

La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa

Pablo Lucas Murillo de la Cueva
Magistrado del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho Constitucional

SUMARIO: 1. LA PROGRESIVA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.—2. INTIMIDAD Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.—3. EL DESCUBRIMIENTO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL.—4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Según se acaba de anunciar en el momento en que escribo estas líneas, el próximo 20 de febrero de 2005 se celebrará en España el anunciado referéndum sobre el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. La aprobación y posterior entrada en vigor de ese texto son importantes para el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal porque, en su Parte Segunda, recibe la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, a su vez, ésta reconoce entre ellos, en su artículo 8, al que nos ocupa. Su artículo 8, convertido en el artículo II-68 del Tratado, con la única variación de dividirlo en tres apartados, lo hace en estos términos:

«1. Toda persona tiene el derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines determinados 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 obtener su rectificación.

3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente».

Antes, en el artículo I-51, ha incluido entre los elementos de la vida democrática en la Unión Europea este derecho, encomendando a la ley o ley-marco europea establecer las normas adecuadas para asegurar a las personas físicas la protección de sus datos.

Nos encontramos, por tanto, en una situación bien definida. La futura Constitución europea —así se viene denominando al ordenamiento contenido en ese Tratado, aunque no sea pacífica la opinión sobre su naturaleza— identifica este derecho fundamental y dibuja, al mismo tiempo, sus rasgos característicos. Lo hace en los términos fijados ya en 2000, cuando se aprobó en Niza aquella Carta. A su vez, esa configuración responde a las líneas que la doctrina y la jurisprudencia nacionales y, también, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos habían ido estableciendo sobre la cuestión. De este modo, quien se aproxima ahora por primera vez a los problemas que suscita la protección de los datos de carácter personal se encuentra con una formulación suficientemente precisa de la misma al máximo nivel en el ordenamiento jurídico europeo que sirve para unificar un panorama hasta hace poco algo más variado y confuso de lo que pudiera pensarse a la vista de lo que se acaba de decir.

Efectivamente, frente a esta situación, lo que se ha podido contemplar en los últimos años ha sido un proceso gradual de construcción de esta figura en el que se han combinado diversos elementos y en el que han intervenido distintos protagonistas. Así, aportaciones doctrinales, decisiones judiciales nacionales e internacionales, contribuciones del legislador estatal y comunitario, han conducido al punto de llegada que acabo de indicar. En España, en concreto, los hitos relevantes de ese conjunto de acontecimientos son los que representan, en primer lugar, la previsión por el constituyente, en el artículo 18.4 del texto fundamental, de la limitación por ley del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. En segundo lugar, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), posteriormente sustituida, con escasas pero significativas modificaciones, por la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). Y, en tercer lugar, la línea jurisprudencial que arranca con la Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993 y culmina con la 292/2000, de 30 de noviembre, la cual afirma explícitamente un derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal como categoría autónoma y distinta del derecho a la intimidad.

Naturalmente, ni la Constitución, ni las leyes orgánicas mencionadas, ni la jurisprudencia constitucional han operado sobre el vacío. Distintas razones, no siempre coherentes con el sentido propio de este nuevo derecho, han impulsado cada uno de estos pasos. Por otra parte, a lo largo de ese proceso,

y todavía hoy, se ha mantenido vivo el debate sobre su sustancia pues, a pesar de lo que ha dicho el Tribunal Constitucional, aún se discute si la protección de datos ha de situarse en el seno del derecho a la intimidad o si tiene entidad suficiente para sustentar una categoría específica. En fin, si se resuelve esa polémica doctrinal en favor de la segunda posición, que es lo que me parece procedente, aún queda por precisar el significado del paso que ha dado el Tribunal Constitucional. En otras palabras, ¿estamos ante la creación de un derecho fundamental? De estas cuestiones se ocupan, brevemente, las páginas que siguen.

1. LA PROGRESIVA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

No cabe duda de que en el origen del último apartado del artículo 18 de la Constitución se halla la voluntad de los constituyentes de elaborar un catálogo de derechos fundamentales abierto a los retos del momento y, también, a los que previsiblemente depararía el futuro. Tras el largo período sin libertades que habíamos conocido en España se quiso reconocerlas con la mayor amplitud posible y asegurarlas con las garantías que la técnica jurídica permitía. A tal efecto, sobre este particular existían ya elementos de juicio suficientes para apreciar que de la utilización de la informática podían derivarse riesgos graves para las personas que requerían establecer de forma expresa el principio de la protección frente a tales peligros, no sólo de los reconocidos en el artículo 18.1, sino de todos los derechos que les corresponden. Es verdad que todavía no se daba entre nosotros el nivel de desarrollo que después hemos visto de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (TIC). Al contrario, en realidad era muy incipiente. Asimismo, era cierto que no había una conciencia social de los problemas que plantean. No obstante, sí se conocían los pasos que se habían dado ya en varios países europeos, y en especial estaba el ejemplo de Portugal, cuya Constitución de 1976 había dedicado a la cuestión su artículo 35, el cual recogía ya algunos de los rasgos principales de lo que, más tarde, será el derecho fundamental que nos ocupa.

