

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL TRATADO POR EL QUE SE INSTITUYE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

NOELIA DE MIGUEL SÁNCHEZ

1. EL VACÍO GENERADO POR LA AUSENCIA DE UN CATÁLOGO DE DERECHOS EN EL SENO DE LA COMUNIDAD: A) *La labor creativa del Tribunal de Justicia en el diseño de los derechos fundamentales comunitarios.* B) *La evolución hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.*—2. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN EL ÁMBITO COMUNITARIO: A) *El concepto de derecho a la intimidad expresado en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* B) *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el derecho a la intimidad.* C) *El derecho a la protección de datos de carácter personal en el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.*—3. REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN

En el presente estudio se analiza el derecho a la protección de datos de carácter personal desde su regulación en el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, partiendo del déficit provocado por la ausencia de un catálogo de derechos fundamentales en el ámbito comunitario. La insoluble vinculación de este derecho con el derecho a la intimidad ha generado dos líneas jurisprudenciales diversas emanadas desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y desde el Tribunal de Justicia, la primera favorable a su inclusión en el derecho a la intimidad y la segunda a una concepción autónoma del mismo; línea por la que también se decanta el Tratado. La divergencia de esta última postura pretende justificarse a través del análisis jurisprudencial y de la regulación en el Tratado de este nuevo derecho.

Palabras clave: protección de datos personales; intimidad; Constitución para Europa; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

ABSTRACT

This study analyzes the regulation of the protection of personal data right in the Treaty establishing a Constitution for Europe, taking as starting point the deficit caused by the absence of a fundamental right catalogue in European area. The close link between this right and the privacy right has produced two different jurisprudencial visions. The European Court of Human Rights conceives the protection of personal data right as a manifestation of privacy right; instead of this, for the Court of Justice of the European Communities is a specific right. This one is the option taken by the Treaty too. The disagreement with this position is justified by this study through the analysis of the jurisprudence and the Treaty regulation of this new right.

Key words: protection of personal data right; privacy right; Constitution for Europe; Charter of Fundamental Rights in the European Union; European Court of Human Rights; Court of Justice of the European Communities.

Las vicisitudes planteadas por el proceso de ratificación del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa han puesto de relieve la ausencia de un consenso respecto de las previsiones del texto y lo dificultoso del camino que tendrá que recorrer la Unión hasta ver culminado su proyecto de dotar a los Estados miembros de una norma fundamental común.

Las siguientes reflexiones no tienen por fin aportar una visión global del *iter* que ha supuesto la elaboración del Tratado, sino que se centran en una cuestión muy puntual del mismo, que halla su principal desarrollo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el derecho a la protección de datos de carácter personal. Desde esta óptica, se analiza el esfuerzo por elaborar un catálogo de derechos propio en el seno de la Unión y los elementos que han contribuido a este propósito, para cuya culminación ha sido fundamental la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya visión, sin embargo, respecto del derecho a la intimidad y a la protección de datos personales no ha sido plenamente compartida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

1. EL VACÍO GENERADO POR LA AUSENCIA DE UN CATÁLOGO DE DERECHOS EN EL SENO DE LA COMUNIDAD

La salvaguarda de los derechos fundamentales no fue una de las máximas sobre las que se basaron los Tratados constitutivos, inspirados en principios de carácter económico, para cuya articulación aquellos no se presentaron como un elemento esencial. Sin embargo, el déficit generado por la ausencia de un catálogo de derechos en el seno comunitario ha ido poniéndose de relieve con el paso del tiempo, obligando al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a elaborar una doctrina que, pese a lo que tiene de positiva, adolece de importantes lagunas.

La primera referencia a los derechos fundamentales en el ámbito comunitario aparece en el Tratado, que nunca entraría en vigor, de 27 de mayo de 1952, por el que se establecía la Comunidad Europea de Defensa; en concreto, en el artículo 3 se manifestaba que la Comunidad sólo intervendría en la medida en que ello resultase necesario para dar cumplimiento a sus competencias y respetando las libertades públicas y derechos fundamentales de los particulares¹. Sin embargo, los únicos derechos con un reflejo efectivo en el origen de la Comunidad, en coherencia con los criterios impulsores de la misma, fueron los vinculados a las libertades de carácter económico —de circulación de trabajadores, de capitales, de bienes

¹ Conforme al apartado 1 de este precepto: «La Communauté emploie des méthodes les moins onéreuses et les plus efficaces. Elle ne recourt à des interventions que dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission et en respectant les libertés publiques et les droits fondamentaux des individus. Elle veille à ce que les intérêts propres des États membres soient pris en considération dans toute la mesure compatible avec des intérêts essentiels».

y servicios— que implicaban la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad² y la igualdad de remuneración con independencia del sexo del trabajador³; lo que con la perspectiva del tiempo resultaría claramente insuficiente, hablándose de la opacidad del sistema europeo de derechos frente a los ciudadanos⁴.

Los argumentos formulados por la doctrina para explicar esta ausencia han sido de muy diversa índole, desde el triunfo de la perspectiva funcionalista, defensora de que la idea de la construcción europea debía comenzarse desde el ámbito económico, pasando por la dificultad que hubiera supuesto llegar a un acuerdo sobre los derechos que debían incorporarse a los Tratados o, incluso, la falta de necesidad de un catálogo de derechos comunitarios por la escasa probabilidad de que las Comunidades vulnerasen derechos fundamentales, hasta las dificultades que tal reconocimiento implicaba desde el punto de vista de la soberanía de los Estados o de la relación estructural entre los ordenamientos comunitario y nacionales⁵.

Con independencia de la razón concreta justificativa de este vacío, se evidenció la inseguridad jurídica por él generado, hasta el punto de desplegar sus efectos sobre la distribución de competencias entre Estados miembros y Comunidad, al no garantizarse respecto de las competencias transferidas un nivel de protección de los derechos equivalente al nacional⁶.

² Artículo 7 del Tratado CEE.

³ Artículo 119 del Tratado CEE. Pierre PESCATORE, en «The context and significance of fundamental rights in the law of the European Communities», *Human Rights Law Journal*, vol. 2, nº 3-4, 1981, págs. 295 y ss., analiza el reflejo directo e indirecto de los derechos fundamentales en la normativa comunitaria. En este contexto alude, además de a los artículos ya referidos, al artículo 40 del Tratado CEE, sobre exclusión de toda discriminación entre productores y consumidores de productos agrícolas, y a los artículos 48, 52 y 60, relativos a la igualdad de los ciudadanos comunitarios en los ámbitos de empleo, libertad de establecimiento y prestación de servicios. Manifiesta, además, cómo algunos de los criterios que sirven de parámetro evaluador al Tratado, como aquello que es «justo» o «necesario», han sido las vías por las que se han introducido en la Comunidad conceptos como la proporcionalidad, el exceso de poder y la protección de las expectativas legítimas reconocidas por las Constituciones de los Estados.

⁴ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El proyecto de Constitución Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, pág. 17. L. M. Díez-PICAZO critica esta situación, poniendo de relieve la inseguridad y dificultades generadas por la ausencia de un catálogo de derechos, en «¿Una Constitución sin declaración de derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, págs. 135 y ss.

⁵ Vid. A. TORRES PÉREZ, «La dimensión estructural de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Relaciones verticales y cláusulas horizontales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 67, 2003, págs. 256-257.

⁶ Cfr. J. H. H. WEILER, «The Jurisprudence of Human Rights in the European Union. Integration and Disintegration, Values and Processes», *Jean Monnet Working Paper 2/96*, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/96/9602.html>. J. ROLDÁN BARBERO pone de relieve cómo, en última instancia, esta cuestión se ha convertido en la razón central para discutir la primacía del ordenamiento europeo sobre los nacionales (cfr. «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 16, 2003, pág. 944).

A) *La labor creativa del Tribunal de Justicia en el diseño de los derechos fundamentales comunitarios*

Ante esta situación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado una labor creativa en el ámbito de los derechos fundamentales; ha tenido que «inventar»⁷ estos derechos y lo ha hecho recurriendo a la técnica de los principios generales⁸, de forma que los derechos fundamentales que se reconocen son los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y de los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos del hombre a los que los Estados se han adherido; teniendo esta técnica la virtualidad de no constituir una ampliación indirecta de las competencias de la Comunidad frente a los Estados⁹.

Pese a ello, no puede obviarse que, en ocasiones, esta construcción puede resultar un tanto forzada y que responde, en definitiva, a la idea, ya apuntada, de justificar la preeminencia del Derecho comunitario sobre el de los Estados miembros; optando el Tribunal frente a un replanteamiento de su construcción del Derecho comunitario, asentado sobre su absoluta preeminencia, por lo que RUIZ MIGUEL ha calificado como un «huida hacia adelante»¹⁰.

Tras un desentendimiento inicial¹¹, la construcción de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre los derechos fundamentales se inicia con el caso

⁷ Vid. F. RUBIO LLORENTE, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea y el Estatuto de la Carta*, Europa Futura.org, núm. 4, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2004, pág. 18.

