagen literaria de Bergamín. Para corroborarlo, basta observar que:

a) El legislador de la LOPRODA ha *puesto* en la nueva Ley Orgánica 15/1999 la mayor parte de limitaciones y excepciones injustificadas a las garantías de la libertad informática que concurrían en la LORTAD. Se da la circunstancia, ciertamente paradójica, que el Grupo Parlamentario Popular impugnador, como se ha indicado, de la LORTAD, contra la que 56 de sus diputados presentaron recurso de inconstitucionalidad por entender que afectaba el contenido esencial de la libertad informática que dimana del artículo 18.4 CE, ha apoyado la aprobación del texto de la LOPRODA en el que básicamente se reproducen los motivos anteriormente invocados para recurrir la constitucionalidad de la LORTAD.

b) El legislador de la LOPRODA ha *quitado* la Exposición de Motivos en el nuevo texto. La doctrina científica había puesto de relieve la incongruencia entre la generosidad de propósitos garantistas proclamados en la Exposición de Motivos de la LORTAD al consagrar la libertad informática, y la cicatería con la que ese derecho se veía limitado en sus artículos ¹². Para eludir esa posible crítica el legislador de la LOPRODA ha cortado el «nudo gordiano» del problema, al suprimir cualquier referencia, a los presupuestos, fundamentos y

¹⁰ La Disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (BOE 298/1999 de 14 de diciembre 1999) declaró expresamente la derogación de la LORTAD.

¹¹ BERGAMÍN, J., *El arte de birlibirloque*, Turner, Madrid, 1985, p. 23

¹² Cfr. CASCAJO CASTRO, J. L., *Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*, en el vol.col. a cargo de J. M. SAUCA, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 374 ss.; PÉREZ LUÑO, A. E., *La LORTAD y los derechos fundamentales*, cit., pp. 405 ss.; id., *La LORTAD entre las luces y las sombras*, cit., pp. 83 ss.; id., *Manual de informática y derecho*, cit., pp. 47 ss.

propósitos del nuevo texto legal. La LOPRODA poda, de forma expeditiva, la Exposición de Motivos y, al prescindir de ella, rompe con una de las grandes tradiciones de la buena legislación.

Al no existir Exposición de Motivos no se aduce expresamente una de las claves determinantes de la promulgación de la LOPRODA: la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva europea de protección de datos personales. La Unión Europea, elaboró la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de julio de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. En dicha Directiva se pretende armonizar la fluidez de la transmisión de datos en el seno de la Unión Europea para la mayor eficacia de los poderes públicos y desarrollo del sector privado, con la defensa de los datos personales. Para ello se prevé la existencia en cada Estado miembro de una autoridad independiente para garantizar la tutela de los datos personales y velar por la aplicación correcta de la Directiva (art. 28). Asimismo, se contempla la existencia de una autoridad comunitaria denominada «Grupo de protección de las personas» que estará integrada por representantes de las autoridades de control nacionales y un representante de la Comisión, los cuales contribuirán a la interpretación homogénea de las normas nacionales adoptadas en aplicación de la directiva, así como informarán a la Comisión de los conflictos que puedan surgir entre la legislación y las prácticas de los Estados miembros en materia de protección de datos personales (arts. 30 y 31). La Directiva establece la expresa obligación de los Estados miembros de adaptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para incorporar su texto y darle cumplimiento en los respectivos ordenamientos internos (art. 32) ¹³.

Una crítica radical insinúa una sospecha: que al legislador de la LOPRODA le había movido el secreto deseo de mantener el *statu quo* en la protección de datos establecido por la LORTAD, introduciendo sólo los cambios formales mínimos impuestos por la necesidad de adaptación de la Directiva 95/46 ¹⁴. Desde tales premisas se llegaría a

¹³ Cfr. RIPOL CARULLA, S., «El proyecto de Directiva comunitaria sobre protección de datos: una valoración española, en Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho» (Mérida, septiembre 1992) publicadas en *Informática y Derecho*, 1994, vol. 4, pp. 321 ss. y SÁNCHEZ BRAVO, A., «El tratamiento automatizado de bases de datos en el marco de la Comunidad Económica Europea: su protección»; *ibídem*, pp. 341 ss.; *id.*, *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, cit., pp. 123 ss.; *id.*, *Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos*, con Prólogo de A. E. PÉREZ LUÑO, publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001, pp. 73 ss. *Vid.*, también, PÉREZ LUÑO, A. E., *El concepto de interesado en la Directiva Comunitaria 95/46*, en el vol. col. *La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos)*, Escuela judicial & Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 13 ss.

¹⁴ Cfr. GONZÁLEZ-TABLAS, R., «El derecho y las nuevas tecnologías», Conferencia pronunciada en el Parlamento de La Rioja, el 20 de febrero de 2001, cuyo texto en curso de publicación debo a la deferencia de su autor; SÁNCHEZ BRAVO, A., «La Ley

un juicio global negativo, que cabría resumir en la célebre expresión de uno de los protagonistas del *Gattopardo*, la obra inolvidable de Giuseppe Tomasi di Lampedusa, cuando afirmaba que: «es necesario que algo cambie, para que todo siga igual».

Subsiste, en todo caso, la impresión de que el legislador de la LOPRODA ha dado muestras de una cierta propensión hacia esa actitud que, he denominado, *arte legislativo de birlibirloque*; o sea, a una tendencia a poner lo que se debería haber quitado y a quitar lo que se debería haber puesto y, en definitiva, a escamotear garantías básicas de la protección de datos. Porque, en efecto, al quedar formalmente derogada la LORTAD se producía la pérdida sobrevenida del objeto de los recursos de inconstitucionalidad contra ella interpuestos. Al propio tiempo, se abría un largo periodo para dirimir la posible inconstitucionalidad de las normas de la LOPRODA que reproducían aspectos impugnados de la LORTAD. Pero el artificio de birlibirloque ejercitado por el legislador tan sólo ha obtenido éxito a medias. El Tribunal Constitucional que ha demorado en ocho años la resolución de los recursos interpuestos contra la LORTAD y que, efectivamente, admitió la pérdida sobrevenida del objeto del recurso de inconstitucionalidad contra la misma fundados en la lesión del contenido esencial de la libertad informática que dimana del artículo 18.4 CE, resolvió con ejemplar celeridad el único recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo contra la LOPRODA¹⁵. De forma simultánea, en la fecha de 30 de noviembre de 2000, el TC emitía las dos sentencias que, respectivamente, resolvían los recursos presentados contra esos textos legislativos. Con ello, el legislador de la LOPRODA no ha podido evitar que fueran declarados inconstitucionales determinados párrafos de los arts. 21.1 y 24. 1 y 2 de dicha norma; si bien, al no haberse reproducido otros motivos de impugnación presentados contra la LORTAD y que siguen vigentes en la LOPRODA, ha eludido la condena de inconstitucionalidad de determinados aspectos de ésta, que siguen planteando fundadas dudas sobre su conformidad con la Constitución.

Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal: Diez consideraciones en torno a su contenido», en REP, 2001, núm. 111, pp. 201 ss. Menos pesimista en cuanto a la valoración inicial de la LOPRODA se muestra, GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «La nueva Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, ¿Un cambio de filosofía?» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2000, núm. 34, pp. 299 ss.; El interrogante certeramente conjeturado por la profesora Ana Garriga Domínguez, en torno a si la LOPRODA implica un cambio de filosofía en la tutela de los datos personales, estimo que puede ser respondido afirmativamente; con tal que la misma sea entendida como una nueva modalidad de «filosofía parda». Sobre la hipertrofia y ambigüedad en los usos lingüísticos del término «filosofía», *vid.*, PÉREZ LUÑO, A. E., «Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica», 7.^a ed., Mergablum, Sevilla, 1999, pp. 20 ss.

¹⁵ Recurso del Defensor del Pueblo, de 14 de marzo de 2000 (BOE de 8 de abril de 2000), núm. 1463/2000, que ha sido resuelto por la STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000.

3. FINES Y ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA LOPRODA

El objetivo básico perseguido por la LOPRODA es garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar (art. 1).

El texto no alude expresamente a su cometido, que precisamente constituye su propia razón de ser, de haberse promulgado para el desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución. Tampoco hace referencia explícita al cumplimiento del compromiso de transposición de la Directiva europea 95/46. Omite, por tanto, cualquier referencia al obligado cumplimiento del mandato constitucional, así como el que dimana de la Directiva europea.

Su rango normativo es el de Ley Orgánica. No obstante, a tenor de lo dispuesto en su Disposición final segunda, los Títulos IV, VI excepto el último inciso del párrafo 4 del artículo 36 y VII, la disposición adicional 4, la disposición transitoria primera y la final primera tienen el carácter de Ley ordinaria.

Para el cumplimiento de su objeto fundamental se estructura un sistema de garantías y medidas cautelares, que pretende recoger las orientaciones del Derecho comparado en materia de protección de datos personales. En particular la LOPRODA parece querer optar por el modelo de las denominadas «Leyes de protección de datos de la *tercera generación*». La experiencia legislativa de estos últimos años registra una sucesiva decantación desde las leyes de la *primera generación*, basadas en la autorización previa de los bancos de datos en una etapa en la que los equipos informáticos eran escasos, voluminosos y fácilmente localizables; a las leyes de la *segunda generación*, cuyo principal objetivo fue la garantía de los datos «sensibles», por su inmediata incidencia en la privacidad o su riesgo para prácticas discriminatorias; y, en la actualidad, a las de la *tercera generación*, que se han hecho cargo de la revolución microinformática con la consiguiente difusión capilar de los bancos de datos. Ello ha hecho prácticamente inviable el control previo de los equipos informáticos, sobre el que operaron las normas de la primera generación; al tiempo que la tutela de las informaciones ya no puede quedar circunscrita al factor estático de su *calidad*, según el criterio predominante en la segunda generación de leyes de protección de datos, sino que debe hacerse extensiva a la dinámica de su uso o *funcionalidad*¹⁶.

¹⁶ Sobre las generaciones de leyes de protección de datos y sus características cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «Libertad informática y leyes de protección de datos personales», cit., pp.152 ss.; íd., «La LORTAD y los derechos fundamentales», en *Derechos y Libertades*, núm. 1, 1993, pp. 405 ss.; íd., «La LORTAD entre las luces y las sombras», en *Informática y Derecho*, núm. 6-7, 1994, pp. 83-87; íd., «Manual de informática y derecho», Ariel, Barcelona, 1996, pp. 47 ss.

La LOPRODA tiende a concebir la protección de los bancos de datos personales desde una perspectiva funcional; no se limita a su tutela en cuanto meros depósitos de informaciones, sino también, y sobre todo, como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados. Así parece desprenderse de la definición de *tratamiento* de datos, que viene entendida como: «operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias» (art. 3.c). Asimismo, se refuerza esa orientación de la LOPRODA al definir el *procedimiento de disociación* como: «todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable» (art. 3.f).

Se trata de evitar los efectos negativos de los perfiles de personalidad elaborados en función de las informaciones contenidas en bases de datos personales. Dichos perfiles se pueden considerar como la reputación o fama, que es expresión de la dignidad y el honor y que puede ser valorado, favorable o desfavorablemente, para las más diversas actividades públicas o privadas. La vida cotidiana de los ciudadanos se ve afectada por una serie de valoraciones sobre su conducta, que pueden ser tomadas en consideración para las más diversas circunstancias, tales como: obtención de un empleo, la concesión de un préstamo o la admisión en determinadas instituciones, o colectivos.

La LOPRODA dedica, por entero, su artículo 13 a prevenir estas circunstancias, a través de lo que denomina como: *Impugnación de valoraciones*. A tal efecto, se prescribe en esa norma, que los ciudadanos tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad. Por ello, el afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad.