Ahora bien, una vez dado este paso, no se consideró necesario elaborar esa ley que debía limitar el uso de la informática hasta mucho más tarde. Fue preciso esperar hasta 1992 para que viera la luz la LORTAD. Para entonces había avanzado notablemente la informatización de la sociedad y era claro el rápido despliegue de las TIC en múltiples niveles de la vida social. También se habían percibido ya en términos concretos, con motivo de algunos episodios que llegaron, incluso, a provocar debates parlamentarios, las amenazas existentes, como, por ejemplo, a propósito del acceso no autorizado al censo electoral y a listados de la Seguridad Social y de ciertas formas de actuar de los servicios privados de información sobre solvencia patrimonial. Sin embargo, la razón determinante de la elaboración y aprobación de esa Ley Orgánica no

fue, propiamente, el propósito de cumplir la Constitución. Ni tampoco el de ofrecer mayores garantías a los ciudadanos ante el avance tecnológico. El motivo inmediato no fue otro que la necesidad de contar con ese instrumento legislativo para que España pudiera integrarse en el grupo de países que, conocido como Grupo de Schengen, suprimió los controles fronterizos interiores, pues lo exigían las reglas de los acuerdos que lo crearon. De no haber sido por esta circunstancia, habríamos tenido que esperar más tiempo y se habría perpetuado una situación en la que la única previsión normativa sobre la materia era la que ofrecía la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que reconducía a sus preceptos la tutela que fuere precisa frente al uso de la informática.

Naturalmente, eso no le quita trascendencia al acontecimiento que representó la aprobación y entrada en vigor de la LORTAD. Se trataba de un progreso muy importante, ante todo, porque daba cumplimiento al artículo 18.4 de la Constitución. Por otra parte, no se puede desconocer que esa Ley Orgánica regulaba por primera vez en España la protección de datos de carácter personal. Además, el legislador era consciente de que estaba trabajando en un terreno nuevo y, si bien no se atrevió a manifestar explícitamente lo que, en realidad, estaba haciendo —desarrollar un derecho fundamental—, sí dejó las suficientes pistas para que los intérpretes pudieran entenderlo así. No en vano la Exposición de Motivos de la LORTAD hablaba de un nuevo derecho fundamental, si bien lo difuminaba al utilizar para denominarlo el barbarismo de privacidad y, luego, en su articulado trazaba una regulación dirigida no tanto a vedar intromisiones ilegítimas en la esfera personal y a reaccionar contra ellas, al modo en que la Ley Orgánica 1/1982 lo había hecho, sino a establecer una disciplina positiva que permitiera el control por el afectado de la información personal que le afecta, fuera o no íntima. Y, para ello, trazaba un marco jurídico en el que se combinaban derechos y deberes, normas objetivas, instituciones, potestades, procedimientos, infracciones y sanciones.

El caso es que, catorce años después, disponíamos de una disciplina querida por el constituyente y su aplicación se llevó a cabo con diligencia en la parte que se refería a la creación de la institución encargada por el legislador de ofrecer una primera línea de defensa especializada de ese derecho fundamental: la Agencia de Protección de Datos. En este sentido, el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, aprobó el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos. Igualmente, se fueron dictando los reglamentos que desarrollaban la ley en lo que se refiere a la notificación e inscripción de ficheros, al movimiento internacional de datos personales, al procedimiento para el ejercicio de sus derechos por los afectados y al ejercicio de la potestad sancionadora. El Real Decreto 1332/1994, de 11 de junio, se ocupó de ello. Por su parte, el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, reguló las medidas de seguridad con las que deben contar los ficheros de datos personales y los tratamientos que realicen con ellos.

Unos meses después de la entrada en vigor de la LORTAD, el Tribunal Constitucional, que hasta entonces no se había adentrado en este territorio, dio sus primeros pasos en la materia, en su Sentencia 254/1993, de 20 de julio. Ciertamente, lo hizo en sintonía con lo que había hecho poco antes el legislador y, como las Cortes Generales, dejó en una cierta indeterminación el ámbito material en el que se movía. Sin embargo, si ya la Exposición de Motivos de la LORTAD hablaba de un nuevo derecho fundamental y de la autodeterminación o consentimiento como el principio sobre el que descansa la regulación que contiene y de los derechos de autodeterminación de los afectados, esa Sentencia se refería a una nueva garantía constitucional, la libertad informática, y, lo que es muy importante, sentó las bases que la sostenían: el artículo 18.4 de la Constitución y el Convenio n.º 108, de 28 de enero de 1981, del Consejo de Europa, sobre el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, enlazados en virtud del artículo 10.2 del texto fundamental.

A nadie puede escapársele la relevancia de esta decisión del Tribunal Constitucional. No sólo es importante porque abre una línea jurisprudencial que acabará conduciendo al reconocimiento del derecho fundamental. También lo es por la forma en la que lo hace. Me refiero a la conexión que establece entre el Derecho internacional, es decir, el Convenio n.º 108, y el artículo 18.4 de la Constitución. Se trata de un nexo fructífero pues, a un tiempo, llena de contenido concreto la protección frente al uso de la informática querida por la Constitución y extrae de aquel texto internacional toda la fuerza normativa que brota de sus disposiciones sobre las facultades que las legislaciones nacionales deben reconocer a los afectados por tratamientos automatizados de datos personales. Me refiero a que se fija en la estructura de las reglas que contiene y observa que, pese a que el propio Convenio las denomina principios, tienen la suficiente concreción para, al aplicarse en el ordenamiento español, en relación con el precepto constitucional que nos ocupa, generar facultades subjetivas susceptibles de tutela judicial. De esta manera, la Sentencia supera la anterior doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la virtualidad jurídica del Convenio, que había visto en él solamente principios necesitados de desarrollo legislativo para que fueran susceptibles de producir derechos. Y, también, pone de manifiesto el amplio alcance de las posibilidades que la Constitución abre a la interpretación de las normas de su Título I a la luz de los tratados y convenios ratificados por España sobre la materia.