⁸ A. CHUECA SANCHO, en «Los principios generales del derecho en el ordenamiento comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 10, núm. 3, 1983, págs. 865-866, analiza la metodología empleada por el Tribunal de Justicia para acudir a este recurso. En primer lugar, éste observa en los textos institutivos ciertas normas de carácter estructural, denominadas «principios», que despliegan sus efectos en todo el sistema comunitario; posteriormente, al introducir el Tribunal un principio general del Derecho en el ordenamiento comunitario, lo hace no atendiendo al valor intrínseco del principio concreto, sino a las necesidades de integración.

⁹ F. RUBIO LLORENTE, en *Los derechos fundamentales en la Unión Europea...*, *op. cit.*, pág. 20, manifiesta que la identificación entre derechos fundamentales y principios generales tiene la trascendental consecuencia de posibilitar al juez basar en ellos su decisión, pero sin que esto implique para el legislador su necesidad de realización; es decir, son normas limitadoras, no de apoderamiento o habilitación.

¹⁰ Cfr. C. RUIZ MIGUEL, «El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (C. RUIZ MIGUEL, coord.), Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, pág. 25. El autor realiza una dura crítica a la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia sobre los derechos fundamentales, basada en dos ideas esenciales: la generación directa por los Tratados comunitarios de derechos para los particulares invocables ante los Tribunales nacionales y la primacía del Derecho comunitario sobre el nacional en caso de conflicto entre ambos. El Tribunal, lejos de replantearse este posicionamiento inicial, que daba prevalencia a un ordenamiento sin derechos fundamentales, ahondó más en él, generando una doctrina que altera el reparto de competencias entre Estados y Comunidad (*op. ult. cit.*, págs. 21 y ss.).

¹¹ Vid. R. ALONSO GARCÍA, «Derechos fundamentales y Comunidades Europeas», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, *De los derechos y deberes fundamentales* (S. MARTÍN-RETORTILLO, coord.), Civitas, Madrid, 1991, págs. 800-801.

*Stauder*¹², a raíz de la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal alemán sobre la compatibilidad con los principios generales de Derecho comunitario de una decisión de la Comisión por la que se obligaba a la divulgación del nombre de los beneficiarios de ciertos regímenes de asistencia social a los que se vendiese mantequilla a un precio reducido. La cuestión planteada era compleja, puesto que, en principio, el respeto del derecho a la intimidad del Sr. Stauder exigía la no aplicación en Alemania del Derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia, tratando de mantener el inestable equilibrio entre la primacía del Derecho comunitario y el respeto de los derechos fundamentales, opta por una interpretación del Derecho comunitario que resulte compatible con el Derecho nacional alemán, pronunciándose en los siguientes términos:

«Attendu que, lorsqu'une décision unique est adressée à tous les Etats membres, la nécessité d'une application et des lors d'une interprétation uniformes exclut que ce texte soit considéré isolement dans une de ses versions, mais exige qu'il soit interprété en fonction, tant de la volonté réelle de son auteur que du but poursuivi par ce dernier, à la lumière notamment des versions établies dans toutes les langues».

En función de lo anterior, afirma que lo que la decisión requiere es una individualización de los beneficiarios, pero sin exigir una identificación nominativa; concluyendo que la disposición en litigio no atentaba contra los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en los principios generales de Derecho comunitario, cuyo respeto debía asegurar el Tribunal.

Esta doctrina será confirmada, y considerablemente reforzada, en el caso *Internationale Handelsgesellschaft*¹³, nuevamente con base en una cuestión prejudicial en la que vuelven a entrar en liza el Derecho comunitario y el nacional. En este pronunciamiento, el Tribunal de Justicia introduce un nuevo elemento en su construcción sobre los derechos fundamentales: las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, pero, previamente, afirma la autonomía del Derecho comunitario y su primacía sobre el de los Estados miembros:

«Qu'en effet, le droit né du Traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans

¹² *Erich Stauder contre Ville d'Ulm-Sozialamt*, 12 novembre 1969, Affaire 29/69, Recueil de jurisprudence 1969, p. 419.

¹³ *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17 décembre 1970, Affaire 11/70, Recueil de jurisprudence 1970, p. 1125.

que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même;

Que, des lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat».

Tras lo cual reitera, en la línea iniciada con la sentencia *Stauder*, que el respeto a los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales de Derecho por cuya atención debe velar el Tribunal, añadiendo que la preservación de estos derechos, inspirados en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, debe ser asegurada en el marco de la estructura de los objetivos comunitarios.

Este pronunciamiento, tan pro Derecho comunitario, produciría la reacción de los Tribunales Constitucionales italiano y alemán, a través de las sentencias *Frontini*¹⁴ y *Solange*¹⁵, respectivamente, en las que se cuestionaba la primacía del Derecho comunitario cuando ello implicase una vulneración de los derechos fundamentales contemplados en las Constituciones nacionales; de lo que cabía deducir que serían los Tribunales nacionales los que ejercerían el control de constitucionalidad de las normas comunitarias que afectasen a estos derechos en tanto no se estableciesen las garantías comunitarias necesarias para su protección¹⁶.

Ante este panorama se hacía necesaria una reacción que recondujese las relaciones entre el Derecho comunitario y los diferentes Derechos nacionales; es entonces cuando llega la sentencia *Nold*¹⁷. En ella el Tribunal de Justicia reitera el posicionamiento mantenido en *Stauder* y *Handelsgesellschaft*, afirmando que los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario y que para su preservación el Tribunal se inspira en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros; pero incorpora un componente nuevo, que pretende contrarrestar los efectos negativos de las sentencias *Frontini* y *Solange*, al deducir de esta fuente de inspiración la consecuencia de que los principios comunitarios no podrán admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones nacionales. Añade, además, un elemento que será fundamental para la configuración de los dere-

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano núm. 183/1973, de 27 de diciembre, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, Tomo secondo, 2401.

¹⁵ Auto del Tribunal Constitucional Federal alemán de 29 de mayo de 1974, *BVerfGE* 37, 271.

¹⁶ A. RODRÍGUEZ, en *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 186, pone de manifiesto cómo ambos pronunciamientos constituyeron un arriesgado enfoque constitucionalista del problema de las relaciones entre el Derecho comunitario y el nacional, que implicaba una amenaza para la supremacía del Derecho comunitario y, por tanto, para los fundamentos jurídicos de la Comunidad.

¹⁷ *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, 14 mai 1974, *Affaire 4/73*, *Recueil de jurisprudence* 1974, p. 491.

chos fundamentales en el ordenamiento comunitario, al incorporar, al marco comunitario que sirve para valorarlos, los instrumentos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales en los que los Estados miembros han cooperado o a los que pueden adherirse.

Desde este enfoque se producirá, en la sentencia *Rutili*¹⁸, la primera mención expresa del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), al manifestar el Tribunal que las limitaciones de los poderes de los Estados miembros en materia de policía de inmigración se presentan como manifestación específica de un principio más general, consagrado por los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por todos los Estados miembros, y por el artículo 2 del Protocolo núm. 4 de este Convenio, en atención a los cuales los atentados que se produzcan contra los derechos por ellos garantizados, en virtud de necesidades de orden y seguridad públicos, no deben sobrepasar el marco de lo que sea imprescindible para atender estas necesidades en una sociedad democrática.

Cuatro años más tarde, en la sentencia *Hauer*¹⁹, el Tribunal de Justicia, recopilando su doctrina sobre derechos fundamentales, con referencia expresa a sus anteriores pronunciamientos, pone de relieve su reconocimiento por la declaración común de la Asamblea, del Consejo y de la Comisión, de 5 de abril de 1977; la cual, tras recordar la jurisprudencia del Tribunal, se refiere, por una parte, a los derechos garantizados por las Constituciones de los Estados miembros y, por otra, al CEDH.

En pronunciamientos posteriores el Tribunal mantendrá este criterio, siendo muestra de ello los asuntos *National Panasonic (UK) contre Commission*²⁰, *Hoechst AG contra Comisión*²¹ y *Dow Chemical Ibérica, S.A. y Alcadía, Empresa para la Industria Química, S.A. y Empresa Nacional del Petróleo, S.A. contra Comisión*²², en los que entra en juego el artículo 8 del Convenio de Roma y la posibilidad de su extensión a personas jurídicas, en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio. En el último de estos pronunciamientos el Tribunal reitera su doctrina anterior, afirmando que:

«según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia, de con-

¹⁸ *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, 28 octobre 1975, Affaire 36/75, Recueil de jurisprudence 1975, p. 1219.

¹⁹ *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, 13 décembre 1979, Affaire 44/79, Recueil de jurisprudence 1979, p. 3727.

²⁰ *National Panasonic (UK) Limited contre Commission des Communautés européennes*, 26 juin 1980, Affaire 136/79, Recueil de jurisprudence 1980, p. 2033.