Cuando se de tal circunstancia la persona concernida tendrá derecho a obtener información del responsable del fichero sobre los criterios de valoración y el programa utilizado en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión en que consistió el acto.

Tan sólo la valoración sobre el comportamiento de los ciudadanos, basada en un tratamiento de datos, podrá tener valor probatorio a petición del propio afectado (art. 13.4).

La LOPRODA se propone, por tanto, tutelar la calidad de los datos, pero no en sí mismos, sino en *función* de evitar que su informatización permita o propicie actividades discriminatorias.

El texto de la LOPRODA se halla integrado por 49 artículos distribuidos en 7 Títulos, 6 disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y 3 disposiciones finales. En su *estructura normativa* pueden distinguirse conceptualmente dos sectores básicos:

1) Una *parte general o dogmática* dedicada a la proclamación de la libertad en la esfera informática en la pluralidad de sus facultades y manifestaciones, e integrada por los Títulos:

I, en el que se formulan las *disposiciones generales* de la Ley referidas a su objeto, ámbito de aplicación y definiciones;

II, donde se contienen los *principios* de la protección de datos con referencia expresa a las exigencias de: calidad de los datos, información y consentimiento de los afectados, protección especial de datos sensibles y relativos a la salud, seguridad de los datos, deber de secreto y garantías para la comunicación de los mismos y el acceso por cuenta de terceros;

III, referido a los *derechos* que dimanán del reconocimiento de la libertad informática y que se desglosan en: la impugnación de valoraciones basadas exclusivamente en datos automatizados, y en las facultades de información, acceso, rectificación y cancelación. Asimismo se consignan los instrumentos para la tutela de esas facultades y el derecho a la indemnización.

2) Una *parte especial u orgánica* en la que se establecen los mecanismos organizativos y/o institucionales a que deben acomodarse o que deben supervisar el funcionamiento de las bases de datos a fin de garantizar la libertad informática. Se incluyen aquí los Títulos:

IV, que prevé unas *Disposiciones sectoriales* para reglamentar los *Ficheros de titularidad pública* (Capítulo I) donde se contemplan los requisitos para su creación, modificación o suspensión, los supuestos de cesión de datos entre las Administraciones Públicas, el régimen de ficheros de los cuerpos de seguridad y las excepciones a los derechos; y los *Ficheros de titularidad privada* (Capítulo II) que contiene previsiones normativas en orden a su creación, notificación e inscripción registral, comunicación de cesión de datos, régimen de datos incluidos en las fuentes de acceso público, prestación de servicios de tratamiento automatizado de datos personales o sobre solvencia patrimonial y crédito, ficheros con fines publicitarios y de prospección comercial, censo promocional, así como los códigos tipo para la estructura, funcionamiento, seguridad y garantías de los ficheros privados.

V, que disciplina el *movimiento internacional de datos* y donde se acoge, de forma implícita, el principio básico de reciprocidad del Convenio 108 de protección de datos personales del Consejo de Europa, que supedita el flujo internacional de datos, necesario para el desa-

rollo cultural, económico y de la seguridad mutua de los Estados, a la existencia en el país receptor de los datos personales de garantías similares a las del trasmisor, en este caso a las que se establecen en la LOPRODA; salvo excepciones motivadas por acuerdos internacionales, o se trate de prestar o solicitar auxilio judicial o sanitario internacional, o se refiera a transferencias dinerarias conforme a su legislación específica.

VI, donde se regula la naturaleza y régimen jurídico de la *Agencia de Protección de Datos*, y se especifican las competencias de su Director, del Consejo Consultivo y el objeto del Registro General; al tiempo que se prevén las relaciones de esta institución con las correspondientes de las Comunidades Autónomas.

VII, íntegramente consagrado a tipificar el sistema de *infracciones y sanciones* previstos por la LOPRODA. Se trata de un conjunto de supuestos genéricos de responsabilidad administrativa por infracciones, leves, graves y muy graves, que pueden dar lugar a sanciones disciplinarias, para responsables de ficheros públicos, o pecuniarias en el caso de ficheros privados. En ambos supuestos, para infracciones muy graves, se contempla la posibilidad de inmovilizar los ficheros .

4. LAS OPCIONES LEGISLATIVAS DE LA LOPRODA

Para analizar los aspectos más interesantes y polémicos de la LOPRODA, confrontaré su texto con las grandes opciones legislativas que, en trabajos anteriores ¹⁷, he considerado como informadoras de las normas sobre protección de datos personales:

1) Elección entre un modelo de *ley única y global* (denominada por la doctrina norteamericana *Omnibus Act*) o por una serie de *leyes particulares sectoriales* para distintos aspectos de la tecnología de la información y de la comunicación que requieren una reglamentación peculiar (*sector by sector* en la terminología anglosajona). En este aspecto parece más oportuna una solución *mixta*, tendente a conjugar una disciplina unitaria con un marco jurídico adaptado a las exigencias de determinados aspectos jurídicos (responsabilidad penal, archivos públicos, datos estadísticos, sanitarios...) o tecnológicos específicos (telecomunicaciones, videotex, transferencia electrónica de fondos...).

La LOPRODA parece inclinarse por este sistema mixto, pero no resuelve todos los problemas de concordancias, reiteraciones y antinomias que pueden surgir en este sector de nuestro ordenamiento jurídico. Al entrar en vigor la nueva Ley de protección de datos su normativa coexistirá con una serie de leyes sectoriales y dispersas (en

¹⁷ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «Libertad informática y leyes de protección de datos personales», cit., pp. 152 ss.

materia: civil, penal, tributaria, sanitaria, estadística, o de telecomunicaciones) en cuyo articulado se contienen disposiciones sobre el uso de la informática en relación con los derechos fundamentales. Ello puede dar lugar a solapamientos, reiteraciones y contradicciones (antinomias) que debieran ser previstos y evitados.

La LORTAD había derogado expresamente, en su Disposición derogatoria, la normativa de tutela civil de la intimidad establecida, de forma transitoria, en la ley 1/1982 de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La LOPRODA, aunque no contiene ninguna referencia explícita sobre el particular, por haber derogado a su vez a la LORTAD, parece que debe ser considerada como el marco normativo de tutela frente a los atentados civiles contra la intimidad perpetrados a través de medios informáticos.

La LOPRODA contiene una remisión a la legislación estadística [art. 2.3.b)] y sanitaria de protección de datos [arts. 8 y 11.2.f)]. Pero no se ha planteado la articulación del régimen de sanciones administrativas previstas en la LOPRODA con las sanciones penales que para las infracciones informáticas más graves a la intimidad se prevén en el vigente Código Penal (art. 197 ss.). Tampoco existe alusión expresa a las disposiciones sobre protección de datos personales contenidas en la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública (art.13); y de la Ley 31/1987 de Ordenación de las Telecomunicaciones (arts. 2.2 y 5.4), así como, de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (Exposición de Motivos, arts. 37, 50 y 54.3) ¹⁸. En otros ámbitos normativos con incidencia en la protección de datos sí se ha producido una remisión específica de la LOPRODA, que establece la modificación del artículo 112.4 de la Ley General Tributaria (disposición adicional cuarta), así como del artículo 24.3 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (disposición adicional sexta).

La LOPRODA hubiera debido establecer, por imperativos de seguridad jurídica, una ordenación armonizadora de todas las reglamentaciones sectoriales y dispersas existentes en nuestro ordenamiento en materia de protección de datos. Este tipo de disposiciones han sido denominadas por Mario G. Losano, *normae fugitivae*, «pues encontrándose allí donde no deberían, no son fáciles de hallar, organizando una fuente de problemas legislativos incluso graves» ¹⁹.

¹⁸ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «Panorama general de la legislación española sobre protección de datos», en el vol. col., «Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información. Encuentro 1991», Fundación Citema, Madrid, 1992, pp. 25 ss. También deberá tenerse presente la normativa comunitaria europea en la materia, vid. sobre ello los trabajos citados en la nota 30.

¹⁹ LOSANO, M. G., «Los Proyectos de Ley italianos sobre la protección de los datos personales», en el vol. col., «Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica» (Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), ed. a cargo de A. E. Pérez Luño, Tecnos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987, p. 279.

2) Decisión en favor de textos normativos integrados por *disposiciones casuísticas y pormenorizadas* o por una técnica legislativa de *cláusulas o principios generales*. Este último procedimiento es particularmente aconsejable para regular materias que, como la informática, se hallan inmersas en los constantes cambios e innovaciones tecnológicas. De este modo, la reglamentación legal a partir de unos standards flexibles evita la necesidad de introducir variaciones constantes en las normas y permite a los órganos encargados de su aplicación (tribunales, comisiones, comisarios o agencias...) adaptar los principios a las situaciones que sucesivamente se presenten.

La LOPRODA parece querer responder a esa orientación presentándose como un texto de principios básicos y remitiendo a la vía reglamentaria la concreción de gran parte de su contenido. Este sistema cuenta a su favor con su idoneidad para favorecer la actualización constante y necesaria de los principios de la Ley Orgánica, sin necesidad de recurrir a su modificación²⁰. Su principal riesgo reside en degradar el rango jerárquico de las normas que deben regular aspectos jurídicos fundamentales vinculados al ejercicio de la libertad informática. No puede tampoco soslayarse el peligro de degradación del *status* de garantías jurídicas de la libertad informática, que dimana de las facultades normativas omnímodas y ampliamente discrecionales que ello comporta en favor de la Agencia de Protección de Datos.

No huelga tampoco advertir, que el reconocimiento de una amplia parcela de autonomía en los ficheros del sector privado, a través de la posibilidad de elaborar códigos tipo deontológicos (art. 32), tiende también a facilitar la adaptación de los principios normativos básicos de la LOPRODA a las constantes transformaciones tecnológicas.

3) Preferencia por un modelo de tutela *estática*, basado en la «calidad» de las informaciones, o bien por un sistema de protección *dinámica*, centrada en el control de los programas y su utilización. Sobre esta disyuntiva conviene tener presente que la experiencia de estos últimos años sobre la aplicación de las leyes de protección de datos ha puesto de relieve, de un lado, la dificultad de establecer un catálogo exhaustivo de los datos real o potencialmente «sensibles», y de otro, la evidencia de que cualquier información, en principio neutra o irrelevante, puede convertirse en «sensible» a tenor del uso que se haga de la misma, todo ello sin desconocer la importancia que

²⁰ Para el desarrollo reglamentario de la LORTAD se promulgaron sucesivamente: el R.D. 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos; el R.D. 1332/1994, de 20 de junio, que desarrolló determinados aspectos de la LORTAD; y el R.D. 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprobó el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal. La Disposición transitoria tercera de la LOPRODA mantiene la vigencia de estos textos reglamentarios hasta tanto se lleven a efecto las disposiciones reglamentarias específicas de desarrollo de la LOPRODA, a las que alude su Disposición final primera y siempre que las subsistentes no se opongan al contenido de la misma.

reviste la protección de determinado tipo de datos, en razón de su «calidad», es decir, por su inmediata referencia a la intimidad o el resto de las libertades.

La LOPRODA ha optado aquí por una solución sincrética que combina la tutela estática en función de los datos sensibles (art. 7), con la tutela dinámica a través de la Agencia de Protección de Datos (arts. 37 y 40). Respecto a los primeros hay que reprochar a la LOPRODA el haber planteado la tipificación de las informaciones especialmente sensibles en función de la ideología, religión o creencias expresadas en el artículo 16 de la Constitución española; cuando resultaba mucho más completo y pertinente haber tomado como punto de referencia el artículo 14 de la propia Constitución que previene cualquier actividad discriminatoria –hay que entender que también las realizadas a través de la informática– por razones de «nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social».