Sin que reste un ápice la trascendencia de esa Sentencia, estoy convencido de que el progreso jurisprudencial que representa guarda estrecha relación con la entrada en vigor, unos meses antes, de la LORTAD. La proximidad existente entre la Exposición de Motivos de este texto legal y los razonamientos de la STC 254/1993 así permite entenderlo, más allá del hecho de que su último fundamento de Derecho se refiera expresamente a la Ley Orgánica 5/1992. Es como si el legislador hubiera abierto nuevas perspectivas a la interpretación constitucional al introducir en nuestro ordenamiento jurídico

un amplio desarrollo no sólo de las reglas recogidas en el Convenio n.º 108, sino también de casi todos los elementos que, pocos años después, en 1995, iba a recoger la Directiva europea 95/46/CE. En efecto, la presencia de estos materiales normativos —el Convenio n.º 108 y la LORTAD— antecede al pronunciamiento del Tribunal Constitucional y, seguramente, lo guía en el entendimiento que adopta del artículo 18.4 de la Constitución. Lo cual es perfectamente coherente si se tiene presente que la LORTAD, con independencia de sus aspectos controvertidos, trazaba el régimen del derecho a la protección de datos entonces —y ahora— vigente entre nosotros de una forma que responde, en sus líneas maestras, a los perfiles que predominan en el Derecho comparado y han sido recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y por la Constitución europea.

El paso dado por el Tribunal Constitucional no tardó en reflejarse también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sirvió, además, para contribuir a la aplicación de las nuevas normas tanto gracias a los efectos jurídicos que se desprenden de sus decisiones cuanto a través de la proyección de su doctrina. En este sentido, está claro que fue un importante apoyo a la labor que, en breve, empezó a desarrollar la Agencia de Protección de Datos. No obstante, la realidad ha sido, y en buena medida todavía lo es, que el nuevo derecho que se abría camino entre la legislación y la jurisprudencia era un desconocido, ciertamente, para la mayoría de los ciudadanos y, también, para buena parte de los poderes públicos. Si estos últimos poco a poco han ido sometiendo sus ficheros de datos personales y los tratamientos que realizan a las normas legales, en cambio, aún no existe una conciencia ciudadana de este derecho, lo que condiciona en gran parte su garantía desde el momento en que la lucha por los derechos han de llevarla a cabo, ante todo, sus titulares.

Seguramente, esta reducida sensibilidad hacia el nuevo derecho, sin duda facilitada por la incertidumbre sobre su denominación y características distintivas, facilitó el episodio vivido con lo que, inicialmente, era una mera reforma de la LORTAD dirigida a incluir en ella las novedades aportadas por la Directiva europea de 1995. En efecto, lo que comenzó como una modificación casi puntual acabó transformándose, por decisión —insuficientemente explicada— de la ponencia designada en el Congreso de los Diputados para elaborar el dictamen sobre el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno, en una nueva Ley. Así, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de Carácter Personal, la LOPD, sustituyó a la LORTAD, cuando, en realidad, tiene prácticamente el mismo contenido.

El simple cotejo de uno y otro texto lo pone de relieve, al igual que refleja que la LOPD no ha eliminado ninguno de los aspectos polémicos de aquella Ley Orgánica. Así, no suprimió las restricciones en materia de información en la recogida de datos, ni modificó el régimen de las cesiones de datos entre Administraciones Públicas, ni, en fin, cambió las normas que permiten dejar sin efecto los derechos de los afectados a acceder, rectificar o cancelar sus datos cuando se trate de ficheros de titularidad pública, aspectos

éstos combatidos en el recurso de inconstitucionalidad que interpusieron el Defensor del Pueblo y parlamentarios del Grupo Popular contra la Ley Orgánica de 1992 y que motivó que aquél impugnara también la LOPD. Y tampoco alteró el régimen competencial previsto en la LORTAD en materia de ficheros de titularidad privada, conforme al cual la Agencia estatal de Protección de Datos es la única habilitada para ejercer las atribuciones que la Ley contempla sobre ellos, extremo cuestionado por la Generalidad de Cataluña, cuyos Parlamento y Gobierno interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad por este motivo.

Tal identidad en las regulaciones no es plena porque, como se ha dicho, era preciso incorporar las novedades exigidas por la transposición de la Directiva, entre las que se cuentan el derecho de los afectados a ser informados de la recogida de sus datos cuando no se obtengan de ellos, siempre que sea posible y no requiera un esfuerzo desproporcionado a juicio de la Agencia de Protección de Datos, y el derecho a oponerse a un tratamiento de sus datos cuando no sea preciso su consentimiento y medie una causa legítima que lo justifique. Pero las innovaciones no se limitaron a las requeridas por esa transposición. Hubo otras, pocas pero significativas. Una de ellas es la que incluye dentro de las competencias de las Agencias que creen las Comunidades Autónomas los ficheros —y los tratamientos— de titularidad de los entes locales de su territorio.