²¹ *Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, 21 septiembre 1989, Asuntos acumulados 46/87 y 227/88, Recopilación de jurisprudencia 1989, pág. 2859.

²² *Dow Chemical Ibérica, S.A. y Alcadía, Empresa para la Industria Química, S.A. y Empresa Nacional del Petróleo, S.A. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, 17 octubre 1989, Asuntos acumulados 97/87, 98/87 y 99/87, Recopilación de jurisprudencia 1989, pág. 3165.

formidad con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, así como con los instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han intervenido o a los que se han adherido (véase, en especial, sentencia de 14 de mayo de 1974, Nold, 4/73, Rec. 1974, pág. 491). El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 [...], presenta en este orden una singular relevancia»²³.

A través de este recorrido jurisprudencial se dibuja la estructura diseñada por el Tribunal de Justicia para incorporar los derechos fundamentales al ordenamiento comunitario, con el sustento de los principios generales de Derecho, las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales. Mediante esta sistemática se ha producido una incorporación, sin duda parcial, por lo que tiene de casuística, que sirve de vehículo a diferentes derechos fundamentales, pudiéndose apreciar en la sentencia *Kreil*²⁴ un nuevo giro en esta concepción, pues en ella se reconoce el carácter limitado de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros cuando afectan a principios de Derecho comunitario. En concreto, se debate sobre la oposición de la Directiva 76/207/CEE a la aplicación de las disposiciones nacionales del Derecho alemán que excluían a las mujeres de los empleos militares que

²³ En este pronunciamiento, al igual que en *Hochst*, el Tribunal manifiesta que: «En lo que se refiere a las exigencias derivadas del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad, invocadas por las demandantes, hay que observar que, en tanto que el reconocimiento de ese derecho respecto al domicilio particular de las personas físicas viene impuesto en el ordenamiento jurídico comunitario como principio común al Derecho de los distintos Estados miembros, no sucede así en lo que se refiere a las empresas, pues los sistemas jurídicos de los Estados miembros presentan divergencias no desdeñables en cuanto a la naturaleza y el grado de protección de los locales empresariales frente a las intervenciones de las autoridades públicas.

[...] No puede extraerse una conclusión diferente del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo apartado 1 prevé que “toda persona tienen derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. El objeto de la protección de este artículo abarca el ámbito de desenvolvimiento de la libertad personal del hombre y no puede, por tanto, extenderse a los locales empresariales. Por otra parte, ha de señalarse la inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta cuestión».

No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunciará posteriormente sobre este problema, y lo hará en el asunto *Niemietz c. Allemagne*, 16 diciembre 1992, Série A, nº 251-B, precisamente en sentido contrario al que acaba de exponerse, al admitir la extensión del derecho a la intimidad a las actividades desarrolladas en el ámbito empresarial.

²⁴ *Tanja Kreil contra Bundesrepublik Deutschland*, 11 enero 2000, asunto C-285/98, Recopilación de jurisprudencia 2000, pág. I-69. Vid. M. A. CABELLOS ESPÍERREZ, «La contribución del Derecho comunitario a la interpretación de los derechos constitucionales: la sentencia del TJCE de 11 de enero de 2000 (Kreil)», en *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos. Actas del Congreso sobre Derechos Constitucionales y Estado Autonomo* organizado por el Grupo de Estudios sobre la Forma del Estado de la Universidad de Barcelona (M. A. APARICIO PÉREZ, coord.), Cedecs, Barcelona, 2001, págs. 755 y ss. El autor afirma que el elemento novedoso de la sentencia es el planteamiento que implica para la relación Derecho comunitario-Constitución en torno a la protección de los derechos constitucionales, que ya no se produce en términos de amenaza a éstos por parte del Derecho comunitario, sino, a la inversa, de protección reforzada.

implicasen el uso de armas y que sólo autorizaban su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar. A la vista de esta situación, el Tribunal concluye que:

«la exclusión total de las mujeres de cualquier empleo militar que implique el uso de armas no está comprendida entre las diferencias de trato permitidas por el artículo 2, apartado 3, de la Directiva en aras de la protección de la mujer.

Procede, pues, responder a la cuestión prejudicial que la Directiva se opone a la aplicación de las disposiciones nacionales, como las del Derecho alemán, que, de manera general, excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo autorizan su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar»²⁵.

B) *La evolución hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*

Como ya se ha manifestado, pese a lo positivo de la labor del Tribunal de Justicia en su acción por compensar el vacío que supuso la ausencia de un catálogo de derechos en el ámbito comunitario, ésta no era la mejor vía para su reconocimiento y consolidación, pues por su propia naturaleza resulta parcial y, por tanto, insuficiente²⁶.

DÍEZ-PICAZO plasma de forma clara y sistemática los problemas planteados por la configuración de los derechos fundamentales como principios generales²⁷. Desde el punto de vista de la tutela subjetiva, en el ordenamiento comunitario los derechos no funcionan como genuinos derechos subjetivos, pues ante la falta de reconocimiento previo al momento litigioso no puede decirse que los particulares gocen de ciertas facultades, que, únicamente, en el caso de ser desconocidas pueden hacerse valer ante el Tribunal de Justicia, de forma tal que antes de que éste se pronuncie no existe derecho alguno²⁸. Por lo que se refiere a la vertiente objetiva de los

²⁵ Vid. S. GAMBINO, «Los derechos fundamentales comunitarios: entre Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Tratados y *Bill of Rights*», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65 (II), 2003, pág. 174. Según el autor, en este pronunciamiento el Tribunal articula de forma extensiva sus competencias de control sobre la aplicación del Derecho comunitario, que se reflejan en el establecimiento de niveles de protección de los derechos fundamentales absolutamente inderogables.

²⁶ En relación a las limitaciones de esta función creadora del Tribunal de Justicia, vid. F. BALAGUER CALLEJÓN, «Niveaux et techniques internes et internationaux de réalisation des droits en Europe. Une perspective constitutionnelle», *Revue française de Droit constitutionnel*, n° 60, octubre 2004, págs. 688 y ss.

²⁷ Cfr. L. M. DÍEZ-PICAZO, «¿Una Constitución sin declaración de derechos?...», *op. cit.*, págs. 147 y ss.

²⁸ Ello genera, a su vez, una doble consecuencia: de un lado, no existe, a priori, un mínimo de certidumbre sobre los derechos fundamentales que ostentan los individuos y cuál es su contenido razonable; de otro, tampoco existe un marco mínimo de encauce y dota-

derechos fundamentales, la ausencia de un catálogo hace que la finalidad de la tutela objetiva, de fiscalización de la validez de las normas o actos, sea inalcanzable por la indeterminación de las premisas sobre las que ha de realizarse. Con todo, el mayor problema suscitado por la ausencia de un catálogo de derechos es el de la determinación de su contenido, pues debido a la necesidad de proteger los derechos fundamentales como principios generales procedentes de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, la cuestión verdaderamente conflictiva no es tanto si un determinado derecho existe en todas las tradiciones, sino más bien que su alcance no es el mismo en todos los Estados miembros.

Posteriormente, y ya en el marco de la Unión Europea, ALSTON y WEILER pondrán de relieve las deficiencias del sistema comunitario, exponiendo la paradoja en la que se sustenta la política de la Unión sobre derechos humanos, pues, por una parte, ésta defiende tales derechos en su política interior y exterior, pero, por otra, no mantiene una acción coherente, persistiendo dudas esenciales, como la existencia de competencias que habiliten a las instituciones de la Unión para actuar sobre numerosos aspectos relativos a estos derechos²⁹.

Todo ello no hace sino poner de relieve la necesidad de adoptar un catálogo de derechos en el ámbito comunitario. Tras el Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia, sobre la Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 28 de marzo de 1996³⁰, se presentaba como la única alternativa la elaboración de un catálogo propio. En el año 1996 se publica el Informe del Comité de Sabios, conocido como Informe Pintasilgo, *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales*³¹, en el que se apostaba por el refuerzo de la ciudadanía y la democracia en la Unión mediante el trato indivisible de los derechos cívicos y sociales³²; haciéndose referencia a la inclusión en los Tratados de un conjunto básico de derechos cívicos y sociales, una *Bill of Rights*, con especificación de los que gozarían de una protección jurisdiccional inmediata y aquellos que tendrían un carácter más programático³³.

ción de sentido a la actividad jurisprudencial misma, de forma que el Tribunal decide qué aspiraciones son dignas de ser elevadas a la categoría de derechos fundamentales y, además, ello depende, en gran medida, de qué demandas han logrado llegar ante él. La consecuencia es un cuadro de derechos fragmentario (cfr. *op. ult. cit.*, pág. 148).

²⁹ Cfr. P. ALSTON & J. H. H. WEILER, «An “Ever Closer Union” in Need of Human Rights Policy», *European Journal of International Law*, n° 9, 1998, págs. 658 y ss.

³⁰ Avis de la Cour du 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, Avis 2/94, Recueil de jurisprudence 1996, p. I-1759.