En relación con la *Agencia de Protección de Datos*, ente de Derecho público sobre el que gravita la implementación de la LOPRODA y de sus garantías, hay que decir de inmediato que constituye uno de los aspectos más negativos e insatisfactorios de la Ley. Suscita perplejidad y estupor que la Ley 15/1999 proclame la «plena independencia» de su Director (art. 36.2). Conviene señalar al respecto que, a diferencia de lo que es norma habitual en el Derecho comparado de los *Ombudsmen* especializados en la protección de datos (el caso de los *Datenschutzbeauftragter* de las leyes germanas, en las que parece haberse inspirado la LOPRODA, es bien elocuente)²¹, el Director no es nombrado por el Parlamento, sino por el Gobierno a quien también corresponde su cese (art. 36). Además, a diferencia de los *Ombudsmen* para la protección de datos extranjeros que presentan sus informes anuales (muy importantes para conocer el «quién es quién» en materia de agresiones a las libertades informáticas) a las Cámaras representativas, el Director español lo deberá hacer ante Ministerio de Justicia [art. 37. k)]. Ello condiciona gravemente la neutralidad y la propia credibilidad de esa institución, que aparece como un mero delegado gubernativo para la informática. La propia opción terminológica de la LOPRODA abona esa impresión. Así, frente a otras posibles denominaciones ligadas a la figura del *Ombudsman*, tales como las de Defensor, Comisario, Comisionado, Mediador..., la expresión «Director de la Agencia» evoca la transposición mimética de la noción norteamericana de *Government Agency* y refuerza la orientación gubernamental que sugiere esta institución.

²¹ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las N. T. de la información», Fundesco, Madrid, 1987, pp. 149 ss.; íd., «La Contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo», en *Anuario de Derechos Humanos*, tomo 4, 1987, Homenaje a Joaquín Ruiz Giménez, pp. 259 ss.

No más indulgente es el juicio que merece la representatividad del órgano colegiado, que asesora al Director de la Agencia en calidad de Consejo consultivo (art. 38). De los nueve miembros que lo integran, cinco proceden de instituciones políticas (un diputado, un senador, un representante de la Administración Central, designado por el Gobierno, un representante de la Administración Local, propuesto por la Federación Española de Municipios y Provincias, un representante de cada Autonomía que haya creado una agencia de protección de datos) y los cuatro restantes representan a instituciones culturales e instancias cívicas (un miembro de la Real Academia de la Historia, un experto en la materia, propuesto por el Consejo Superior de Universidades, un representante de los usuarios y consumidores y un representante del sector de ficheros privados).

Esta composición del Consejo Consultivo parece querer responder a un criterio de representatividad ponderada de distintos sectores públicos y privados con interés en la garantía de la protección de datos. No obstante, en una democracia parlamentaria, como lo es la española, en la que el Gobierno emana de las opciones políticas mayoritarias, este procedimiento de elección de los miembros del Consejo puede dar lugar a que se produzca una hegemonía fáctica y decisiva de esa mayoría parlamentaria en los cinco miembros políticos del Consejo y, en consecuencia, en la labor del Consejo Consultivo en su conjunto. A ello se añade el desequilibrio que supone que se incluya una representación del sector empresarial de ficheros privados, pero no la de los sindicatos o asociaciones de técnicos informáticos. Asimismo, hubiera sido deseable la presencia de representantes de otras Reales Academias como las de Ciencias Morales y Políticas y la de Jurisprudencia y Legislación, o de un representante de los Colegios de Abogados en dicho órgano consultivo.

Se criticó, respecto de la LORTAD, en opinión que compendia con exactitud las inquietudes que suscita este ente de Derecho Público, que: «la Agencia de Protección de Datos ha nacido con una aureola de misterio, debido, fundamentalmente, a redacciones y definiciones ambiguas en su regulación. Quizá ahora lo más pertinente sea que el propio órgano de control disipe con diligencia y eficacia las dudas planteadas ante su configuración»²². Estas apreciaciones críticas son cabalmente predicables respecto de la LOPRODA, que en este, como en otros muchos aspectos, se limita a reproducir la reglamentación contenida en la LORTAD.

²² CASCAJO CASTRO, J. L., «Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal», cit., p. 374. Con respecto a los propósitos de la etapa inicial de la Agencia resulta de interés el trabajo de su primer Director J. J. Martín Casallo, «Agencia de Protección de Datos: qué es y qué finalidad persigue», en *Actualidad Informática Aranzadi*, 1994, núm. 13, pp. 1-2; para un estudio más amplio y pormenorizado del funcionamiento de la Agencia, *vid.*: De ASÍS ROIG, A. E., «La actividad sancionadora de la Agencia de Protección de Datos», en *Actualidad Informática Aranzadi*, 1997, núm. 22, pp. 1 ss.

Tiende también a reforzar la perspectiva dinámica del sistema tutelar implantado por la LOPRODA, su definición y regulación de los ficheros y tratamientos de datos, que, como he indicado, no se hallan concebidos como meros depósitos de informaciones, sino como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados y que son susceptibles, si llegasen a conectarse entre sí, de configurar un *perfil de la personalidad*. Como he tenido ocasión de indicar *supra*, la LOPRODA, en cuanto integrante de las normas de protección de datos de la tercera generación, se propone establecer un sistema funcional y dinámico de tutela, que permita a los ciudadanos la impugnación de las valoraciones personales derivadas de usos indebidos de ficheros y tratamientos informatizados.

4) Opción entre restringir la disciplina de los bancos de datos personales a aquellos que pertenecen al *sector público* o extenderla también a los que operan en el *sector privado*. En este punto conviene recordar la admisión paulatina, en la doctrina y la jurisprudencia sobre los derechos fundamentales, del principio de su *Drittwirkung*, o sea, de su eficacia ante terceros o en relaciones entre particulares. En la fase correspondiente a los derechos de la primera generación se consideraba que estos sólo eran ejercitables ante los poderes públicos, que tradicionalmente habían sido sus principales violadores. No obstante, en las generaciones sucesivas de derechos fundamentales se amplió su incidencia al plano de las relaciones privadas, al adquirirse conciencia de que también en ellas pueden surgir situaciones de amenaza y agresión para el disfrute de las libertades. De forma análoga, las leyes de protección de datos de la primera generación tendieron, sobre todo a posibilitar el control de los sistemas automatizados administrativos. Con posterioridad pudo comprobarse que el peligro podía también proceder de los bancos de datos privados (grandes multinacionales, agencias de información y de crédito...) y que urgía evitar situaciones de impunidad para quienes producían este daño a las libertades y de indefensión de quienes son sus víctimas. Ello hace aconsejable una disciplina de todos los bancos de datos personales, con independencia de su titularidad pública o privada, introduciendo en la reglamentación aquellas salvedades que se estimen convenientes.

Estas consideraciones pueden también hacerse extensivas a la conveniencia de que la norma de protección de datos haga llegar sus instrumentos de garantía no sólo a los sistemas automatizados, sino también a los archivos o registros manuales referidos a informaciones personales, introduciendo aquí también las eventuales especificaciones.

La LOPRODA acoge estas directrices al conjugar la protección de datos personales recogidos en ficheros públicos y privados, estableciendo un diferente sistema de garantías. Quizá en este punto la principal objeción que pudiera hacerse a la Ley es la patente debilidad del sistema de tutela de los bancos de datos privados respecto a los que

operan en el sector público. Mientras que para la creación o modificación de estos últimos se exige una norma general publicada sometida a control jurisdiccional, y se hallan sometidos al control y tutela de los entes u órganos públicos de los que dependen, así como al de los Defensores del Pueblo estatal y, en su caso, autonómicos y al de la Agencia de Protección de Datos; los ficheros privados quedan sólo sometidos a la supervisión de dicha Agencia. Como he indicado las agresiones de este sector no son menores que las que provienen del poder, por lo que la diferencia de regímenes de protección no tendría porque traducirse en merma de los instrumentos de garantía frente a los abusos perpetrados desde la esfera de los grandes intereses económicos privados.

La LOPRODA acoge la posibilidad de extender la aplicación de su sistema de garantías a los ficheros convencionales [(art. 2.1; 3.b) y c) y disposición adicional primera].

5) Delimitación de un ámbito subjetivo de tutela restringido a las *personas físicas* o ampliado a las *personas jurídicas*. La primera alternativa es la que cuenta con mayor número de precedentes en el Derecho comparado de la protección de datos. Esto se debe a que, inicialmente, esta legislación fue pensada para proteger la intimidad y las libertades individuales, así como a las dificultades que suponía extender este sistema a las personas jurídicas. Ahora bien, a medida que el proceso de datos se proyecta a las empresas, a las instituciones y asociaciones, se hace cada vez más evidente la conveniencia de no excluir a las personas jurídicas del régimen de protección que impida o repare los daños causados por la utilización indebida de informaciones que les conciernen. En efecto, la defensa de la intimidad y los demás derechos fundamentales no es privativa de los individuos, sino que debe proyectarse a las formaciones sociales en las que los seres humanos desarrollan plenamente su personalidad. De ahí, que al converger intereses sociales, jurídicos y políticos resulte más conveniente la exigencia de reconocer a las personas colectivas el derecho fundamental a la protección de los datos que les conciernan. Todo ello de acuerdo con la tendencia hacia la ampliación de las formas de titularidad que constituye uno de los rasgos caracterizadores de la tercera generación de derechos ²³.

²³ Cfr. CRUZ VILLALÓN, P., «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, núm. 35, pp. 63 ss. Sobre el distinto alcance de la titularidad en los derechos humanos y en los derechos fundamentales, vid. PÉREZ LUÑO, A. E., «Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos», en curso de publicación en el vol. col., «¿Hay derechos colectivos?», Universidad Carlos III de Madrid. Conviene advertir que el sujeto titular de los derechos humanos es siempre la persona física individual; en cambio los derechos fundamentales, en su condición de derechos humanos positivizados, sí admiten formas de titularidad colectiva. Por ello, no existe inconveniente en predicar la titularidad de las personas jurídicas respecto al derecho fundamental a la libertad informática.

Haciéndose eco de estas exigencias la norma italiana de protección de datos, es decir, la Ley n. 675, de 31 de diciembre de 1996, se denomina y define como norma de: «*tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*». Dicha norma orienta su finalidad a la protección de las libertades y derechos de las personas físicas, en particular de su intimidad e identidad personal, y asimismo de los derechos de las personas jurídicas y otros entes o asociaciones (art. 1). Fiel a tal propósito define los «datos personales» como las informaciones relativas a personas físicas o jurídicas identificables, aunque sea indirectamente, e incluyendo el número de identificación personal [art. 2.c)]. De ahí, que a los efectos de esa ley, se definan como sujetos «interesados» a las personas físicas, las personas jurídicas, entes o asociaciones a las que se refieran los datos [personales [art. 2.f)].