Las otras, sobre las que se planteó una viva polémica, son las dirigidas claramente a facilitar la actividad de las empresas que trabajan con datos personales en el sector privado. En efecto, si la LORTAD prohibía, en su artículo 4.2, el tratamiento de los datos para fines distintos de los que justificaron su recogida, la LOPD, en el mismo precepto, limita la prohibición a las finalidades incompatibles con aquéllos. Por otro lado, si la LORTAD, al remitirse, a propósito del censo electoral, a la legislación sobre el régimen electoral general, lo mantenía al margen de las empresas dedicadas a la publicidad, prospección comercial o venta a distancia, la LOPD les abre ese cúmulo de apetecidos datos personales a través del denominado censo promocional previsto en su artículo 31, dejando a los afectados la carga de solicitar su exclusión, cuando lo propio, tratándose de algo que afecta a un derecho fundamental, sería lo contrario, que figurara en él quien lo deseara. Luego autoriza, en la disposición adicional quinta, la modificación del artículo 24.3 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, la creación de ficheros comunes de datos entre las empresas aseguradoras. Parece, por tanto, como si el legislador de la imprevista LOPD hubiera pretendido compensar los excesos en que incurrió la LORTAD a favor de los ficheros de titularidad pública con otros, ahora en provecho de los de titularidad privada.

Mientras tanto, la Comunidad de Madrid, en 1995 (Ley 13/1995, de 21 de abril), había aprobado una Ley regulando el uso de la informática en el tratamiento de los datos personales y creado una Agencia autonómica, que enseguida se puso en marcha, ejerciendo sus competencias sobre los ficheros

y tratamientos de los órganos autonómicos. Y la jurisprudencia constitucional tomó, siguiendo la línea trazada en la STC 254/1993, un nuevo impulso en la serie de Sentencias que comienza con la 11/1998, de 13 de enero. En ellas se pone el acento en la conexión que debe existir entre la finalidad para la que se obtuvo un dato personal y su posterior utilización. La importancia de la regla de la finalidad es tanta que su uso para fines distintos —nos dice el Tribunal Constitucional— constituye una lesión del derecho fundamental que justifica el amparo. Se trataba de casos en los que se había aprovechado el dato de la afiliación sindical, facilitado por los trabajadores a la empresa para el abono de la cuota al sindicato al que pertenecían, para deducir del salario de los que habían secundado una huelga la parte correspondiente. O de la instrumentalización de un fichero de datos sobre salud laboral para controlar el absentismo, que es lo que sucede en el caso contemplado en la STC 202/1999, de 8 de noviembre.

Estos pronunciamientos insisten en el control por el afectado de la información personal que le es propia como aspecto decisivo de ese nuevo derecho fundamental que, cada vez más, se va perfilando como una categoría distinta del derecho a la intimidad. Sin embargo, no será hasta la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que estima el recurso de inconstitucionalidad del Defensor del Pueblo contra la LOPD, cuando el Tribunal Constitucional afirme la existencia del derecho fundamental a la protección de datos. Ciertamente, lo hizo pocos días antes de que la Cumbre de Niza aprobara la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que lo reconoce en su artículo 8, a lo que la propia STC 292/2000 se refiere en apoyo de su argumentación, y después de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubiera distinguido, especialmente en sus Sentencias *Amann contra Suiza* y *Rotaru contra Rumanía*, ambas del año 2000, esta figura subjetiva dentro de una interpretación amplia de la noción de vida privada que permite incluir dentro de su protección los supuestos contemplados en el Convenio n.º 108 del Consejo de Europa.

Nuevamente, vemos cómo la jurisprudencia se mueve en la misma dirección en que apunta la legislación más avanzada, recogiendo sus postulados y reuniéndolos, esta vez de forma explícita, bajo la cobertura de un nuevo derecho fundamental que deja de ser innominado desde el momento en que esa Sentencia 292/2000 lo identifica con la misma denominación que utiliza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En esta ocasión, el Tribunal Constitucional, antes de pronunciarse sobre las tachas de inconstitucionalidad imputadas a la LOPD, lleva a cabo una completa definición del derecho. Desde su fundamento y naturaleza a los caracteres principales que lo distinguen son objeto de esta suerte de proclamación que se preocupa, además, de llamar la atención sobre los aspectos que lo diferencian del derecho a la intimidad.

Dibujados los contornos del derecho fundamental, la Sentencia examina los preceptos cuestionados por el Defensor del Pueblo y concluye que contradice la Constitución la posibilidad de que, por virtud de una disposición

reglamentaria, circulen los datos personales entre Administraciones, tal como lo permitía el artículo 21 de la LOPD, en este caso por vulnerar la reserva de ley impuesta por el artículo 53.1 del texto fundamental. Del mismo modo, juzga contraria a la Constitución la previsión del artículo 24.1 de la LOPD que autorizaba que los responsables de los ficheros de titularidad pública no facilitaran información al afectado en el momento de solicitarle sus datos cuando esa información impidiera o dificultara gravemente el cumplimiento de las funciones de control y certificación de las Administraciones Públicas o cuando afectara a la persecución de las infracciones administrativas. E, igualmente, considera inconstitucionales las restricciones al ejercicio de los derechos de los afectados frente a los ficheros y tratamientos de titularidad pública que el apartado segundo de ese mismo artículo permitía. Inconstitucionalidad derivada del exceso del precepto, que, tanto en su apartado primero como en el segundo, sacrificaba, mediante la apelación a cláusulas generales, aspectos esenciales del contenido del derecho fundamental. Tan excesivas las encuentra el Tribunal Constitucional que declara la nulidad de buena parte del apartado primero y de todo el apartado segundo del mencionado artículo 24.