³¹ Comité de Sabios, *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales*, Comisión Europea, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1996.

³² Propuesta V.

³³ Propuesta VII. En concreto, se propone «culminar, con motivo de la próxima Conferencia Intergubernamental, una primera etapa, inscribiendo en los Tratados un conjunto básico de derechos cívicos y sociales fundamentales (“Bill of Rights”), especificando aquellos que gozan de una protección jurisdiccional inmediata y aquellos que tienen un carácter más programático y se profundizarán en una segunda etapa». En concreto, en la Propuesta XIII se hace referencia a «prever un artículo del nuevo Tratado que inicie un proceso amplio y democrático de elaboración colectiva a nivel de la Unión de una lista

Con el Tratado de Ámsterdam, a través de su artículo 6, se marca un punto de inflexión en la política comunitaria respecto de los derechos fundamentales³⁴, que dará paso a un examen profundo de ésta, a través del Informe elaborado por el Grupo de Expertos sobre Derechos Fundamentales, *Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar*³⁵. El Grupo recibió el encargo de estudiar la situación de los derechos fundamentales en los Tratados, en particular en el Tratado de Ámsterdam, prestando especial atención a la posible inclusión de una *Bill of Rights* en la próxima revisión de los Tratados. En el Informe se elaboran diez recomendaciones para alcanzar un reconocimiento explícito de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Se parte de que los derechos recogidos en el CEDH para la protección de los derechos humanos, incluidos los de sus protocolos, deberían incorporarse, íntegramente, al Derecho de la Unión, adicionándose las cláusulas necesarias. Se afirma que si bien es cierto el Tratado de Ámsterdam no ha llegado a una contemplación explícita de los derechos fundamentales, ha significado un paso decisivo en el camino hacia un reconocimiento más claro de su protección en el seno de la Unión. En su Recomendación núm. 3, *Visibilidad*, el Grupo afirma que «los derechos fundamentales sólo pueden cumplir su función si los ciudadanos conocen su existencia y si son conscientes de la posibilidad de hacerlos aplicar, por lo que resulta esencial expresar y presentar los derechos fundamentales de forma que todos los individuos puedan conocerlos y tener acceso a ellos; dicho de otro modo, los derechos fundamentales deben ser “visibles”». Aquí reside una de las principales virtudes del reconocimiento de un catálogo explícito que ponga fin a un sistema caracterizado por su oscuridad y difícil o, más bien, imposible, reconocimiento por los ciudadanos. Desde esta óptica, en el punto núm. 4, relativo a *Protección de los derechos fundamentales*, se afirma que «es vital establecer derechos para cuya defensa pueda apelarse a los tribunales y que impliquen más que una mera obligación pasiva de no violación».

Este proceso de reconocimiento debe entenderse como un proceso dinámico que en una primera fase deberá llevar a cabo la enumeración del

completa de derechos y deberes cívicos y sociales». Parte de estas expectativas se verían reflejadas en el artículo 6, apartados 1 y 2, del Tratado de la Unión Europea.

³⁴ Conforme al referido precepto: «1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

³⁵ Grupo de Expertos sobre Derechos Fundamentales, *Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar (Empleo & asuntos sociales, Derechos fundamentales y lucha contra la discriminación)*, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Relaciones Laborales y Asuntos Sociales, Unidad V/D.2. Texto original terminado en febrero de 1999.

Sobre la gestación y contenido de este Informe, así como las acciones que le precedieron, vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Para una afirmación de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Poder Judicial*, núm. 57, 2000 (I), págs. 31 y ss.

conjunto de derechos que incorporan y amplían el Convenio Europeo, pero que, sobre todo en el contexto de las jurisprudencias, tanto de Luxemburgo como de Estrasburgo, desemboque en una reformulación de los derechos fundamentales adaptada a las exigencias y necesidades de la Unión y en constante evolución³⁶. Queda así expedita la vía para la elaboración de un catálogo propio de derechos en el seno comunitario.

El Consejo Europeo de Colonia, celebrado los días 3 y 4 de junio de 1999, supone el inicio de la andadura que cristalizaría en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. No obstante, no será ésta la primera vez que las Instituciones europeas muestran su preocupación por una cierta sistematización de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario³⁷; destacándose en la Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los Derechos Fundamentales, de 5 de abril de 1977³⁸, «la importancia primordial que atribuyen al respeto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las Constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». El 12 de abril de 1989, el Parlamento Europeo, en su Declaración sobre los Derechos y Libertades Fundamentales³⁹, se pronuncia en términos similares, recordando que estos derechos, además de los referidos instrumentos, emanan también de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, aludiendo a su desarrollo por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Será, no obstante, en Colonia donde este propósito se sujeta a un calendario y un procedimiento concreto, produciéndose el encargo de elaborar una Carta que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales, por la que se incorporen, como principios de Derecho comunitario, «los derechos de libertad e igualdad, y los principios procesales fundamentales, tal y como se recogen en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros», junto con «los derechos básicos que corresponden únicamente a los ciudadanos de la Unión»⁴⁰.

La Convención, cuya composición se especificará en la Cumbre de Tampere, celebrada el 15 y 16 de junio de 1999, será el órgano encargado

³⁶ Vid. punto núm. 9 del Informe, *El reconocimiento explícito de los derechos fundamentales: un proceso abierto*.

³⁷ En torno a este proceso de reconocimiento de derechos, vid. J. CORCUERA ATIENZA, «El reconocimiento de los derechos fundamentales en la Unión Europea: el final del túnel», en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (J. CORCUERA ATIENZA, coord.), Dykinson, Madrid, 2002, págs. 61 y ss.

³⁸ Declaración sobre el respeto de los derechos fundamentales y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, DO C 103, 27 de abril de 1977, p. 1-2.

³⁹ DO C 120, 16 de mayo de 1989, p. 51. A. SALINAS DE FRÍAS analiza esta Declaración en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000, págs. 150 y ss.

⁴⁰ Consejo Europeo de Colonia, 3 y 4 de junio de 1999, Conclusiones de la Presidencia, Anexo IV-Decision del Consejo Europeo relativa a la elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

de llevar a cabo este proyecto⁴¹, que verá la luz el 7 de diciembre de 2000, en la Cumbre de Niza, donde se producirá la proclamación solemne de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en un principio desprovista de fuerza jurídica vinculante.

El debate suscitado por la naturaleza jurídica de este texto⁴² es zanjado por la Convención Europea, tras la adopción, el 13 de junio y el 10 de julio de 2003, del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, presentado al Presidente del Consejo Europeo en Roma el 18 de julio⁴³, y que, al incorporar como Parte II la Carta, le imprime fuerza jurídica vinculante⁴⁴; pese a que hoy su futuro, a la vista de la crisis planteada por el referéndum constitucional, sea, cuando menos, incierto⁴⁵.

2. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

La jurisprudencia referida del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pone de relieve la insuficiente protección otorgada por el ordenamiento comunitario a los derechos fundamentales, pues toda ella responde al propósito de elaborar un sistema de garantías para éstos, ante la ausencia del mismo en los Tratados. El análisis que sigue se centrará en el tratamiento que en el ámbito comunitario ha recibido el derecho a la protección de datos personales, iniciándose con un recorrido por la doctrina

⁴¹ Sobre el desarrollo de sus trabajos, vid. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El Proyecto de Constitución Europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 15, 2003, págs. 527 y ss.

⁴² Como muestra de posturas críticas con este texto, vid. L. E. DE LA VILLA GIL, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001, págs. 13 y ss., y F. RUBIO LLORENTE, «Una Carta de dudosa utilidad», en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (F. J. MATÍA PORTILLA, dir.), Civitas, Madrid, 2002, págs. 169 y ss., y «Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, págs. 13 y ss. —también publicado en *La encrucijada constitucional de la Unión Europea. Seminario Internacional organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en Madrid, los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2001* (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, coord., y R. ALONSO GARCÍA, subdir.), Civitas, Madrid, 2002, págs. 113 y ss.— Entre sus partidarios, vid. J. A. CARRILLO SALCEDO, «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 9, 2001, págs. 7 y ss.; L. M. DíEZ-PICAZO, «Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Tribunales de Justicia*, núm. 5, 2001, págs. 21 y ss., y A. RODRÍGUEZ DÍAZ, «Sobre la naturaleza jurídica de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001, págs. 39 y ss.

⁴³ DO C 169, 18 de julio de 2003, p. 1-105.

⁴⁴ Vid. Informe final del Grupo II, *Incorporación de la Carta/adhesión CEDH*, de 22 de octubre de 2002, CONV 354/02.

⁴⁵ L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en «El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», núm. 165 de esta REVISTA, 2004, pág. 22, ponía ya de manifiesto las incertidumbres generadas por el proceso de ratificación, hablando del azaroso proceso de tramitación y aprobación por el que debía pasar el proyecto de Constitución y del euroescepticismo manifiesto de alguno de los Estados miembros.

que sobre el mismo ha elaborado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, intrínsecamente vinculada al derecho a la intimidad, del que se considera parte integrante, y su recepción en el Tribunal de Justicia, que, como se verá, no se ha mostrado demasiado permeable a esta concepción.