En este aspecto se pueden considerar menos innovadores, que la norma italiana, el Convenio 108 del Consejo de Europa, y la Directiva europea 95/46. Ambos textos coinciden en limitar a las personas físicas, con exclusión de las jurídicas, la titularidad de la protección. El Convenio, pese a establecer un sistema protector cuya titularidad como regla quedaba circunscrita a las personas físicas, abría la posibilidad de que cada uno de los Estados parte pudiera ampliar su régimen de tutela a las personas y entes colectivos [art. 3.2.b)]; posibilidad que ha hallado eco en la precitada ley italiana. La Directiva impide la posibilidad de hacer extensiva a las personas jurídicas el ámbito de su tutela al indicar expresamente que: «las legislaciones relativas a la protección de las personas jurídicas respecto del tratamiento de los datos que las conciernan no son objeto de la presente Directiva» (Considerando 24). Esta restricción se halla confirmada en el artículo 1.1 en el que se establece el objeto de la Directiva circunscrito en la protección de los datos de las personas físicas, así como en el artículo 2.a en el que se definen los datos personales como informaciones referentes a una persona física identificada o identificable

La LORTAD, al igual que en lo concerniente a los ficheros manuales, preveía en el Proyecto inicial remitido por el Gobierno a las Cortes²⁴ la posibilidad de extender su sistema de protección, pensado básicamente para las personas físicas, a las jurídicas (disposición final tercera). No obstante, tras el debate parlamentario, fue suprimida esta posibilidad, que ya no se incluyó en el texto definitivamente promulgado de la LORTAD, por lo que, en este punto, pudiera afirmarse que la reforma introducida por las deliberaciones de las Cámaras se tradujo en una manifiesta *reformatio in peius*.

La LOPRODA ha mantenido también en este punto el criterio restrictivo de la titularidad del derecho fundamental a la libertad informá-

²⁴ Dicho texto fue publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados» núm. 59-1, de 24 de julio de 1991.

tica, al limitarlo a las personas físicas. De forma expresa, cuando delimita su objeto (art. 1) así como al establecer la definición de los «datos de carácter personal» (art. 3.a), y el concepto de «afectado o interesado» (art. 3.e), circunscribe su ámbito de tutela a las personas físicas.

Especial interés reviste, como fórmula para paliar ese régimen restrictivo, el artículo 200 del Código Penal de 1995 que extiende a las personas jurídicas la tutela penal de la intimidad, cuando se descubren o revelan datos reservados de personas jurídicas sin el consentimiento de sus representantes legales. En este supuesto el nuevo Código Penal corrige uno de los aspectos más insatisfactorios de la vigente LOPRODA. De este modo, se podrá evitar la indefensión de las personas jurídicas ante tratamientos indebidos de sus datos. Pero ello puede determinar que se tramiten por vía penal la defensa de intereses colectivos que hubieran debido tutelarse en la LOPRODA, contrariando el principio de «intervención mínima» invocado en su Exposición de Motivos como uno de los principios inspiradores de nuestro nuevo Código Penal.

5. ¿FICHEROS ROBINSON O FICHEROS PECERA?

Un aspecto de la LOPRODA que merece consideración a parte es el referido a sus soluciones normativas para prevenir y sancionar los riesgos que, en orden a la intimidad de los datos personales, se derivan de las prácticas abusivas del *correo electrónico* y del *tráfico de datos*; peligros a los que aludía al iniciar estas consideraciones.

Vivimos en una sociedad en la que la información es poder y en la que ese poder se hace decisivo cuando, gracias a la informática, convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas. La información ha devenido símbolo emblemático de una sociedad que se designa a sí misma como sociedad de la información o sociedad informatizada. En esa situación no sería lícito negar a los *poderes públicos* el empleo de las nuevas tecnologías de la información. En las sociedades avanzadas y complejas del presente la eficacia de la gestión administrativa, la erradicación de actividades antisociales y delictivas cada vez más sofisticadas y la propia moralización de la vida cívica exigen contar con un amplio y organizado sistema informativo. Pero ello no debe implicar que los ciudadanos queden inermes ante el inventario, utilización y transmisión de datos que afecten a su intimidad y al ejercicio de sus derechos.

De modo análogo, en la *esfera privada*, una vez convertida la información en protagonista del nuevo «sector cuaternario», ahora añadido a los tres sectores económicos tradicionales, se ha desatado la fiebre del acopio de datos. Las sociedades y empresas de hoy miden su dinamismo y empuje por la cantidad y calidad de sus informaciones. La trascendencia económica de la información ha generado un apetito insaciable de obtenerla por cualquier medio y a cualquier pre-

cio y es directamente responsable de determinadas prácticas abusivas que hoy, por desgracia, acechan el libre ejercicio de la privacidad en nuestra vida cotidiana.

Para justificar la espiral de datos personales de las agencias de información comercial y financiera se ha llegado incluso a la perversión del lenguaje. Así se alude ahora a los denominados «ficheros Robinson», en los que deberían inscribirse aquellos ciudadanos que no quieran ver perforada su privacidad por la recepción de propaganda no deseada, quedando, de este modo, a salvo del mercado «blanco» o «negro» de archivos de información. Ya el nombre de esos ficheros denuncia parcialidad del juicio. Supone que el ciudadano normal es el que acepta gustoso la contaminación de su vida privada por los intereses consumistas de los mercaderes de publicidad. El ciudadano insólito será aquel que se obstina en salvaguardar su derecho fundamental a la intimidad y se autoconfina en un aislamiento paragonable al sufrido por Robinson en su isla solitaria. Podría objetarse a este torpe mensaje ideológico subliminal que precisamente son las sociedades tecnológicas del presente las que han dado origen al fenómeno de las «muchedumbres solitarias» de seres gregarios, espectadores inertes y manipulados por y desde mil formas de propaganda. Todavía es más importante aducir que en un Estado de Derecho ningún ciudadano debe verse obligado a inscribirse en un archivo adicional de datos, para que sean respetados sus derechos y libertades. Parecería grotesco que, en una sociedad democrática, el respeto de la dignidad, de la libertad personal o de conciencia, o el secreto de las comunicaciones quedara limitado a aquellos ciudadanos que expresamente lo solicitasen. Por idéntica inferencia, no deben ser los ciudadanos normales que quieren ejercer su derecho constitucional a la intimidad, sino quienes deseen hacer dejación de este derecho, los que se inscriban en listas o ficheros.

El ciudadano de la sociedad tecnológicamente avanzada sabe que existen los medios para que su formación escolar y universitaria, sus operaciones financieras, su trayectoria profesional, sus hábitos de vida, viajes y esparcimientos, sus preferencias adquisitivas comerciales, su historia clínica, o sus propias creencias religiosas y políticas se hallen exhaustivamente registradas en bancos de datos informatizados susceptibles de ser cruzados, y ofrecer así un perfil completo de la personalidad. Tal situación ha dado origen al denominado «síndrome de la pecera», es decir, la psicosis que aqueja a los ciudadanos de vivir en una casa de cristal en la que todas las acciones pueden espiadas y controladas. Por ello, en aras de la clarificación de las cosas, sería deseable que los ficheros de quienes expresamente no desean ver tutelada su intimidad respecto al tráfico de sus datos personales se denominasen «ficheros pecera», expresión mucho más próxima a su auténtico significado que el equívoco apelativo de «ficheros Robinson».

¿Cuál es la respuesta aportada por la LOPRODA para poner coto a esta situación? Vaya por delante que tampoco en este punto la Ley se

muestra a la altura de las expectativas de los ciudadanos mas sensibles en la tutela de sus datos personales. En primer lugar, la LOPRODA exceptúa del ámbito de su tutela: «A los ficheros de información tecnológica o comercial que reproduzcan datos ya publicados en boletines, diarios o repertorios oficiales». La LOPRODA define como «fuentes accesibles al público» y, por tanto, como depósitos de datos que no tienen carácter personal: «aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación» (art. 3.j). Según dicho precepto tienen la consideración de fuentes de acceso público: el censo promocional, los repertorios telefónicos y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación.

La LOPRODA, tras establecer el principio general y básico de que cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero (art. 5.4); deja sin efecto esta garantía en aquellos supuestos en que «los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, en cuyo caso, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten» (art. 5.5).

Al regular el régimen de uso de los datos contenidos en las fuentes de acceso público, la LOPRODA dispone, en lo fundamental, que los datos personales que figuren en el censo promocional, o las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales, deberán limitarse a los que sean estrictamente necesarios para cumplir la finalidad a que se destina cada listado. «La inclusión de datos adicionales por las entidades responsables del mantenimiento de dichas fuentes requerirá el consentimiento del interesado, que podrá ser revocado en cualquier momento» (art. 28.1). Asimismo, se prescribe que «los interesados tendrán derecho a exigir gratuitamente la exclusión de la totalidad de sus datos personales que consten en el censo promocional por las entidades encargadas del mantenimiento de dichas fuentes» (art. 5.2) ²⁵.

²⁵ La LOPRODA regula, el censo promocional, en los siguientes términos: «Quienes pretendan realizar permanente o esporádicamente la actividad de recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial u otras actividades análogas, podrán solicitar del Instituto Nacional de Estadística o de los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas una copia del censo promocional, formado con los datos de nombre, apellidos y domicilio que constan en el censo electoral» (art. 31.1). El plazo de vigencia para el uso de dicho censo será de un año. Transcurrido el plazo citado, la lista perderá su carácter de fuente de acceso público (art. 31.2). La LOPRODA remite a la vía reglamentaria la fijación de los procedimientos mediante los que los interesados podrán solicitar no aparecer en el censo promocional. Entre tales procedimientos, que serán gratuitos para los interesa-

Se prevé, asimismo, el régimen jurídico de los tratamientos con fines de publicidad y de prospección comercial. La Ley 15/1999 determina que quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilizarán nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento. Si esos datos proceden de fuentes accesibles al público, en cada comunicación que se dirija al interesado se informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten. Al ejercitar su derecho de acceso los interesados tendrán la facultad de conocer el origen de sus datos de carácter personal, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos. Los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud (art. 30).

Son varias e importantes las objeciones críticas que pueden argumentarse respecto a ese planteamiento normativo. Me limitaré a exponer las dos que me parecen de mayor entidad. La primera se refiere a que esta disciplina contradice, de manera flagrante, el principio fundamental en la protección de datos de la *finalidad* (consagrado en el art. 4. 1 y 2 de la propia LOPRODA); ya que no es aceptable que informaciones recabadas y publicadas en función de intereses colectivos y sociales puedan ser incontrolada e impunemente utilizadas para fines e intereses privados comerciales y, por tanto, ajenos a aquellos que justificaron su recogida y su publicidad. La segunda a que acoge implícitamente la peligrosa y nociva filosofía subyacente a la práctica de los «ficheros Robinson». La LOPRODA invierte la carga de la prueba, al exigir del ciudadano que desea ver salvaguardada su vida privada la actuación expresa tendente a la defensa de su derecho, en lugar de hacerla recaer en las empresas que realizan la actividad, las cuales debieran probar que existe una autorización previa de cuantas personas figuran en sus bases de datos de información comercial. Todo ello, contradice los principios de la información previa y del consentimiento de las personas concernidas proclamado en la LOPRODA (arts. 5 y 6) y entraña el consiguiente riesgo de conculcar la interpretación lógica y sistemática del artículo 18 de la Constitución, al implicar un manifiesto e injustificado menoscabo del derecho fundamental a la intimidad.

Una modalidad insoslayable de marketing directo, de actualidad y agresividad creciente en su asedio a la vida privada, es la que se vehi-

dos, se incluirá el documento de empadronamiento. Asimismo, se prevé que trimestralmente se editará una lista actualizada del censo promocional, excluyendo los nombres y domicilios de los que así lo hayan solicitado (art. 31.3).

cula a través de Internet. Son cada vez más numerosas las empresas que utilizan la red para enviar cantidades masivas de propaganda y mensajes publicitarios al buzón del correo electrónico de miles de cibernautas, llegando en ocasiones a bloquear el servicio. Los destinatarios de esa publicidad se ven obligados a malgastar un tiempo y un esfuerzo baldíos, quedando inermes ante esas prácticas publicitarias abusivas, que se realizan con plena impunidad. Para reglamentar esa situación el Ministerio de Ciencia y Tecnología ha elaborado un Anteproyecto de Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, con fecha de 18 de enero de 2001. En dicho texto, se prevé que las comunicaciones de marketing por correo electrónico *no solicitadas* deben llevar una indicación que hagan referencia inequívoca a su carácter publicitario (art. 22). Al propio tiempo, se reconoce la posibilidad de que los titulares de cuentas de correo electrónico se opongan a la recepción de mensajes publicitarios a través de la red, inscribiéndose en listas de exclusión, que deberán ser respetadas por las empresas de marketing electrónico (art. 23). Este anteproyecto corrobora la implantación general de un sistema tan provechoso para los intereses comerciales, como insatisfactorio para la tutela de la intimidad, como el que se desprende de la utilización de los «ficheros Robinson»²⁶.