Simultáneamente, ese mismo 30 de noviembre de 2000, en su Sentencia 290, el Tribunal Constitucional resuelve lo que entiende subsistente de los recursos interpuestos contra la LORTAD, que no es otra cosa que los aspectos competenciales planteados por el Parlamento y el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, ya que estima que, con su derogación por la LOPD, habían perdido su objeto, por no incidir en esas cuestiones, los recursos del Defensor del Pueblo y de cincuenta parlamentarios del Grupo Popular. Pues bien, puestos a completar la labor de construcción del derecho, esta Sentencia confirma la conformidad a la Constitución de la opción efectuada por el legislador en 1992 —y mantenida en 1999— de reservar a la Agencia estatal las competencias sobre los ficheros de titularidad privada. Los artículos 149.1.1.^a y 81, así como la mejor tutela del derecho fundamental, son los argumentos en los que se apoya para desestimar estos motivos de inconstitucionalidad.

Para terminar esta relación, debo dejar constancia de la creación de otras dos Agencias de Protección de Datos: la catalana en 2002 (Ley 5/2002, de 19 de abril) y la vasca en 2004 (Ley 2/2004, de 25 de febrero), siendo previsible que también en las otras Comunidades Autónomas se vayan creando las suyas. Precisamente, a causa de esta circunstancia, el artículo 79 de la Ley 62/2003, de 30 de noviembre, ha modificado la LOPD para introducir en la denominación de la Agencia estatal el calificativo de «española» con el objeto de evitar las confusiones que, de otro modo, podrían producirse.

2. INTIMIDAD Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Decía antes que entre las cuestiones relacionadas con el derecho a la autodeterminación informativa que han sido y siguen siendo objeto de debate,

destaca la que tiene que ver con el bien jurídico que subyace a esta figura. En particular, las posiciones más destacadas son las que la encuadran en el seno del derecho a la intimidad personal y familiar, que reconoce el artículo 18.1 de la Constitución, y las de quienes pensamos que el apartado cuarto de ese precepto contempla una cosa distinta que hemos denominado autodeterminación informativa, libertad informática o, simplemente, se ha identificado con la protección de los datos personales en cuanto emanación de la dignidad y libertad de las personas.

La primera postura, asumida por el legislador de 1982 en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 1/1982, ha contado con defensores que, simplemente, consideraron que la mención expresa efectuada en el artículo 18.4 a los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar y esa remisión al legislador eran señales claras de que debía situarse la protección frente a la informática en el ámbito del apartado primero del mismo artículo y, dentro de él, bajo el manto del derecho a la intimidad, pues era esa intimidad como tal la que veían en riesgo. Si a esto añadimos que la Constitución no habla de ninguna categoría nueva cuando encomienda a la ley el establecimiento de esa tutela, tenemos los elementos principales que sostienen este punto de vista, tal como fue inicialmente asumido.

Frente a tal concepción, hemos destacado que la protección que la Constitución quiere asegurarnos ante los progresos tecnológicos no coincide con la que brinda el derecho a la intimidad, desde el momento en que el riesgo específico que implica la informática es el control sobre las vidas de los demás que permite la captación incontrolada de información personal que en manera alguna nos merece la consideración de íntima. Es decir, la recopilación y el tratamiento automatizado de datos sobre los más variados aspectos de nuestras actividades que no ocultamos, sino que desarrollamos a la luz pública y de las que dejamos, incluso, constancia en guías, registros, anuncios, o, simplemente, las facilitamos inocentemente, sin pensar en que esos datos pueden ser reunidos con otros muchos ni, menos aún, que de su relación automatizada puede obtenerse una reconstrucción de nuestras aficiones, preocupaciones, solvencia, salud, vida familiar, amistades, ideas, creencias... es decir, de nuestras vidas y de nuestra personalidad, y ser utilizadas esas elaboraciones que nos afectan con los propósitos más variados por quienes han conseguido hacerse con tal información: normalmente venderlas a terceros, si se trata de particulares, o tenerlas presentes para el ejercicio de sus atribuciones, si se trata de los gobernantes. De esta manera, puede suceder que, sin conocimiento del afectado, haya quienes dispongan de información que le concierne y en función de ella tomen decisiones sobre él, tales como darle o no trabajo, concederle o no un crédito, alquilarle o no una vivienda, considerarle o no peligroso o conflictivo. Y todo ello con la particularidad de que el resultado de esas elaboraciones, en tanto que producto de un tratamiento de datos, puede que ni siquiera sea veraz.

Pues bien, a esos resultados es posible llegar sin necesidad de adentrarse ilegítimamente en el terreno de la intimidad, pues no es normalmente me-

dian­te el acceso a la información que la persona reserva para sí y para los que considera más próximos como se producen, sino con el tratamiento de datos aparentemente inocuos. Por eso, los instrumentos de tutela jurídica de la intimidad no sirven para afrontar estos peligros. No es la intimidad lo que está en juego, sino el control del uso por terceros de la información personal que nos afecta, aunque no se refiera a aspectos íntimos de nuestra existencia.