A) *El concepto de derecho a la intimidad expresado en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha mostrado, claramente, partidario de una noción amplia del derecho a la intimidad, en la que se comprenden diversas manifestaciones como el derecho a un proceso judicial que garantice el ejercicio de derechos⁴⁶, el desarrollo de actividades comerciales o profesionales⁴⁷, la elección de nombre⁴⁸ e identidad sexual⁴⁹ o el disfrute de un medio ambiente libre de ruidos⁵⁰.

En coherencia con esta óptica, el Tribunal ha conexionado los conceptos de vida privada y tratamiento de datos de carácter personal, comprendiendo este segundo en el marco de protección trazado por el artículo 8 del CEDH, conforme al cual:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Partiendo de esta perspectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos vincula, por vez primera, el derecho a la intimidad y el tratamiento de

⁴⁶ Vid. *Airey c. Irlanda*, 9 octubre 1979, Série A, n° 32.

⁴⁷ Vid. *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, Série A, n° 251-B.

⁴⁸ Vid. *Stjerna c. Finlande*, 25 novembre 1994, Série A, n° 299-B. Sobre la jurisprudencia del Tribunal en este ámbito, vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿Un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y Gracia Avello)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, 2004, págs. 507 y ss.

⁴⁹ Vid. *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-V.

⁵⁰ Vid. *López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, Série A, n° 303-C. Vid. O. BOUAZZA ARINO, «Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», núm. 160 de esta REVISTA, 2003, págs. 167 y ss.

C. RUIZ MIGUEL, en *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1994, y R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, en *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 162 y ss., realizan un pormenorizado análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la intimidad.

datos en el asunto *Leander*⁵¹, al reconocer la posibilidad de que el registro y comunicación de datos relativos a la vida privada del Sr. Leander por las autoridades policiales atentase contra su derecho a la vida privada, garantizado por el artículo 8 del Convenio. En este caso, se cuestionaba tanto la licitud de la investigación emprendida por las autoridades policiales como la negativa al ejercicio del derecho de cancelación por el interesado. El Tribunal, aplicando el principio de proporcionalidad derivado del artículo 8 del Convenio, llega a la conclusión de que:

«Le fait de n'avoir pas porté à la connaissance de M. Leander les renseignements communiqués à l'autorité militaire ne saurait, en soi, prouver que l'ingérence n'était pas "nécessaire", "dans une société démocratique", "à la sécurité nationale": c'est précisément de la sorte, au moins en partie, que la procédure de contrôle du personnel peut opérer avec efficacité».

En este pronunciamiento el Tribunal apunta lo que será la conclusión de su doctrina posterior, si bien alude no a datos personales, sino a datos relativos a la vida privada, con lo que, en realidad, aún se mueve en un concepto clásico de intimidad⁵².

La denegación del ejercicio del derecho de acceso a ficheros que contienen datos de carácter personal servirá al Tribunal para abordar nuevamente esta problemática en el asunto *Gaskin*⁵³. En este supuesto el recurrente pretende acceder a su expediente personal en poder de un centro de acogida público, al que denuncia por el padecimiento de malos tratos durante el período de su infancia que permaneció en él. El Tribunal reconoce la existencia de obligaciones positivas derivadas para el Estado de la protección del derecho a la intimidad y considera comprendido en éste el acceso a la información sobre aspectos personales, no ya íntimos, de su infancia que el Sr. Gaskin deseaba conocer.

Se reconoce la pretensión del interesado al no superarse el juicio de proporcionalidad. En concreto, respecto de la valoración del conflicto de intereses que surge entre el derecho de acceso del Sr. Gaskin y el derecho a la intimidad de terceros, cuyos datos podrían ser conocidos en el ejercicio del mismo; puesto que este acceso se hace depender de la aceptación de terceros, al no articular las autoridades mecanismos de actuación ante una negativa injustificada por parte de éstos. En palabras del Tribunal:

«Aux yeux de la Cour, les personnes se trouvant dans la situation du requérant ont un intérêt primordial, protégé

⁵¹ *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, Série A, n° 116.

⁵² Sobre el alcance y configuración del derecho a la intimidad, vid. F. HERRERO TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990; C. RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, y J. L. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Honor, intimidad e imagen. Un análisis de la jurisprudencia de la LO 1/1982*, Bosch, Barcelona, 1996.

⁵³ *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juin 1989, Série A, n° 160.

par la Convention, à recevoir les renseignements qu'il leur faut pour connaître et comprendre leur enfance et leurs années de formation. Cependant, on doit aussi considérer que le caractère confidentiel des dossiers officiels revêt de l'importance si l'on souhaite recueillir des informations objectives et dignes de foi; en outre, il peut être nécessaire pour préserver des tiers. Sous ce dernier aspect, un système qui subordonne l'accès aux dossiers à l'acceptation des informateurs, comme au Royaume-Uni, peut en principe être tenu pour compatible avec l'article 8 (art. 8), eu égard à la marge d'appréciation de l'Etat. Il doit toutefois sauvegarder, quand un informateur n'est pas disponible ou refuse abusivement son accord, les intérêts de quiconque cherche à consulter des pièces relatives à sa vie privée et familiale; il ne cadre avec le principe de proportionnalité que s'il charge un organe indépendant, au cas où un informateur ne répond pas ou ne donne pas son consentement, de prendre la décision finale sur l'accès. Or il n'en allait pas ainsi en l'espèce».

Se aprecia cómo a través de este pronunciamiento el Tribunal vincula el derecho a la información, derecho de acceso en el ámbito de protección de datos, con el derecho a la intimidad; teniendo como trasfondo el derecho a la información en el ámbito de la Administración Pública, como derecho de acceso a archivos administrativos, que, sin embargo, no entra a analizar⁵⁴.

En el asunto *Z c. Finlande*⁵⁵, el Tribunal Europeo estudia el problema de la divulgación de datos sanitarios desde el punto de vista de la necesidad de su conocimiento en una sociedad democrática. Se debatía la posibilidad de utilizar los datos médicos de la demandante en el transcurso de un proceso por violación contra su marido, que resultaba, además, ser seropositivo⁵⁶. El Tribunal reconoce la vulneración del derecho a la intimi-

⁵⁴ En relación a este derecho y las implicaciones de las técnicas de tratamiento de datos personales en la Administración Pública, vid. M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, *La protección de datos personales en las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, y J. VALERO TORRIJOS, *El Régimen jurídico de la e-Administración: el uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo*, Comares, Granada, 2004.

⁵⁵ *Z c. Finlande*, 25 février 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-I.

⁵⁶ En torno al carácter especialmente sensible de la información sanitaria y sus repercusiones sobre el ámbito de la protección de datos, en concreto en el caso de los enfermos de SIDA, vid. L. TOLIVAR ALAS, «Reacciones e inhibiciones jurídico-administrativas ante la prostitución y el VIH», *Revista Ibero-Latinoamericana de Enfermedades de Transmisión Sexual*, año 7, núm. 1, 1993, pág. 15, y N. DE MIGUEL SÁNCHEZ, *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad versus interés público (Especial referencia al sida, técnicas de reproducción asistida e información genética)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 79 y ss. El Consejo de Europa ha afrontado la situación de las personas seropositivas en diversas Recomendaciones. En el supuesto analizado se hace referencia a la Recomendación N° R (89) 14, relativa a los aspectos éticos de la infección por VIH en el cuidado sanitario y en el marco social; pero, además, el Consejo analiza las implicaciones de la práctica de test para detección del VIH en las Recomendaciones N° R (87) 25, sobre una política común europea en la lucha contra el SIDA; N° R (95) 14, sobre protección de la salud de donantes

dad de la recurrente, pero admite la posibilidad de utilizar datos sanitarios en procesos judiciales, procurando que ello no interfiera en la confidencialidad que ha de presidir la relación médico-paciente⁵⁷ y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 8 del Convenio de Roma; es decir, que se disponga de una previsión legislativa habilitadora, que tal medida sea necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin perseguido.

En esta sentencia, el Tribunal centra ya la cuestión, de un modo claro, en la protección de datos de carácter personal, aludiendo al Convenio 108 del Consejo de Europa, sobre la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, y haciendo coincidir la protección dispensada al derecho a la vida privada, por el artículo 8 del Convenio de Roma, con el régimen establecido en el Convenio 108. En concreto, el Tribunal afirma que:

«la Cour tiendra compte du rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel [...] pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention. Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention. [...]

La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention (art. 8) (voir, *mutatis mutandis*, les articles 3§2c), 5, 6 et 9 de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Série des Traités européens n° 108, Strasbourg, 1981)».