6. CORSI E RICORSI DE LA LOPRODA

Ha adquirido notoriedad la idea de Giambattista Vico a tenor de la cual la historia se resuelve en una sucesión cíclica de «*corsi e ricorsi*»²⁷; es decir, en una serie de avances y retrocesos que jalonan el devenir cultural de la humanidad. Esos avances y retrocesos se manifiestan también en la historia de las normas e instituciones jurídicas y, en concreto, puede ser predicado respecto del alcance general de la LOPRODA.

La LOPRODA ha representado un *avance* en la delimitación de las garantías jurídicas tendentes a la protección de datos personales.

²⁶ GONZÁLEZ-TABLAS SASTRE, R., «Datos informáticos y marketing directo», ponencia dada en El Escorial en el curso «Intimidad y asedio informático», 1998, organizado por la Fundación General de la Universidad Complutense. En esta Ponencia se abordaba el tema de si la autorregulación profesional es una garantía suficiente en la práctica del marketing directo; enfocándose la tensión entre los derechos constitucionales a la intimidad y a la libertad de empresa. Cfr. sobre el significado jurídico de Internet, PÉREZ LUÑO, A. E., «Internet navegaciones y abordajes», en *La Ley* (Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía), 1997, pp. 1 ss.; íd., «Impactos sociales y jurídicos de Internet», en *Argumentos de razón técnica*, núm. 1, 1998, pp 33 ss.; íd., «Aspectos y problemas jurídicos de internet», en el vol. col., a cargo de Javier de Lorenzo, «Medios de comunicación y sociedad: de información, a control y transformación», Consejo Social de la Universidad de Valladolid, 2000, pp. 107 ss.

²⁷ VICO, G. D., «Scienza nuova seconda», 1730, capov. 915 ss.

No obstante, al propio tiempo, ha entrañado un *retroceso* en las expectativas legítimamente forjadas en la ciudadanía sobre la amplitud y eficacia del derecho a la libertad informática que dimana del artículo 18.4 de nuestra vigente Constitución, texto pionero junto al portugués en el reconocimiento de tal derecho en el constitucionalismo actual comparado.

La LOPRODA presenta en su *haber*, como uno de sus logros más significativos, la definición de los *principios básicos* que informarán la actuación de los bancos de datos automatizados que procesen informaciones personales (arts. 4 a 12). Entre los mismos figuran los de la *calidad* de los datos (deberán ser adecuados y pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido); la *transparencia* (que exige informar a los afectados por la recogida de datos personales sobre la finalidad, obligatoriedad, consecuencias y derechos que implica su tratamiento automatizado); el *consentimiento* (como garantía de los afectados que es requisito general para cualquier proceso informatizado de datos personales); la protección reforzada de los *datos sensibles* (informaciones que hacen referencia a convicciones personales o datos susceptibles de engendrar tratos discriminatorios por motivos de raza, salud, vida sexual...); la tutela especial de los datos relativos a la *salud*; la *seguridad* (frente a la alteración, pérdida o acceso indebido a los datos personales); el *secreto* (que obliga a no revelar las informaciones personales a quienes intervienen en cualquier fase de su tratamiento automatizado); la *cesión* (limitada al uso para fines legítimos y con el previo consentimiento del afectado); y las garantías para el acceso a los datos personales por cuenta de *terceros*.

El otro aspecto abiertamente positivo de la LOPRODA consiste en el reconocimiento y tutela jurídica de la *libertad informática* (a ello se consagran sus arts. 13 a 19). La libertad informática se concibe como el nuevo derecho de autotutela de la propia identidad informática. Su función se cifra en garantizar a los ciudadanos unas facultades de información, acceso y control de los datos que les conciernen. Dicha libertad informática ha sido concebida por la doctrina y la jurisprudencia germanas como un derecho a la autodeterminación informativa, que se refiere a la libertad para determinar quién, qué y con qué ocasión pueden conocer informaciones que conciernen a cada sujeto. En la situación tecnológica propia de la sociedad contemporánea todos los ciudadanos, desde su nacimiento, se hallan expuestos a violaciones de su intimidad perpetradas por determinados abusos de la informática y la telemática. La injerencia del ordenador en las diversas esferas y en el tejido de relaciones que conforman la vida cotidiana se hace cada vez más extendida, más difusa, más implacable. Por ello, al tradicional *habeas corpus* corresponde en las sociedades tecnológicas del presente el *habeas data*. El *habeas data* constituye, en suma, un cauce o acción procesal para salvaguardar la libertad informática, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, a la que en los de la primera gene-

ración correspondió al *habeas corpus* respecto a la libertad física o de movimientos de la persona. No es difícil, en efecto, establecer un marcado paralelismo entre la «facultad de acceso» en que se traduce el *habeas data* y la acción exhibitoria del *habeas corpus* ²⁸.

Pero junto a estos avances innegables, hay que apuntar en el *debe* de la LOPRODA determinados fallos e insuficiencias que no pueden ser soslayados. Así, quizá el aspecto más discutible e inquietante de la Ley Orgánica 15/1999 sea el de sus constantes y significativas *excepciones*, que limitan el alcance práctico del ejercicio de las libertades informáticas. Los constitucionalistas y, en especial, los estudiosos de los derechos fundamentales, suelen criticar la práctica desvirtuadora de algunos textos normativos que, tras solemnes y generosos reconocimientos de las libertades, recortan su ejercicio y las vacían de contenido al establecer un régimen de excepciones y limitaciones no menos generoso. Corresponde a Karl Marx el mérito de haber evidenciado esta práctica condenable en su crítica a la Constitución francesa de 1848. «Cada artículo de la Constitución –denunciaba Marx– contiene su propia antítesis, su propia Cámara alta y baja. En la frase general la libertad, en su explicación la anulación de la libertad. Por ello, mientras formalmente se respetase la libertad, aunque por vía legal se impidiera su ejercicio, la libertad quedaba intacta por más que se negase su significación común y popular» ²⁹.

Por ello, no puede dejar de suscitar inquietud el que la LOPRODA, tras proclamar las garantías en orden a la protección de datos y derechos de las personas, establezca excepciones relevantes referidas a: la información de los afectados (art. 5.3 y 5); a su consentimiento (art. 6. 2); a las garantías de los datos sensibles (art. 7.3 y 6); así como a la exigencia del consentimiento previo del interesado para la cesión de sus datos personales (art. 11.2). la posibilidad de que las Fuerzas de Seguridad del Estado puedan informatizar datos sensibles sin control judicial, fiscal o de la propia Agencia de Protección de Datos (art. 22.2 y 3). Se formulan también relevantes excepciones al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación (art. 23). Excepciones y límites que pueden afectar al contenido esencial de la garantía reconocida en el artículo 18.4 de la Constitución y sobre las que, por tanto, se cierne la sombra de la inconstitucionalidad ³⁰; sin mencionar aquí aquellos aspectos que, como

²⁸ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «Intimidad y protección de datos personales: del “habeas corpus” al “habeas data”», en «Estudios sobre el derecho a la intimidad», ed. a cargo de L. García San Miguel, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 36 ss.

²⁹ K. MARX, «Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte», en «Marx Engels Werke», Dietz, Berlin, 1978, vol. 8, p.

³⁰ Los comentarios críticos, sobre estos aspectos, referidos a la LORTAD son también predicables de la LOPRODA. Cfr. CASCAJO CASTRO, J. L., «Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal», cit. pp. 366 ss.; Lucas Murillo de la Cueva, P., «Informática y protección de datos personales», cit. pp. 99 ss.; así como el dictamen 179 del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña del que fue Ponente el Prof. F. de Carreras Serra, en «Dictámenes 1991/1992», vol. X, Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, Barcelona, 1993, pp. 285 ss. Debe tenerse presente, a efectos

de inmediato se tendrá ocasión de exponer, han sido expresamente declarados inconstitucionales.

También resulta cuestionable el sistema de garantías jurisdiccionales previsto por la LOPRODA. Así, el artículo 18.1 remite a la determinación por vía reglamentaria de las reclamaciones que puedan presentarse ante la Agencia de Protección de Datos por violación de sus disposiciones. Ello contraría la exigencia de reserva de ley que se infiere del artículo 53.1 de la Constitución española para regular los cauces procesales de tutela de los derechos fundamentales y, por tanto, del artículo 18.4 de la Constitución española. A ello se añaden las posibles dudas que pueden derivarse de cuanto dispone el apartado 4 de dicho artículo 18, al señalar que: «Contra las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos procederá recurso contencioso-administrativo». Esa «procedencia» debe entenderse que, en ningún caso, puede implicar la «improcedencia», o diferimiento del acceso al amparo judicial ordinario, a través del procedimiento preferente y sumario y, en su caso, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional previsto en el artículo 53.2 de la Constitución española para la protección reforzada de los derechos fundamentales incluidos en la Sección primera del Capítulo segundo de la Constitución española, entre los que se halla el consagrado en el artículo 18.4³¹.

de la determinación del *contenido esencial* del artículo 18.4, que debe ser respetado necesariamente en su desarrollo legislativo según establece el artículo 53.1 de la Constitución española, el carácter informador del Convenio 108 del Consejo de Europa sobre protección de datos personales. Tal exigencia se desprende del artículo 10.2 de la CE que, en orden a la interpretación de los derechos y libertades, establece la relevancia hermenéutica de los Tratados internacionales ratificados por España. Pero en este caso, la necesidad de hacer plenamente compatibles los textos del Convenio 108 y la LOPRODA viene determinada además por el hecho de que aquél, una vez ratificado (lo fue el 27 de enero de 1984) y publicado (en el BOE de 15 de noviembre de 1985) por España, se ha incorporado a su derecho interno (en virtud del art. 96.1 CE); según se ha tenido ocasión de exponer *supra* al comentar la STC 254/1993 en la nota 23. Por tanto, cualquier divergencia determinaría una antinomia en el seno de nuestro ordenamiento. A tal efecto, conviene recordar que el artículo 6 del Convenio 108 exige «garantías apropiadas» para el tratamiento automatizado de datos sensibles; garantías que la LOPRODA debilita con su amplia habilitación de excepciones. Es cierto que el Convenio admite excepciones a su sistema de derechos y garantías, pero sólo cuando ello «constituya una medida necesaria en una sociedad democrática» (art. 9.2), pero la noción de *necesidad* «en una sociedad democrática» ha sido interpretada restrictivamente por la jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal europeos, lo que contrasta con el carácter genérico y difuso de las excepciones que posibilita la LOPRODA. A ello, se añade la exigencia de respetar las garantías que para la protección de datos se desprenden de la Directiva 95/46, que necesariamente la LOPRODA debería haber adaptado en su texto, según se ha indicado anteriormente. No huelga tampoco advertir que, esa vaguedad e imprecisión al tipificar las excepciones pudiera suponer una vulneración del principio de seguridad jurídica amparado por el artículo 9.3 de la CE. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «La seguridad jurídica», Ariel, Barcelona, 2.ª ed., 1994.