La circunstancia de que estos problemas hayan sido afrontados en otros lugares bajo el prisma del derecho al respeto de la vida privada y que, particularmente, así lo haya hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, obligado a ello porque es el que reconoce la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) en su artículo 8, ha condicionado notablemente la manera de enfocar esta cuestión y ha favorecido que se lleve al campo de la intimidad. Sin embargo, ni la noción de vida privada coincide exactamente con la de intimidad, ni el contexto que establece la Constitución de 1978 es el mismo que el fijado por la CEDH. En efecto, en nuestro caso se ha producido un proceso de especificación o, si se quiere, de concreción de lo que, de otro modo, debería situarse bajo una cláusula general como la del artículo 8 del CEDH. Nosotros tenemos, por un lado, los derechos del apartado primero del artículo 18 —que son cada uno de ellos figuras autónomas— y, por el otro, la previsión de su apartado cuarto, que, además, significativamente, nos habla también de la garantía del pleno ejercicio de los derechos de las personas. No son las mismas las premisas y, por eso, no pueden ser las mismas las consecuencias.

De ahí que, en nuestro ordenamiento, la noción de intimidad sea más restringida. Que pugne con lo que es público. En cambio, lo que se está llamando autodeterminación informativa es más amplio, pudiendo, desde luego, englobar datos íntimos —lo son los que en la terminología de las normas sobre protección de datos personales se denominan datos sensibles o datos especialmente protegidos, como los llama el artículo 7 de la LOPD—, pero también los que no tienen tal carácter y que serán los que normalmente sean objeto de captación y tratamiento. Además, si bien se mira, la forma de operar de las normas dedicadas a proteger la autodeterminación informativa es distinta de la que adoptan las que se encargan de asegurar la intimidad. En este caso, basta con observar lo que dispone la Ley Orgánica 1/1982, es la noción de intromisión ilegítima la pieza central del sistema de protección y la publicidad, el desvelamiento por el afectado de parcelas de su intimidad, excluye tal ilegitimidad. Sin embargo, en el caso de la autodeterminación informativa, es el consentimiento del afectado la piedra angular del conjunto, incluso cuando se pretenda tratar datos relativos a conductas o hechos que se han realizado públicamente.

Claro que es posible reconducirlo todo a la posición que se desee por el sencillo procedimiento de dar a las palabras un sentido diferente al que tienen. De ser así, nada impide situar las cosas donde se quiera. En este caso, en

el ámbito de la intimidad. De hecho, hace ya años, en el curso de los trabajos encaminados a preparar la primera legislación inglesa sobre protección de datos, se distinguió ente intimidad en sentido estricto e intimidad informativa, situando en el plano de la segunda los problemas de la protección de datos. Pero, claro está, en la práctica esa solución significa desdoblarse dentro de una categoría las dos de las que estoy hablando. Y, si se opta por residenciarlo todo en la única figura de la intimidad, entonces será cierto que esta noción habrá perdido su sustancia y será, más que nada, fuente de confusión por englobar demasiadas cosas en su seno.

Reiterar estas ideas —que he venido defendiendo desde hace años— no es intrascendente después del paso dado por el Tribunal Constitucional. En efecto, nuevos autores, algunos en valiosos estudios que están publicándose, vuelven a plantear la cuestión y siguen apareciendo defensores de lo que se podría llamar posición o interpretación convencional porque, a mi juicio, a pesar de ser conscientes de la complejidad de las relaciones jurídicas que subyacen a cada una de las categorías de las que se discute, no extraen las consecuencias debidas de los distintos intereses en juego ni de la diferente manera en que se despliega la tutela jurídica, ni reparan adecuadamente en las diferencias que median entre nuestro Derecho y otros ordenamientos en los que se apoyan. En realidad, ni siquiera tienen presente que ha habido casos, bien significativos, en los que se ha pasado de situar la protección de los datos personales en el ámbito del derecho a la intimidad a erigirla en un derecho fundamental autónomo.

En este sentido, creo que refuerza las razones que se están aduciendo para justificar el acierto de separar intimidad y autodeterminación informativa y los respectivos derechos fundamentales el cambio operado en la Unión Europea al respecto. Tal como se ha dicho al principio de estas páginas, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 8, reconoce como uno de ellos el de la protección de datos personales. Antes, en el artículo 7, ha reconocido el derecho al respeto de la vida privada. Es decir, ha plasmado expresamente la misma solución a la que conduce la interpretación adecuada del artículo 18.1 y 4 de la Constitución española. Y es relevante la opción de la Carta —pronto de la Constitución europea— porque, hasta que fue aprobada en 2000, el texto jurídico de referencia en la Unión Europea sobre la protección de datos personales era la Directiva 95/46/CE, que explícitamente apela al derecho a la intimidad para fundamentar la regulación que establece. Así, pues, cabe hablar de un cambio en el Derecho europeo, del mismo modo que se aprecia una nítida evolución en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, dentro del espacio del derecho al respeto de la vida privada, concebida ésta ampliamente, ha empezado a hablar del derecho a la protección de datos como una variante dotada de sustantividad propia.

Me parece, por último, que éste es el lugar apropiado para explicar la razón por la que hablo de autodeterminación informativa y no de protección de datos, que es la expresión que ha cobrado carta de naturaleza en la legislación y en la jurisprudencia. Ante todo, he de decir que hay otras denomina-

ciones que en uno y otro momento han sido mencionadas por la jurisprudencia. La más notable es la de libertad informática. Por otra parte, de autodeterminación hablaba en algún momento la Exposición de Motivos de la LORTAD y a ella se refieren los recursos de inconstitucionalidad que el Defensor del Pueblo interpuso contra la LORTAD y contra la LOPD. Asimismo, en la propia STC 292/2000 se menciona la expresión libertad informática como equivalente a derecho a la protección de datos. Por tanto, son expresiones familiares en esta materia, cuyo uso no está reducido a los trabajos doctrinales.