En el asunto *M. S. c. Suède*⁵⁸, el Tribunal vuelve a analizar las implicaciones del tratamiento de datos sanitarios⁵⁹, en este caso, con ocasión de la

y receptores en el área de las transfusiones de sangre, y N° R (95) 15, sobre preparación, uso y calidad de componentes sanguíneos. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta la Recomendación N° R (97) 5, relativa a la protección de datos médicos, donde se abordan, de forma específica, las implicaciones del tratamiento de datos sanitarios. La Asamblea parlamentaria también se ha pronunciado sobre esta cuestión en las Recomendaciones 1080 (1988), sobre una política europea coordinada en el ámbito de la salud para prevenir la propagación del SIDA en las cárceles, y 1116 (1989), relativa al SIDA y derechos humanos.

⁵⁷ Sobre el alcance y extensión del deber-derecho de secreto médico, vid. R. MARTÍN MA-TEO, *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 121; C. SÁNCHEZ CARAZO, *La intimidad y el secreto médico*, Díaz de Santos, Madrid, 2000, págs. 69 y ss., y N. DE MIGUEL SÁNCHEZ, *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 51 y ss.

⁵⁸ *M. S. c. Suède*, 27 août 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-IV.

⁵⁹ En torno a las implicaciones jurídicas de esta cuestión, vid. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «La protección de datos sanitarios: aspectos jurídicos (I)», y R. DE LORENZO Y MON-

comunicación de la historia clínica de la recurrente a la Administración de la Seguridad Social, a raíz de un procedimiento sobre el reconocimiento de pensión por invalidez profesional. El Tribunal concluye que no existe violación del artículo 8 del Convenio de Roma, por considerar que el servicio ginecológico tenía razones pertinentes y suficientes para comunicar a la Administración la historia clínica de la recurrente, y que tal medida no resultaba desproporcionada en relación a la finalidad perseguida; no obstante, reitera la postura mantenida en *Z c. Finlande*, remitiéndose a este pronunciamiento:

«La Cour rappelle que la protection des données à caractère personnel, et spécialement des données médicales, revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention. Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention. Il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général. La législation interne doit ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention (arrêt *Z c. Finlande* du 25 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, p. 347, §95)».

Tres años más tarde, en el asunto *Amann c. Suisse*⁶⁰, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, además de inscribir, nuevamente, la protección de datos personales en el ámbito del artículo 8 del CEDH, manifiesta, de forma explícita, su concepción expansiva del derecho a la intimidad. El recurrente planteaba que la elaboración de una ficha sobre él, a raíz de la interceptación de una llamada telefónica, procedente de la embajada soviética en Berna, y su conservación en ficheros públicos, constituía una violación del artículo 8 del CEDH.

El Tribunal, aludiendo al asunto *Leander*, recuerda que la grabación de datos relativos a la vida privada de la personas se encuentra en el ámbito de aplicación del artículo 8.1 del Convenio y es aquí donde se refiere a su concepto de vida privada, afirmando que:

«A cet égard, elle souligna que le terme “vie privée” ne doit pas être interprété de façon restrictive. En particulier, le

TERO, «La protección de datos sanitarios: aspectos jurídicos (II)», ambos en *I Jornadas de protección de datos sanitarios en la Comunidad de Madrid*, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid y Fundación Mapfre Medicina, Madrid, 2000, págs. 153 y ss. y 177 y ss., respectivamente.

⁶⁰ *Amann c. Suisse*, 16 février 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-II.

respect de la vie privée englobe le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables; de surcroît, aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles ou commerciales de la notion de "vie privée" (arrêts *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, pp. 33-34, §29, et *Halford* précité, pp. 1015-1016, §42)».

Además, el Tribunal vincula directamente esta concepción del derecho a la intimidad con la establecida por el Convenio 108, de forma tal que con este pronunciamiento se produce una plena identidad entre ambos Convenios:

«Cette interprétation extensive concorde avec celle de la Convention élaborée au sein du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985, dont le but est "de garantir, sur le territoire de chaque Partie, à toute personne physique (...) le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant" (article 1), ces dernières étant définies comme "toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable" (article 2)».

En coherencia con este concepto, el Tribunal manifiesta que carece de importancia si los datos pueden o no ser considerados como especialmente sensibles, llegando a la conclusión de que la creación de la ficha en litigio y su conservación en un fichero de la Confederación constituían injerencias en la vida privada del demandante, no previstas por ley, puesto que el Derecho suizo no indicaba, con suficiente claridad, la extensión y formas de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el ámbito considerado; produciéndose así una violación del artículo 8 del Convenio de Roma.

En el asunto *Rotaru*⁶¹, el Tribunal de Estrasburgo reitera y refuerza la doctrina sentada en *Leander*, *Niemietz*, *Halford*⁶² y *Amann*, con ocasión de la cuestión planteada por el recurrente sobre la vulneración del artículo 8 del CEDH que podía implicar la conservación por parte del Servicio Rumano de Información de datos de su vida privada, algunos de los cuales eran falsos y difamatorios. El Tribunal, tras aludir nuevamente a su concepto amplio de vida privada y a su reflejo en el Convenio 108, manifiesta que:

«En outre, des données de nature publique peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont, d'une manière systéma-

⁶¹ *Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-V.

⁶² *Halford c. Royaume-Uni*, 26 juin 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-III.

tique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par les pouvoirs publics. Cela vaut davantage encore lorsque ces données concernent le passé lointain d'une personne.

En l'espèce, la Cour constate que la lettre du 19 décembre 1990 du SRI contenait diverses informations sur la vie du requérant, en particulier sur ses études, sur ses activités politiques et sur son casier judiciaire, dont une partie avait été recueillie il y a plus de cinquante ans auparavant. De l'avis de la Cour, de tels renseignements, lorsqu'ils sont, d'une manière systématique, recueillis et mémorisés dans un fichier tenu par des agents de l'Etat, relèvent de la "vie privée" au sens de l'article 8 §1 de la Convention».

Nuevamente, se concluye en la existencia de una vulneración del artículo 8 del CEDH, debido a la ausencia en el Derecho interno de una definición precisa de las condiciones en las que el Servicio Rumano de Información podía proceder al archivo, comunicación y utilización de informaciones relativas a la vida privada del demandante, pero, sin duda alguna, lo más destacable es la noción expansiva de vida privada defendida por el Tribunal, en la que tienen cabida, incluso, datos públicamente conocidos, con lo cual se produce una equiparación entre el concepto de vida privada, derivado del artículo 8 del CEDH, y protección de datos de carácter personal, que no necesariamente tienen que ser íntimos.

B) *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el derecho a la intimidad*

Al contrario que el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha mostrado claramente reacio a vincular derecho a la intimidad y protección de datos personales, dando lugar a una jurisprudencia que se aparta de la del Tribunal de Estrasburgo, con una visión reduccionista y, por tanto, limitada de este derecho, consecuencia, sin duda, como el propio Tribunal ha manifestado, de su vinculación a principios económicos.

Pese a que, en asuntos como, el ya mencionado, *Stauder o Campogrande*⁶³, el Tribunal tuvo la ocasión de abordar el derecho a la protección de datos, no lo hizo, limitándose, en el primer caso, al derecho a la intimidad y, en el segundo, a examinar el alegado incumplimiento del protocolo sobre los privilegios e inmunidades de las Comunidades Europeas⁶⁴.

⁶³ *Anna-Maria Campogrande contra Comisión de las Comunidades Europeas*, 21 abril 1994, Asunto C-22/93 P, Recopilación de jurisprudencia 1994, pág. I-1375.

⁶⁴ Este pronunciamiento trae su causa en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 19 de noviembre de 1992 (Asunto T-80/91, Recopilación de jurisprudencia 1992, pág. II-2459). La Sra. Campogrande, funcionaria de la Comisión, se niega a comunicar a ésta su dirección, oponiéndose además a transmitir su nombre, apellidos y dirección a las autoridades belgas; todo lo cual llevó a que la recurrente fuera objeto de una amonesta-

En la sentencia *X contra Comisión*⁶⁵, el Tribunal expone su doctrina sobre el derecho a la intimidad, con el trasfondo de una cuestión tan intrínsecamente unida a él como el secreto médico. Previamente, en *Comisión contra República Federal de Alemania*⁶⁶, el Tribunal ya se había manifestado sobre las implicaciones del secreto médico, afirmando que:

«El derecho al respeto de la vida privada y el derecho a la protección del secreto médico, que es uno de sus aspectos, constituyen derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario [...]»⁶⁷. Como ha considerado este Tribunal en la sentencia de 18 de junio de 1991, ERT AE (C-260/89, Rec. p. I-2925), apartado 43, cuando un Estado miembro invoca las disposiciones del Tratado para justificar una normativa nacional que puede obstaculizar el ejercicio de una libertad garantizada por el Tratado, esa justificación, prevista por el Derecho comunitario, debe interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho y especialmente de los derechos fundamentales. Sin embargo, estos derechos no son considerados como prerrogativas absolutas, sino que pueden implicar restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, en lo que respecta al fin perseguido, una interpretación desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados [...]. Entre los objetivos que pueden justificar tales restricciones figura la protección de la salud pública y de la vida de las personas».

ción. Pues bien, el Tribunal rechaza la pretensión de la recurrente, manifestando que del texto del artículo 16 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas, en función del cual debía comunicarse periódicamente a los Gobiernos de los Estados miembros el nombre, función y dirección de los funcionarios, «se desprende que la Comisión no sólo tenía el derecho, sino también la obligación de comunicar a las autoridades belgas la dirección particular de la Sra. Campogrande». Como fácilmente se percibe, el Tribunal eludió la oportunidad de pronunciarse sobre el tratamiento y la transferencia internacional de datos personales que latía en el fondo del asunto.