³¹ Vid. sobre este punto, la Comunicación de M.ª E. Gayo Santa Cecilia sobre *Garantías del ciudadano ante la LOPRODA: posibles vías de defensa y protección de sus derechos fundamentales*, en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho* (Mérida, septiembre 1992) publicadas en «Informática y Dere-

7. ASPECTOS INCONSTITUCIONALES DE LA LOPRODA

Las limitaciones y excepciones mas graves establecidas por la LOPRODA fueron objeto del ya mencionado recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo ³². Dicho recurso tuvo por objeto ciertos incisos de los artículos 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley 15/99, que, a juicio del Defensor del Pueblo, vulneran frontalmente la reserva de ley del artículo 53.1 de la Constitución española, y el artículo 18.1 y 4 de la Constitución española, al no respetar el contenido esencial del derecho fundamental al honor y a la intimidad personal y familiar así como el derecho fundamental a la libertad informática. Los preceptos impugnados disponen lo siguiente:

Art. 21.1: «Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones Públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso, o cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.»

Art. 24: «1. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 no será aplicable a la recogida de datos cuando la información al afectado *impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas* o cuando afecte a la Defensa Nacional, a la seguridad pública o a la *persecución de infracciones penales o administrativas.*»

«2. *Lo dispuesto en el artículo 15 y en el apartado 1 del artículo 16 no será de aplicación si, ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección.* Si el órgano administrativo responsable del fichero invocase lo dispuesto en este apartado, dictará resolución motivada e instruirá al afectado del derecho que le asiste a poner la negativa en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos o, en su caso, del órgano equivalente de las Comunidades Autónomas».

El objeto de la impugnación del Defensor del Pueblo había circunscrito sus denuncias de inconstitucionalidad únicamente a los incisos que figuran en cursiva en los preceptos que se acaban de transcribir. Debe indicarse, además, que los apartados 1 y 2 del artículo 5 de la LOPRODA, a los que se remite el artículo 24.1, establecen ciertos

cho», 1994, vol. 4, pp. 201 ss. Aunque estas reflexiones se hallaban referidas a la LORTAD, son también plenamente predicables respecto a la LOPRODA, que reproduce el mecanismo de tutela previsto en aquella.

³² Vid. la nota 32.

requisitos o garantías del derecho a la información en la recogida de datos, entre ellos la indicación de los destinatarios de la información, exigiéndolos tanto si se lleva a cabo de otra forma como mediante cuestionarios o impresos. Y el artículo 15 así como el apartado 1 del artículo 16, a los que se ha remitido el artículo 24. 2, hacen referencia, respectivamente, al derecho de acceso a los datos personales en cuanto a su contenido origen y uso, el modo de llevarlo a cabo y el tiempo de su ejercicio, así como al deber del responsable del tratamiento de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación de los datos en el plazo de diez días.

Estima el Defensor del Pueblo, que los derechos de los afectados a ser informados y a consentir así como los de acceso, rectificación y cancelación, integran el derecho fundamental de todos a controlar la recogida y el uso de aquellos datos personales que puedan poseer tanto el Estado y otros Entes públicos como los particulares. Lo que forma parte del contenido esencial (art. 53.1 CE) de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE). Por lo que cualquier restricción de aquellos derechos lo es de estos derechos fundamentales y menoscaba su contenido esencial. Restricción que a juicio del Defensor del Pueblo se ha producido en la Ley impugnada por dos órdenes de razones.

En primer término, la posibilidad prevista en la LOPRODA de que una norma reglamentaria pueda autorizar la cesión de datos entre Administraciones Públicas para ser empleados en el ejercicio de competencias o para materias distintas a las que motivaron su originaria recogida sin necesidad de recabar previamente el consentimiento del interesado (art. 11.1 LOPRODA, en relación con lo dispuesto en los arts. 4.1 y 2 y 5.4 y 5), es decir, la cesión de datos sin consentimiento autorizada por una norma infralegal, soslaya que el artículo 53.1 CE reserva en exclusiva a la Ley la regulación y limitación del ejercicio de un derecho fundamental, vulnerando por consiguiente el derecho fundamental mismo, al privarle de una de sus más firmes garantías.

En segundo lugar, las habilitaciones a la Administración Pública establecidas en el artículo 24. 1 y 2 LOPRODA para que ésta pueda decidir discrecionalmente cuándo denegar al interesado la información sobre la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, sobre la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información, del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas, sobre las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos, sobre la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, sobre la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante (art. 5.1 de la LOPRODA, cuyo apartado 2, al que también remite el art. 24.1 de la LOPRODA, dispone: «Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma clara-

mente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior»); o para que también pueda decidir sobre cuándo denegar los derechos de acceso, rectificación y cancelación de esos datos personales (art. 24.2, en relación con los arts. 15 y 16.1, de la LOPRODA), suponen en ambos casos, en opinión del Defensor del Pueblo, desnaturalizar el derecho fundamental a la intimidad frente al uso de la informática (art. 18.1 y 4 CE), pues le priva de sus indispensables medios de garantía consistentes en las facultades a disposición del interesado cuyo ejercicio le permitirían saber qué datos posee la Administración sobre su persona y para qué se emplearán.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, estimó plenamente el recurso del Defensor del Pueblo, emitió un fallo en el que decide: «1.º Declarar contrario a la Constitución y nulo el inciso “cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso o” del apartado 1 del artículo 21 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. 2.º Declarar contrarios a la Constitución y nulos los incisos “impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones públicas” y “o administrativas” del apartado 1 del artículo 24, y todo su apartado 2».

No es esta la sede propicia para un comentario demorado en pormenores sobre la sentencia 292/2000. Sus argumentos incurren en cierta prolijidad y autopoiesis, es decir, de autorreferencias constantes a sus propias decisiones precedentes³³. Compendiados en sus rasgos nucleares, los motivos de inconstitucionalidad aducidos por el TC serían los siguientes:

a) El TC reitera en esta decisión su doctrina a tenor de la cual los límites a los derechos fundamentales serán conformes a la Constitución, si y sólo si, están justificados, son proporcionales y se establecen por ley.

Al ser la Ley la única habilitada por la Constitución para fijar los límites a los derechos fundamentales y, en el caso presente, al derecho fundamental a la protección de datos, «esos límites no pueden ser distintos a los constitucionalmente previstos, que para el caso no son otros que los derivados de la coexistencia de este derecho fundamental con otros derechos y bienes jurídicos de rango constitucional, el apoderamiento legal que permita a un Poder Público recoger, almacenar, tratar, usar y, en su caso, ceder datos personales, sólo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o

³³ Sobre la concepción autopoietica del Derecho, a partir de las tesis de Niklas Luhmann y Gunther Teubner, *vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta, «Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica», Tecnos, Madrid, 1997, pp. 121 ss.

bienes constitucionalmente protegidos. Por tanto, si aquellas operaciones con los datos personales de una persona no se realizan con estricta observancia de las normas que lo regulan, se vulnera el derecho a la protección de datos, pues se le imponen límites constitucionalmente ilegítimos, ya sea a su contenido o al ejercicio del haz de facultades que lo componen» (FJ 11). La Ley limitativa será también contraria a la Constitución, si regula los límites de forma tal que «hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga. Y así será cuando la Ley, que debe regular los límites a los derechos fundamentales con escrupuloso respeto a su contenido esencial, se limita a apoderar a otro Poder Público para fijar en cada caso las restricciones que pueden imponerse a los derechos fundamentales, cuya singular determinación y aplicación estará al albur de las decisiones que adopte ese Poder Público, quien podrá decidir, en lo que ahora nos interesa, sobre la obtención, almacenamiento, tratamiento, uso y cesión de datos personales en los casos que estime convenientes y esgrimiendo, incluso, intereses o bienes que no son protegidos con rango constitucional» (FJ 11).

A juicio del TC, cuando se da ese supuesto la Ley habrá vulnerado el derecho fundamental en cuestión. De una parte, porque habrá frustrado la función de garantía propia de toda reserva de ley relativa a derechos fundamentales al renunciar a fijar por sí misma esos límites, dado que la reserva de Ley impone al legislador, además de promulgar esa Ley, regular efectivamente en ella la materia objeto de la reserva; de otra, porque permite que el derecho fundamental ceda ante intereses o bienes jurídicos de rango infraconstitucional en contra de lo dispuesto en la propia Constitución, que no lo prevé así. Tal Ley habrá infringido el derecho fundamental porque no ha cumplido con el mandato contenido en la reserva de ley (arts. 53.1 y 81.1 CE), al haber renunciado a regular la materia que se le ha reservado, remitiendo ese cometido a otro Poder Público, anulando así una de las garantías básicas de los derechos fundamentales en nuestro Estado de Derecho (art. 1.1 CE).

b) Entiende el TC que esta doctrina es plenamente aplicable al presente recurso de inconstitucionalidad. En efecto, las normas legales impugnadas, o sea, los artículos 21.1 y 24.1 y 2 LOPRODA, regulan el ejercicio de facultades que integran el contenido del derecho fundamental a la protección de datos personales. Al haber establecido dichas normas restricciones al ejercicio de este derecho o, según aquí ocurre, ha previsto supuestos en los cuales se deja a la Administración Pública competente la facultad de conceder o denegar discrecionalmente el ejercicio de estas facultades por las personas concernidas, en tales casos, evidentemente, se ha producido una vulneración de las garantías legales con las que nuestra Constitución ha querido asegurar el respeto por todos del derecho fundamental.

Constituyen facultades inherentes al ejercicio del derecho fundamental a la libertad informática, las que competen a su titular a ser

informado y a consentir la cesión de sus datos personales. Sin embargo, es suficiente según el artículo 21.1 LOPRODA que la comunicación de tales datos entre Administraciones Públicas, para el ejercicio de competencias diferentes o que versen sobre materias distintas, sea autorizada por una norma reglamentaria.

Importa advertir que el TC mantiene una interpretación restrictiva en torno a las remisiones legislativas al reglamento como vía para la fijación del estatuto de los derechos fundamentales. La postura del TC se cifra en el criterio de admitir sólo la remisiones legales cuando las mismas restrinjan el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley.

Por tal motivo, al establecer el artículo 21.4 LOPRODA que esas cesiones no requieren del previo consentimiento del afectado permite al reglamento imponer un límite al derecho fundamental a la protección de datos personales, que defrauda la previsión del artículo 53.1 de la Constitución. El motivo de la inconstitucionalidad del artículo 21.1 de la LOPRODA resulta evidente. Dicha norma en este punto no ha fijado por sí misma, como le impone la Constitución (art. 53.1 CE), los límites al derecho a consentir la cesión de datos personales entre Administraciones Públicas para fines distintos a los que motivaron originariamente su recogida, y a los que alcanza únicamente el consentimiento inicialmente prestado por el afectado (art. 11 LOPRODA, en relación con lo dispuesto en los arts. 4, 6 y 34.e LOPRODA), sino que se ha limitado a identificar la norma que puede hacerlo en su lugar. Norma que bien puede ser reglamentaria, ya que con arreglo al precepto impugnado será una norma de superior rango, y con mayor razón para el caso de que la modificación lo sea por una norma de similar rango, a la que crea el fichero (y ésta basta con que sea una disposición general, que no una Ley, publicada en un Boletín o Diario oficial –art. 20.1 LOPRODA) la que pueda autorizar esa cesión inconsentida de datos personales, lo que resulta contrario a la Constitución (FFJJ 12 a 14).

c) En lo referente a lo dispuesto de los incisos impugnados del artículo 24.1 y 2 de la LOPRODA, procede recordar que, según sostiene el TC, la reserva de Ley prevista en el artículo 53.1 de la Constitución española respecto a la regulación de los límites de un derecho fundamental no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias como el que incide en artículo 21.1 de la LOPRODA, sino que también implica otras exigencias, de claridad y precisión, respecto al contenido de la Ley que establece tales límites. En el caso que es objeto de recurso, el empleo por la LOPRODA en su artículo 24.1 de la expresión «funciones de control y verificación», abre un espacio de incertidumbre tan amplio que provoca una inadmisibles consecuencia. La LOPRODA, al habilitar a la Administración para que restrinja derechos fundamentales invocando semejante expresión está renunciando a fijar ella misma los límites, apoderando a la Admi-

nistración para hacerlo. De este modo, permite incluir en tal facultad toda actividad administrativa, ya que toda actividad administrativa que implique entablar una relación jurídica con un administrado, que así será prácticamente en todos los casos en los que la Administración necesite de datos personales de alguien, conllevará de ordinario la potestad de la Administración de verificar y controlar que ese administrado ha actuado conforme al régimen jurídico administrativo. Lo que, a la vista del motivo de restricción del derecho a ser informado del artículo 5 de la LOPRODA, deja en la más absoluta incertidumbre al ciudadano sobre en qué casos concurrirá esa circunstancia (si no en todos) y sume en la ineficacia cualquier mecanismo de tutela jurisdiccional que deba enjuiciar semejante supuesto de restricción de derechos fundamentales sin otro criterio complementario que venga en ayuda de su control de la actuación administrativa en esta materia.