Lo que me ha hecho preferir desde el primer momento la fórmula autodeterminación informativa, que es la acuñada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en su Sentencia de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo de 31 de marzo de 1982, es su mayor precisión y rigor técnico. Expresa la sustancia del derecho: el control de uno mismo sobre la información personal que le afecta y sirve para proyectarlo frente a la informática o frente a cualquier tecnología. Ante esas connotaciones, libertad informática es, a la vez, más vago e inconcreto y más restringido, aunque sea más estético, y derecho a la protección de datos supone tomar la parte por el todo, y, además, la parte más instrumental, pues la protección de los datos personales es la forma en que se satisface el bien jurídico que subyace al derecho. Pero, naturalmente, sea cual sea el nombre que se prefiera, lo decisivo es el régimen jurídico, la sustancia normativa e institucional que comprende. Por lo demás, la difusión que han alcanzado estas expresiones hace que la opción por una de las que no han preferido el legislador ni la jurisprudencia constitucional no sea fuente de confusión.

3. EL DESCUBRIMIENTO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

En un ordenamiento en el que se ha producido a nivel constitucional una extensa e intensa positivización de los derechos no es frecuente que la jurisprudencia añada otros nuevos, como lo ha hecho la STC 292/2000. Quiero decir que no es frecuente fuera de los casos, algo más numerosos, en los que procede a desarrollar contenidos necesarios de los que ya han sido afirmados expresamente. Cuando sucede esto último, el Tribunal Constitucional no hace más que explicitar lo que el propio texto de la Constitución implica y es perceptible sin excesivo esfuerzo para cualquier intérprete. Por ejemplo, que el derecho de acceder a los cargos y funciones públicos al que se refiere el artículo 23.2 supone, también, el de permanecer en ellos. O que el derecho a la tutela judicial no sólo comporta el acceso a la jurisdicción, sino, además y entre otras cosas, el derecho a una resolución fundada sobre el fondo de la pretensión, siempre que no exista una causa legalmente prevista que lo impida o el derecho a su ejecución. En las ocasiones en las que la jurisprudencia produce este efecto, aporta certeza, lo que es muy importante, pero no puede decirse que abra nuevos caminos

ni que ensanche los horizontes respecto de los que ya se divisan desde el texto de la Constitución.

Desde luego, la afirmación del derecho fundamental a la protección de datos, del derecho a la autodeterminación informativa, no es uno de esos casos a los que me acabo de referir. Aquí hay un trabajo más complejo que el representado por la simple explicitación de lo que está implícito. El artículo 18.4 de la Constitución impone la búsqueda de su alcance. Y esa indagación, que ha de hacerse dentro del ordenamiento al que aquélla sostiene, unifica y da sentido, exige, en primer lugar, establecer lo que quiere proteger esa disposición y, luego, definir la forma que ha de adoptar tal protección. Naturalmente, todo eso ha de hacerse de forma coherente con lo que la propia Constitución ordena. Es decir, sin violentarla ni pretender introducir en el sistema que preside elementos extraños e incoherentes con sus mandatos. Pero, al mismo tiempo, debe realizarse teniendo presente la realidad sobre la que se proyecta, la realidad que el mismo artículo 18.4 está contemplando, pues no cabe desvelar su contenido en un plano meramente abstracto. Así, pues, es una operación delicada.

El Tribunal Constitucional la ha afrontado siendo consciente de ello. Esto se aprecia en la argumentación que desarrolla para justificar la conclusión a la que llega. Y si ha consistido en el reconocimiento de un derecho que no está escrito en la Constitución ha sido porque ha encontrado en su interior los materiales que, una vez ensamblados, le han dado cuerpo. En este punto es preciso advertir que la posición del juez constitucional a la hora de pronunciarse sobre la existencia de nuevas formas de derechos fundamentales no es la misma que la del constituyente. Éste puede ensanchar los contenidos materiales del ordenamiento ya que ejerce poderes originarios. Aquél solamente dispone de poderes derivados, constituidos, lo que le obliga a moverse en el marco de valores fijado por el artífice de la Constitución. Y, aunque el margen de maniobra del que disfruta es muy amplio, no en vano lo que distingue a las normas constitucionales es su indeterminación y elasticidad, y a pesar de que, en último término, la Constitución es lo que el Tribunal Constitucional dice que es, su cometido debe desempeñarlo dentro de aquel ámbito para no desnaturalizar todo el conjunto. Esto significa que no cabe hablar, en general, de la creación de derechos fundamentales por la jurisprudencia, sino más bien de su descubrimiento, de su invención —en el sentido de la *inventio* romana— o hallazgo en el ordenamiento jurídico. Tal como se ha dicho, esto es lo que ha sucedido en el asunto que nos ocupa.

Por otra parte, para que se haya podido producir este resultado no sólo era necesario que existiera un presupuesto o soporte en el texto constitucional como el que ofrece el artículo 18.4. Por sí solo no es un elemento suficiente. Facilita, ciertamente, su consecución, pero se puede pensar que, aunque no existiera, podría haberse alcanzado el mismo efecto. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha podido hablar del derecho a la protección de datos a partir del artículo 8 del CEDH, que se limita a reconocer el derecho al respeto de la vida privada sin contar con una previsión como la

que contiene aquel precepto. Lo decisivo es la interacción que se da entre las normas constitucionales y la realidad que contemplan y el hecho de que, en esa relación, emerja con claridad una necesidad básica de las personas que demande su satisfacción mediante la afirmación de un derecho fundamental. Cuando se da esta circunstancia y en el ordenamiento existen los elementos precisos para articularla es cuando concurren las condiciones para que se lleve a un pronunciamiento como el que ha hecho en España el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000.