⁶⁵ *X contra Comisión de las Comunidades Europeas*, 5 octubre 1994, Asunto C-404/92 P, Recopilación de jurisprudencia 1994, pág. I-4737 (vid. sentencia del Tribunal de Primera Instancia, 18 de septiembre de 1992, Asuntos acumulados T-121/89 y T-13/90, Recopilación de jurisprudencia 1992, pág. II-2195).

⁶⁶ *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, 8 abril 1992, Asunto C- 62/90, Recopilación de jurisprudencia 1992, pág. I-2575.

⁶⁷ Nuestra jurisprudencia, por el contrario, se ha mostrado reacia a reconocer la existencia de un derecho al secreto médico; siendo ejemplo de ello las sentencias del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre (RTC 1984\110); 183/1994, de 20 de junio (RTC 1994\183); los autos 642/1986, de 23 de junio (RTC 1986\642 AUTO), y 600/1989, de 11 de diciembre (RTC 1989\600 AUTO), o la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1991 (RJ 1991\6219). No obstante, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 15 de julio de 2004 (JUR 2004\202755) ya se manifiesta que «el secreto del médico es inherente al ejercicio de la profesión y se establece como un derecho del paciente para su seguridad».

En *X contra Comisión*, la pretensión del recurrente se fundamenta, de forma directa, en la vulneración del artículo 8 del CEDH. Con motivo del acceso a un puesto de trabajo en las Comunidades, el recurrente, en el examen médico previo, es sometido, sin su consentimiento, a una prueba que indirectamente permitía la detección del SIDA. La Comisión hizo uso de esta información para no admitirle.

El Tribunal anula la sentencia de primera instancia, reconociendo la agresión del derecho a la intimidad del Sr. X, pues, pese a referirse nuevamente a la posibilidad de limitar este derecho en función de otros intereses de preferente protección, concluye que en el supuesto en cuestión no se superó el criterio de proporcionalidad; afirma que:

«el derecho al respeto a la vida privada, consagrado por el artículo 8 del CEDH y que tiene su origen en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, constituye uno de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario [...]. Este derecho comprende, en particular, el derecho a mantener el secreto de su estado de salud.

No obstante, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales pueden ser sometidos a restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, en lo que respecta al fin perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos fundamentales. [...]

Sin embargo, el respeto al derecho a la vida privada exige respetar la negativa del interesado en toda su extensión. Dado que el interesado se había negado expresamente a someterse a una prueba de detección del SIDA, el mencionado derecho se oponía a que la administración realizara cualquier tipo de prueba que permitiera sospechar o comprobar la existencia de dicha enfermedad, cuya revelación había rehusado aquél».

Así pues, el Tribunal de Justicia, en la línea marcada por las, ya mencionadas, Recomendaciones del Consejo de Europa y en la que también insistirán las Naciones Unidas⁶⁸, reconoce el derecho a la intimidad susten-

⁶⁸ En el punto 5, Anexo I, del *Informe de la Segunda Consulta Internacional sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos*, Ginebra, 23-25 de septiembre de 1996 (<http://www.hri.ca/fortherecord1997/documentation/commission/e-cn4-1997-37.htm>), emitido por las Naciones Unidas, se afirma que en relación con la práctica de test de detección del VIH existe un interés general en proteger la intimidad, a fin de que las personas se sientan seguras y cómodas al utilizar los medios de salud pública, tales como los servicios de prevención y atención del VIH/SIDA. El interés de la salud pública no justifica las pruebas o la inscripción registral del VIH con carácter obligatorio, salvo en caso de donaciones de sangre, órganos o tejidos en los que se analiza no la persona, sino el producto humano antes de utili-

tado en el artículo 8 del CEDH, pero sin establecer conexión alguna con el derecho a la protección de datos⁶⁹.

Esta reticencia del Tribunal de Justicia a vincular derecho a la intimidad y protección de datos personales resulta especialmente llamativa en el asunto *The Queen contra Minister of Agriculture*⁷⁰, pues la cuestión prejudicial se plantea en los siguientes términos: «¿Permiten los artículos 3, apartado 1 y 9 del Reglamento (CEE) núm. 3508/92, en relación con los principios generales de Derecho comunitario, que se comuniquen a terceros la información registrada en una base de datos informática, creada con arreglo al artículo 2 y referente a datos facilitados por o en nombre de un antiguo solicitante de pagos con arreglo al régimen de pagos a tierras de cultivo (“Arable Area Payments”)?»; máxime cuando desde el Ministerio se había hecho referencia a la *Data Protection Act* británica.

Pues bien, desde este premeditado mutismo, el Tribunal circunscribe la cuestión, basada en la posibilidad de facilitar los datos, a la ponderación del interés de la persona que los proporcionó y el de la que los necesitaba para alcanzar un fin legítimo. En estos términos, el Tribunal alude al artículo 7.f) de la Directiva 95/46/CE, 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, como argumento justificativo de la comunicación, siempre que ésta sea necesaria para satisfacer un interés legítimo del tercero al que se comuniquen los datos y cuando no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del titular de tales datos. Aplicando estos criterios al caso en cuestión, el Tribunal concluye que el Sr. Fisher no perseguía otro interés que el de disponer de los datos que precisaba para cumplir con las obligaciones que le imponía el Reglamento núm. 3508/92 y que, además, no podría obtener de ningún otro modo.

En definitiva, el Tribunal se limita, casi de un modo artificial, a responder estrictamente a la cuestión prejudicial que se le plantea, sin entrar,

zarlo en la persona. Toda la información sobre la prueba serológica del VIH de la sangre o del tejido donados debe mantenerse también en estricta confidencialidad.

Sobre los registros de enfermos de SIDA, vid. la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de marzo de 2004 (RJCA 2004\409), que anula la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 18 de diciembre de 2000, por la que se crea un fichero con datos de carácter personal, gestionado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, relativo al Sistema de Información sobre Nuevas Infecciones (SINIVIH).

⁶⁹ Sin embargo, en el Asunto A. v. *Commission of the European Communities* (14 april 1994, Case T-10/93, European Court Reports 1994, p. II-179, p. IA-119, p. II-387), el Tribunal desestima la pretensión del recurrente, que, previamente y de forma voluntaria, había dado a conocer su enfermedad: «In those circumstances, the Court finds that it has not been established that the medical opinion given by the medical committee is vitiated by a manifest error of assessment. On the contrary, the Court takes the view that there is indeed in this case, as argued by the Commission, a comprehensible link between the medical findings contained in the opinion and the conclusion which it draws regarding the applicant's physical unfitness to perform the duties for which he had applied, particularly as those duties were to be performed in developing countries where, as the applicant and the interveners admitted at the hearing, the risks of infection are greater than in Europe».

⁷⁰ *The Queen contra Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Trevor Robert Fisher and Penny Fisher*, 14 septiembre 2000, asunto C-369/98, Recopilación de jurisprudencia 2000, pág. I-6751.

como sería lógico, en las implicaciones que de ella se derivaban para el derecho a la intimidad de los particulares implicados.

El Tribunal se mantiene fiel a esta línea en el asunto *D y Reino de Suecia contra Consejo de la Unión Europea*⁷¹. El Sr. D, funcionario sueco de las Comunidades Europeas, inscribió en el registro de Suecia su relación de pareja con otro nacional sueco del mismo sexo, solicitando al Consejo la equiparación de su estado civil con el de casado, a fin de obtener la asignación familiar prevista en el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas. El Consejo deniega su petición, argumentando que las disposiciones del Estatuto no permitían equiparar el estado civil de «pareja inscrita» con el de matrimonio.

Entre los motivos de recurso, el Sr. D alude a la vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar; en concreto, sostiene que la protección de este derecho, garantizada por el artículo 8 del CEDH, se aplica a las relaciones homosexuales y que, al obligar a reconocer la existencia y efectos de un estado civil legalmente adquirido, prohíbe la injerencia que constituye la transmisión de datos incorrectos a terceros. El Tribunal, sin entrar en mayores consideraciones, responde que la denegación de la asignación familiar por la Administración comunitaria a uno de sus funcionarios no afecta a su estado civil y que puesto que, únicamente, se refiere a las relaciones entre el funcionario y un empleador, no da lugar por sí misma a transmisión alguna de datos personales a terceros ajenos a la Administración comunitaria, sin que, por tanto, la decisión controvertida pueda considerarse como una injerencia en la vida privada y familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio.