Los mismos reproches merece, para el TC, el empleo en el artículo 24.2 de la LOPRODA de la expresión «interés público» como fundamento de la imposición de límites a los derechos fundamentales del artículo 18.1 y 4 de la Constitución española, «pues encierra un grado de incertidumbre aún mayor. Basta reparar en que toda actividad administrativa, en último término, persigue la salvaguardia de intereses generales, cuya consecución constituye la finalidad a la que debe servir con objetividad la Administración con arreglo al artículo 103.1 CE» (FJ 17).

El TC extiende también las causas de inconstitucionalidad a los otros dos casos de restricciones impugnados por el Defensor del Pueblo: la relativa a la persecución de infracciones administrativas (art. 24.1) y la garantía de intereses de terceros más dignos de protección (art. 24.2 de la LOPRODA).

El interés público en sancionar infracciones administrativas no puede estimarse suficiente, como se evidencia en que ni siquiera se prevé como límite para el simple acceso a los archivos y registros administrativos contemplados en el artículo 105 b) de la Constitución española. Por ello, la posibilidad de que, en función del artículo 24.1 LOPRODA, la Administración pueda sustraer al interesado información relativa al fichero y sus datos según dispone el artículo 5.1 y 2 LOPRODA, invocando los perjuicios que semejante información pueda acarrear a la persecución de una infracción administrativa, «supone una grave restricción de los derechos a la intimidad y a la protección de datos carente de todo fundamento constitucional. Y cabe observar que se trata, además, de una práctica que puede causar grave indefensión en el interesado, que puede verse impedido de articular adecuadamente su defensa frente a un posible expediente sancionador por la comisión de infracciones administrativas al negarle la propia Administración acceso a los datos que sobre su persona pueda poseer y que puedan ser empleados en su contra sin posibilidad de defensa alguna al no poder rebatirlos por resultarle ignotos al afectado». Recuerda oportunamente el TC que la propia LOPRODA esta-

blece en su artículo 13 que los ciudadanos «tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad». Criterios difícilmente compatibles con la denegación del derecho a ser informado del artículo 5 LOPRODA acordada por la Administración Pública con el único fundamento de la persecución de una infracción administrativa.

Por último, el apartado 2 del artículo 24 LOPRODA establece que los derechos de acceso a los datos (art. 15.1 y 2 LOPRODA) y los de rectificación y cancelación de los mismos (art. 16.1 LOPRODA) podrán denegarse también si, «ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante... intereses de terceros más dignos de protección». Para el TC, resulta evidente que tras lo ya dicho, a la vista de que este inciso permite al responsable del fichero público negar a un interesado el acceso, rectificación y cancelación de sus datos personales, y al margen de que esos intereses puedan identificarse con los derechos fundamentales de ese tercero o con cualquier otro interés que pudiere esgrimirse, «semejante negativa conlleva abandonar a la decisión administrativa la fijación de un límite al derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal sin ni siquiera establecer cuáles puedan ser esos intereses ni las circunstancias en las que quepa hacerlos valer para restringir de esa forma este derecho fundamental».

Concluye, de este modo, el TC sosteniendo que la misma falta evidente de certeza y previsibilidad del límite que el artículo 24.2 LOPRODA impone al derecho fundamental a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE), y la circunstancia de que, además, se trate de un límite cuya fijación y aplicación no viene precisada en la LOPRODA, sino que se abandona a la entera discreción de la Administración Pública responsable del fichero en cuestión, «aboca a la estimación en este punto del recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo al resultar vulnerados los artículos 18.4 y 53.1 CE» (FJ 18).

En su *Nomografía o el arte de redactar leyes* Jeremy Bentham denuncia la ambigüedad y la oscuridad como «imperfecciones primarias» de la leyes, que generan «imperfecciones de segundo grado» entre las que destaca la incertidumbre respecto a la expresión y el significado de las leyes ³⁴.

De cuanto se ha expuesto se infiere que la LOPRODA ha incurrido, en esas imperfecciones de forma tan grave que aparte de los artículos 18.1 y 4, 53.1 y 81.1 de la Constitución española, se lesionaría el mandato constitucional de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la propia Constitución española. Si en el ámbito de la tauromaquia el ejercicio del

³⁴ BENTHAM J., «Nomografía o el arte de redactar leyes», ed. y Estudio preliminar a cargo de V. Zapatero, BOE & CEPC, Madrid, 2000, pp. 30 ss.

arte de BIRLIBIRLOQUE, no se halla exento del riesgo de cornadas y revolcones, en su versión legislativa el recurso a dicho arte entraña el riesgo de la declaración de inconstitucionalidad; algo que el legislador de la LOPRODA podía y debía haber evitado.

8. PRESENTE Y FUTURO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN ESPAÑA

La tardanza en regular la protección de datos personales ha creado importantes problemas jurídicos. La demora ha sido culpable de numerosas situaciones de confusión e incertidumbre. Baste mencionar las sucesivas decisiones discrepantes de juzgados y tribunales y el propio cambio de rumbo del Consejo General del Poder Judicial, en relación con el acceso a las sentencias por parte de agencias de información o entidades financieras, que no persiguen el fin general de la publicidad procesal, sino el de elaborar registros informatizados de *morosos* o insolventes³⁵. Esta cuestión ha sido regulada en la LOPRODA, que establece el carácter exclusivamente público de los ficheros de datos personales relativos a infracciones penales o administrativas (art. 7.5), así como las garantías que deberán concurrir en los ficheros automatizados privados sobre datos relativos a solvencia patrimonial y crédito (art. 29).

La nueva ley de protección de datos quizá llegue también tarde para evitar el deslizamiento de nuestro sistema hacia el «identificador único», para cuya fáctica consagración el NIF representó un hito decisivo. Porque no se discute la existencia de documentos que permitan determinar las relaciones del ciudadano con las distintas administraciones, lo que resulta de dudosa constitucionalidad (a la vista del inequívoco propósito, de evitar que en nuestro país se dieran supuestos análogos al *affaire* SAFARI, explicitado por los grupos políticos que contribuyeron a incluir el art. 18.4 en la Constitución) es que esos distintos documentos identificativos consistan en el DNI con un dígito que facilita su procesamiento informático y eventual cruce de ficheros³⁶.

³⁵ Cfr. el «Informe sobre el derecho de acceso de los particulares al texto de las sentencias dictadas por los Tribunales, en relación con el concepto de publicidad y de interesado recogido en los artículos 120 de la Constitución, 236 y 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», en el «Boletín de Información» del Consejo General del Poder Judicial, 1991, abril, núm. 99, Anexo IV, pp. 30 ss. Debo agradecer al Magistrado Miguel Carmona Ruano, Presidente de la Audiencia Provincial de Sevilla, su valiosa documentación sobre este asunto, así como el texto todavía inédito de su trabajo sobre la materia titulado: «Archivos informáticos de datos personales carentes de control y garantías. Una visión judicial». Sobre esta materia *vid.*, también, el reciente y completo estudio del profesor Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *El acceso a la información judicial*, en «Revista Galega de Administración pública», 2000, núm. 24, pp. 192 ss.

³⁶ Por estas razones no puedo adherirme a la argumentación y fallo de la STC 143/1994, de 9 de mayo, en la que se admite la constitucionalidad del NIF. La tesis central del TC reside en sostener que el RD 338/1990 regulador del NIF es un instrumento

En este aspecto la única garantía que aportó, durante el plazo de su vigencia, la LORTAD consistió en limitar la posibilidad de cruce de los ficheros automatizados administrativos. Si bien establecía la salvedad de que la cesión «hubiese sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición posterior de igual o superior rango que regule su uso» (art. 19.1). Con ello se dejaba abierta la posibilidad de una regulación por vía reglamentaria de la cesión de datos, lo que aparte de incidir en el *contenido esencial* de la libertad informática consagrada en el artículo 18.4 CE, implicaba menoscabo del *principio de seguridad jurídica* (art. 9.3 CE) y de la *reserva de ley* exigida para la regulación de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE).

Estos argumentos críticos, avanzados en su día contra la LORTAD³⁷, han sido los básicamente acogidos e invocados por el Defensor del Pueblo en su recurso de inconstitucionalidad contra la LOPRODA, que en este punto reitera las injustificadas limitaciones establecidas en la Ley 5/1992 por ella derogada. El TC en su sentencia 292/2000, cuyos extremos básicos han sido ya analizados, estimó las razones de inconstitucionalidad aducidas frente a ese planteamiento, que implica la práctica indefensión de los ciudadanos frente al cruce de ficheros administrativos. Cabe confiar que, por efecto de esa sentencia, se regule la comunicación de datos entre las Administraciones Públicas con las garantías que exige la tutela de la libertad informática.

No huelga recordar que el TC, en algunas decisiones posteriores a su sentencia, pionera en esta materia, 254/1993, cuya función garantista de la libertad informática ha sido ya ponderada³⁸, ha proseguido

para la lucha contra la defraudación fiscal. A juicio del TC no puede admitirse un derecho absoluto e incondicionado a la reserva de los datos económicos de los contribuyentes con relevancia fiscal, ya que de admitirse se haría imposible la consecución de los fines del sistema tributario previstos por el artículo 31.1 CE. Al ser legítima la finalidad perseguida «tampoco puede considerarse la norma como desproporcionada o contraria al contenido general del derecho, habida cuenta de la estricta relación de causa a efecto existente entre el contenido de la información y la finalidad descrita; del carácter restrictivo y teleológicamente orientado a operaciones sujetas a tributación con que se concibe la carga de informar del NIF» (FJ 6). Con ello, el TC desvía la cuestión nuclear que se debate tras la implantación del NIF, es decir, su contribución a conformar un sistema de «identificador único» en el ámbito administrativo. Porque no se discute el derecho de la Administración a evitar el fraude fiscal atribuyendo núms. de identificación a los ciudadanos, sino que ese identificador sea el mismo que el existente para otras relaciones administrativas; y lo que precisamente, se debate es que el NIF y otros documentos de identificación administrativa (por ejemplo, el núm. de registro del personal de los Profesores de los Cuerpos del Estado) coincida con el núm. del (DNI), con un dígito final. En el Derecho comparado de la protección de datos se tiende a considerar que los riesgos subyacentes al «identificador único», no pueden ser del todo anulados por normas que regulen el «cruce de ficheros». El inevitable margen de «porosidad» de estas normas deja siempre resquicios para las agresiones a la intimidad. De ahí, que esta decisión del TC, desde el punto de vista de la tutela de la libertad informática conformadora del contenido del artículo 18.4 CE, deba considerarse regresiva respecto a la anterior STC 254/1993, que se ha tenido ocasión de comentar en la nota 23.