Así, pues, el descubrimiento del derecho a la autodeterminación informativa es el punto final de un proceso constructivo que tiene lugar en el seno del ordenamiento y que viene precedido por unas transformaciones sociales de tal entidad que han hecho surgir la necesidad de que las personas dispongan de un instrumento específico de tutela para salvaguardar su propia dignidad y libertad, incluso su propia identidad, ante los riesgos que ha provocado el progreso tecnológico. Ese avance tan extraordinario que, al tiempo que trae consigo beneficios y mejoras antes impensables en las condiciones de vida, también implica peligros reales desconocidos hasta ahora, aunque fueran anticipados por la imaginación creadora de algunos autores que supieron vislumbrar algunos aspectos del futuro que se aproximaba. En una sociedad informatizada, en una sociedad red en la que la existencia de un *Big Brother* —o de varios *Big Brothers*— no es una fantasía; en la que, como afirmó el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Sentencia de 15 de diciembre de 1983, no hay datos carentes de interés, ni siquiera los aparentemente más inocuos, porque su tratamiento automatizado permite darles un significado personal; en fin, en una sociedad en la que las TIC han superado la barreras del espacio y del tiempo, e incluso las de la memoria, porque no conocen el olvido, necesitamos controlar la información que sobre nuestras personas usan o quieren usar otros para obtener provecho económico o buscar cualquier otra finalidad, aun legítima.

Es esta realidad de fondo la que se proyecta sobre la Constitución y demanda de ella una respuesta. La nuestra la ha facilitado, gracias a que los constituyentes tuvieron el buen sentido de incluir el apartado cuarto del artículo 18. Y esa respuesta debía ser coherente con la entidad de lo que está en juego. Es decir, tenía que conducir al reconocimiento de un derecho fundamental autónomo que ofrezca la protección adecuada frente al peligro que se ha descrito. Un derecho instrumental, ciertamente, pero igual de instrumental que otros de indudable raigambre en el constitucionalismo, como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, o cualquiera de los reconocidos en los textos fundamentales, pues los derechos que afirman no son más que los medios jurídicos que aseguran la satisfacción de las necesidades básicas de las personas en los casos en que se pretende obstaculizarla o impedirarla.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las ideas que he expuesto las había desarrollado antes en varios trabajos. De ellos destacaré ahora los siguientes. En *El derecho a la autodeterminación informativa* (Tecnos, Madrid, 1990) me ocupo de los antecedentes, del debate sobre la naturaleza del derecho, de los trabajos constituyentes y de las iniciativas encaminadas a desarrollar el artículo 18.4 de la Constitución que no llegaron a prosperar. En esas páginas trazo, también, una caracterización del derecho fundamental que luego aplico al examen de la LORTAD en *Informática y protección de datos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993). En «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa» (*Revista de Estudios Políticos*, n.º 104/1999, págs. 35 y ss.) abordo algunas de las dificultades surgidas en los primeros momentos de su aplicación, y en «Las vicisitudes del Derecho Español de la Protección de Datos Personales» (ahora en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, págs. 509 y ss.) me ocupo de los problemas planteados por la sustitución de la LORTAD por la LOPD. En fin, en «La primera jurisprudencia sobre el derecho a la autodeterminación informativa» (*Datos personales.org Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, n.º 1/2003) comento las Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo más significativas dictadas entre 1993 y 2002. En esas publicaciones se encuentran las referencias bibliográficas fundamentales y se examina la escasa jurisprudencia existente.

Recientemente se han publicado monografías de interés que he tenido en cuenta. Así, la de María Mercedes SERRANO PÉREZ, *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado* (Civitas, Madrid, 2003), y la de Teresa GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, *Informática y libertades. La protección de datos personales y su regulación en Francia y España* (Universidad de Murcia, 2003). Asimismo, he manejado la valiosa tesis doctoral de Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *La protección constitucional de los derechos fundamentales frente a los usos de las nuevas tecnologías*, publicada con el título *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa* (Civitas, Madrid, 2004), que, entre otras cosas, replantea con inteligencia el debate sobre la naturaleza del derecho y cuestiona la forma en la que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional. También debo destacar los trabajos de Jesús Alberto MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, *La cesión o comunicación de datos de carácter personal* (Civitas, Madrid, 2003), y de Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *La protección de datos personales ante las Administraciones Públicas* (Civitas, Madrid, 2003).

Las Memorias de la Agencia Estatal de Protección de Datos y de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid ofrecen información y materiales de indudable utilidad.

Por lo demás, siguen siendo imprescindibles las reflexiones de Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, iniciador en España de los estudios sobre esta materia

y uno de los autores que más ha contribuido a ellos. En las obras antes citadas doy cuenta de sus numerosos trabajos. Baste ahora con hacer referencia a dos de sus contribuciones. En *Manual de Informática y Derecho* (Ariel, Barcelona, 1996, págs. 43 y ss.) condensa su concepción sobre la libertad informática. Y en «Sobre el arte legislativo de birlibirloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España» (*Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, tomo XVIII, 2001, págs. 321 y ss.) examina críticamente la sustitución de la LORTAD por la LOPD.