³⁷ Vid. lo expuesto en la 6.ª ed, pp. 381-82 de este libro.

³⁸ Vid. *supra*, 23

su actividad tutelar de los datos personales. Entre las decisiones más relevantes de esa línea jurisprudencial, merece ser destacada la STC 11/1998, que declaró contrario a los derechos a la libertad sindical y a la protección de datos personales (art. 28 CE), en relación con el artículo 18.4 de la Constitución española, el uso por una empresa del dato de la afiliación sindical, incluido en un fichero automatizado, para detraer haberes de los trabajadores con ocasión de una huelga promovida por determinado sindicato. Esta doctrina jurisprudencial ha sido reiterada en otras Sentencias del propio TC, entre las que merecen destacarse la STC 33/1998, la STC 35/1998 y, de modo especial, la STC 94/1998. En esta última se consideró que, la utilización de un dato sensible, que había sido recabado con una determinada finalidad, al utilizarse para otra radicalmente distinta, implicaba un grave menoscabo del legítimo ejercicio del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) y de la libertad informática (art. 18.4 CE). Asimismo, debe ser reseñada la STC 202/1999, en la que, con ocasión de la denegación a un trabajador de la cancelación de sus datos médicos en un fichero informatizado de una entidad de crédito sobre bajas por incapacidad temporal, se apreció que el almacenamiento sin cobertura legal en soporte informático de los diagnósticos médicos del trabajador sin mediar su consentimiento expreso constituía una desproporcionada restricción del derecho fundamental a la protección de datos personales.

En estos pronunciamientos se ha ido perfilando una doctrina del TC dirigida a *extraer del* artículo 18.4 de la Constitución española, una doble consecuencia en orden al sistema constitucional de los derechos fundamentales: 1) de una parte, un *instituto de garantía o derecho instrumental* tendente a tutelar el pleno ejercicio de todos los derechos fundamentales, en particular de la intimidad, frente a cualquier abuso informático; 2) de otra, como un *derecho autónomo a la libertad informática*, entendida como el poder de control de los ciudadanos de las informaciones que les conciernen, y que se desglosa en facultades de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de sus datos personales, que integran la acción de *habeas data* ³⁹.

Evidencia el interés y la atención prestados por el TC español a cuanto atañe a la tutela de la libertad informática la propuesta de uno de sus miembros, el magistrado y catedrático de Derecho Constitucional don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, tendente a la elaboración por parte de la justicia constitucional de ese derecho, que no ha sido reconocido, expresamente, en la Constitución española. Legítima esta tesis la exigencia de no dejar indefensos los nuevos intereses o necesidades básicas no reconocidos formalmente en los textos constitucionales. Uno de esos nuevos derechos es, sin resquicio a duda, la libertad informáti-

³⁹ Sobre esta doble función jurídico fundamental del artículo 18.4 CE, inferida por la jurisprudencia del TC, cfr., GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «La nueva Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal», ¿Un cambio de filosofía?, cit., pp. 305 ss.

ca. El profesor y magistrado Jiménez de Parga se muestra decididamente partidario de las normas constitucionales que, como la norteamericana y en época más reciente la argentina o la portuguesa, prevén una cláusula abierta al proclamar sus catálogos de derechos fundamentales; frente al modelo de cláusula cerrada, que es el más frecuente en el Derecho constitucional comparado y, al que responde nuestra Ley de leyes. En los modelos de cláusula cerrada o *númerus clausus*, incumbe a la jurisprudencia constitucional llenar ese vacío. En aras de ello, propugna la elaboración por parte del TC del derecho a la libertad informática, a partir del valor de la dignidad humana reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución española, del propio artículo 18.4 de la Constitución española, así como de otros valores, principios, derechos fundamentales y de los tratados internacionales sobre la materia ⁴⁰.

Estimo que este planteamiento se inscribe en una concepción generacional de los derechos humanos, en cuyo seno la libertad informática representa una de las categorías conformadoras de los denominados «derechos de la tercera generación». Una concepción generacional de los derechos implica reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, prenormativas y axiológicas. Pero los derechos humanos no son meros postulados de «deber ser». Junto a su irrenunciable dimensión utópica, que constituye uno de los polos de su significado, entrañan un proyecto emancipatorio real y concreto, que tiende a plasmarse en formas históricas de libertad, es decir, en la categoría jurídico positiva de los derechos fundamentales; lo que conforma el otro polo de su concepto. Falto de su dimensión utópica los derechos humanos perderían su función legitimadora del Derecho; pero fuera de la experiencia y de la historia perderían sus propios rasgos de humanidad ⁴¹.

De lo anteriormente expuesto se infiere que el juicio global que me merece la LOPRODA no puede ser plenamente positivo. Entiendo que

⁴⁰ Voto particular del magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la STC 290/2000. Puntualiza este prestigioso constitucionalista, a quien tanto deben mi formación jurídica y mi vocación universitaria, que aunque comparte el fallo de la sentencia, entiende que el TC debería haber elaborado expresamente ese nuevo derecho a la libertad informática, que no aparece incluido, al menos de forma expresa, en el texto de 1978.

⁴¹ Cfr., PÉREZ LUÑO A. E., «La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales», en el vol. col., *Problemas de legitimación en el Estado social*, a cargo de E. Olivas, Trotta, Madrid, 1991; pp. 91 ss.; *Le generazioni dei diritti umani*, en el vol. col. a cargo de F. Riccobono, *Nuovi diritti dell'età tecnologica* (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5 e 6 maggio 1989), Giuffrè, Milano, 1991, pp. 139 ss.; *Las generaciones de derechos fundamentales*, en «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 1991, núm. 10, pp. 203 ss.

antes de promulgarse la versión definitiva de la LOPRODA hubieran podido y debido evitarse los defectos que ahora tiene. No ha sido así y la Ley 15/1999 constituye una lamentable ocasión perdida de dotar a nuestro ordenamiento jurídico de una norma más adecuada de protección de las libertades en la esfera informática. Mi comentario no se consuela con el tópico conformista de que es mejor una ley defectuosa que carecer de cualquier reglamentación legal, entre otras cosas, porque el artículo 18.4 de la Constitución, el Convenio Europeo y la Directiva 95/46 constituyen dos normas básicas vigentes en nuestro ordenamiento, que, aunque exigen un desarrollo legal, ofrecían a la jurisprudencia un cauce orientador mejor que una ley desorientadora y que precariza algunas de las principales garantías que dimanaban de esos textos; lo que ha desembocado en la declaración de inconstitucionalidad de alguno de sus artículos. No deseo que esta reflexión pueda pecar de parcialidad, al no reconocer aspectos positivos en la LOPRODA. Ahora bien, entiendo que de su articulado pudiera decirse, en síntesis, que sus mayores aciertos residen en aquellos puntos en los que se ha limitado a transcribir garantías existentes en otras normas del Derecho comparado de la protección de datos, en particular del Convenio europeo y de la Directiva 95/46. Por contra sus aspectos más discutibles e insatisfactorios son, precisamente, aquellos en los que el texto pretende aportar soluciones originales. Entre ellas ocupan un lugar destacado las constantes y significativas excepciones que limitan el alcance práctico del ejercicio de las libertades informática.

Hay que convenir con el profesor José Luis Cascajo en que: «Como ha ocurrido en otros sectores del ordenamiento jurídico, las ambigüedades legislativas en origen suelen permitir comportamientos administrativos incorrectos. Estos se pueden corregir, ciertamente, por vía judicial en su fiscalización de las aplicaciones arbitrarias, pero no sin notables esfuerzos que debieran ser evitados»⁴². En coincidencia básica con estas apreciaciones señaló también Mario G. Losano, al iniciarse la efímera vigencia de la LORTAD, algo que mantiene actualidad tras la promulgación de la LOPRODA, al indicar que aquella fue: «el punto de partida para una futura actividad gubernativa y jurisprudencial de la que dependerá su eficacia y, con ello su homogeneidad respecto a las leyes análogas extranjeras. Homogeneidad que es fundamental para el flujo internacional de datos»⁴³. Esa aspiración hacia pautas homogéneas internacionales en la protección de datos, ha hallado un importante estímulo en el Proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000. Dicho texto consagra su artículo 8 a la tutela del derecho a la protección de datos y ofrece una fórmula compendiada de las garantías básicas de esa libertad⁴⁴.

⁴² CASCAJO CASTRO, J. L., «Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal», cit., p. 372.

⁴³ LOSANO, M. G., «La legge spagnola sulla protezione dei dati personali», cit., p. 888.

⁴⁴ El artículo 8 de la Carta Europea establece: «1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán

Hay que deplorar en cualquier caso, que deba confiarse a nuestra, cada vez más atareada e hipertrofiada, magistratura la corrección de las numerosas imperfecciones técnico-legislativas y materiales de la LOPRODA. De nuevo surge la duda de si este texto va a servir para evitar litigios o, en su caso, para orientar y facilitar la actuación de los tribunales o, más bien, para todo lo contrario.

Las sociedades actuales precisan de un equilibrio entre el flujo de informaciones, que es condición indispensable de una sociedad democrática y exigencia para la actuación eficaz de los poderes públicos, con la garantía de la privacidad de los ciudadanos. Ese equilibrio precisa de un «*Pacto social informático*» por el que el ciudadano consiente en ceder al Estado datos personales, a cambio del compromiso estatal de que los mismos se utilizarán con las debidas garantías⁴⁵. Ese gran reto social, jurídico y político constituye el horizonte a alcanzar por la LOPRODA; y a todos, en cuanto ciudadanos deseosos de una convivencia en libertad, nos importa que no defraude el logro de ese objetivo.

En las sociedades avanzadas del presente la protección de datos personales tiende, en definitiva, a garantizar el *equilibrio de poderes y situaciones* que es condición indispensable para el correcto funcionamiento de una comunidad democrática de ciudadanos libres e iguales. Para su logro se precisa un adecuado ordenamiento jurídico de la informática, capaz de armonizar las exigencias de información propias de un Estado avanzado con las garantías de los ciudadanos. Pero estas normas de Derecho informático exigen, para su plena eficacia, impulsar la conciencia y el compromiso cívicos de hacerlas una experiencia tangible en la vida cotidiana. Es tarea de todos contribuir a evitar una paradoja dramática: compensar nuestro retraso en la incorporación al desarrollo tecnológico con la vanguardia mundial en la piratería del *software*, la delincuencia informática, y las agresiones informáticas a la libertad.

de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente».

⁴⁵ Cfr. CASTELLS ARTECHE, J. M., *La limitación informática*, en la obra *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 924 ss.; DENNINGER, E., *El derecho a la autodeterminación informativa*, trad. cast. De Pérez Luño, A. E., en el vol. col., *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, cit., pp. 268 ss.; LOSANO, M. G., *Para una teoría general de las leyes sobre la protección de los datos personales* en el vol. col., *Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información. Encuentro 1991*, cit., pp. 15 ss.; PÉREZ LUÑO, A. E., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, cit., pp. 137 ss.; SÁNCHEZ, E., *Los derechos humanos de la tercera generación: la libertad informática*, en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho* (Mérida, septiembre 1992) publicadas en «*Informática y Derecho*», 1994, vol. 4, pp. 165 ss.; VALERO TORRIJOS, J., *Administración pública, ciudadanos y nuevas tecnologías*, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, tomo III, pp. 2943 ss.