La desvinculación a la que se viene aludiendo entre derecho a la intimidad y protección de datos en la doctrina del Tribunal de Justicia adquiere una evidencia fuera de toda duda en las Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano en los asuntos *Rechnungshof contra Österreichischer Rundfunk y otros*⁷² y *Christa Neukomm*⁷³ y *Joseph Lauer mann*⁷⁴ contra *Österreichischer Rundfunk*, presentadas el 14 de noviembre de 2002⁷⁵. El conflicto es planteado por empleados del Gobierno alemán perceptores de una remuneración superior por la que, en virtud del ordenamiento alemán, se obliga a la ÖRF (empresa pública encargada de la ejecución de actividades de interés general) a comunicar al *Rechnungshof* los datos vinculados a la misma. Los recurrentes solicitan la adopción de medidas cautelares destinadas a evitar la transmisión nominal de sus datos, alegando la vulneración de sus derechos fundamentales, en particular el derecho al respeto a la vida privada, reconocido por el artículo 8 del Convenio de Roma y las disposiciones de la Directiva 95/46/CE.

⁷¹ *D y Reino de Suecia contra Consejo de la Unión Europea*, 31 mayo 2001, Asuntos acumulados C-122/99 P y C-125/99 P, Recopilación de jurisprudencia 2001, pág. I-4319.

⁷² Asunto C-465/00.

⁷³ Asunto C-138/01.

⁷⁴ Asunto C-139/01.

⁷⁵ Recopilación de jurisprudencia 2003, pág. I-4989.

Pues bien, en este contexto, el Abogado General se pronuncia en los siguientes términos:

«La protección de los derechos fundamentales constituye, por tanto, un valor importante y una exigencia que el legislador comunitario tuvo en cuenta al definir el régimen armonizado necesario para establecer el funcionamiento del mercado interior, pero no constituye un objetivo autónomo de la Directiva. En caso contrario, debería entenderse que la Directiva persigue proteger a los individuos en lo que respecta al tratamiento de datos personales incluso prescindiendo del objetivo de promover la libre circulación de dichos datos, con la paradójica consecuencia de extender su ámbito de aplicación también al tratamiento de datos efectuado en el ejercicio de actividades que no presentan ninguna relación con el establecimiento o el funcionamiento del mercado interior.

Por otra parte, si se atribuye a la Directiva, además del objeto de promover la libre circulación de datos personales en el mercado interior, el objetivo ulterior y autónomo de garantizar la protección de los derechos fundamentales (en particular, el derecho a la intimidad), se correría el riesgo de cuestionar la validez de la propia Directiva, dado que en este caso su base jurídica resultaría claramente inadecuada. En efecto, el artículo 100 A no puede invocarse como fundamento de medidas que trasciendan las finalidades específicas mencionadas en dicha disposición, es decir, de medidas que no encuentran su justificación en el objetivo de promover “el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”»⁷⁶.

El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 20 de mayo de 2003⁷⁷ por la que se resuelven estos asuntos, afirma que la aplicabilidad de la Directiva no puede depender de que las situaciones concretas que se traten en los asuntos principales tengan un vínculo suficiente con el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado y, en particular, con la libre circulación de los trabajadores, pues ello sería contrario a su objetivo esencial, centrado en la aproximación de las disposiciones normativas de los Estados miembros con el fin de eliminar obstáculos al funcionamiento del mercado interior derivados, precisamente, de esta disparidad normativa. Además, la posibilidad de aplicar la Directiva a situaciones que no presentan una vinculación directa con el ejercicio de las libertades fundamen-

⁷⁶ Es más, el Abogado hace referencia al Dictamen 2/94, posterior a la adopción de la Directiva, en el que el Tribunal de Justicia afirma, explícitamente, que ninguna disposición del Tratado confiere a las instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos.

⁷⁷ Recopilación de jurisprudencia 2003, pág. I-4989.

tales de circulación queda confirmada por su artículo 3, apartado 1, que define su ámbito de aplicación de manera amplia, sin limitarlo a que el tratamiento de datos personales suponga un vínculo efectivo con la libre circulación entre los Estados miembros.

Así pues, el Tribunal se muestra partidario de una aplicación extensiva de la Directiva 95/46/CE, que resulta más garantista para la protección de derechos que, como la intimidad, no constituyen su objeto principal, básicamente debido a la ausencia de un título competencial que habilite a la Unión a actuar en este ámbito⁷⁸. En este contexto, de forma contraria a lo que viene siendo su doctrina, el Tribunal de Justicia vincula derecho a la intimidad y protección de datos, al afirmar que:

«las disposiciones de la Directiva 95/46, en la medida en que regulan el tratamiento de datos personales que pueden atentar contra las libertades fundamentales y, en particular, contra el derecho a la intimidad deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales que, según una reiterada jurisprudencia, forman parte de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia [...].

Estos principios se reprodujeron expresamente en el artículo 6 TUE, apartado 2, a tenor del cual “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el [CEDH], y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

La propia Directiva 95/46, aunque tenga como objeto principal garantizar la libre circulación de los datos personales, prevé en su artículo 1, apartado 1, que “los Estados miembros garantizarán [...] la protección de las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de datos personales”.

Por fin, el Tribunal reconoce una evidencia que, sin explicación razonable, se negaba a admitir, pues, con independencia del debate sobre la defensa de un derecho independiente a la protección de datos personales o su inclusión en el derecho a la intimidad⁷⁹, lo que está fuera de toda duda

⁷⁸ El artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea palia, en parte, la carencia democrática del Derecho comunitario, constituyendo, en palabras de A. CHUECA SANCHO, una «constitucionalización» incompleta de los derechos fundamentales, al establecer el respeto a los derechos fundamentales como condición imperativa explícita para la adhesión de un Estado a la Unión Europea —vid. «La evolución de los derechos fundamentales en los Tratados comunitarios», en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (F. J. MATÍAS PORTILLA, dir.), *op. cit.*, págs. 21 y ss., esp. 23-29—.

⁷⁹ Esta cuestión ha sido, y sigue siendo, objeto de un arduo debate doctrinal, como muestra del cual puede verse P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, y «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 104, 1999, págs. 35 y ss.; A. ORTI

es la estrecha relación, a veces confusión, que existe entre ambos. El Tribunal, al reconocer esta vinculación, se acoge a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, manifestando que:

«El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró, a este respecto, que los términos “vida privada” no debían interpretarse restrictivamente y que “ninguna razón de principio permite excluir las actividades profesionales [...] del concepto de vida privada [...]».

Hay que observar que, aunque la mera memorización, por el empresario, de datos nominales relativos a las retribuciones abonadas a su personal no puede, como tal, constituir una injerencia en la vida privada, la comunicación de tales datos a un tercero, en el caso de autos a una autoridad pública, lesiona el derecho al respeto a la vida privada de los interesados, sea cual fuere la utilización posterior de los datos comunicados de este modo, y presenta el carácter de una injerencia en el sentido del artículo 8 del CEDH.

Para demostrar la existencia de tal injerencia, carece de relevancia que los datos comunicados tengan o no carácter sensible o que los interesados hayan sufrido o no eventuales inconvenientes en razón de tal injerencia».

Pese a remitir al Estado alemán el enjuiciamiento sobre los criterios de proporcionalidad que permitan considerar como justificada o no esta injerencia, el Tribunal de Justicia en este pronunciamiento se desmarca de su doctrina anterior, acogiendo el criterio sentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través del que se conectan derecho a la intimidad y datos personales, optándose por una concepción amplia del primero; si bien, a diferencia del Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal de Justicia no llega a considerar la protección de datos integrada en el derecho a la intimidad.

Esta postura del Tribunal se confirma en su sentencia de 6 de noviembre de 2003⁸⁰, *procedimiento penal entablado contra Bodil Lindqvist*⁸¹. Pese a que en este supuesto no se entra de lleno en el debate sobre el alcance y contenido del derecho a la intimidad, el Tribunal analiza, en profundidad, el ámbito de aplicación de la Directiva 95/46/CE, manteniendo su criterio

VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de los ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*, Comares, Granada, 1994; C. RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional de derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, y «El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español», *Revista General de Derecho*, núm. 607, 1995, págs. 3207 y ss.; A. I. HERRÁN ORTIZ, *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Dykinson, Madrid, 2002; M. M. SERRANO PÉREZ, *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, y R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica...*, op. cit.

⁸⁰ Recopilación de jurisprudencia 2003, pág. I-12971.

⁸¹ Asunto C-101/01.

extensivo, y afirma que «corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con la Directiva 95/46, sino también procurar que la interpretación de ésta que tomen como base no entre en conflicto con los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico comunitario o con los otros principios generales de Derecho comunitario como el principio de proporcionalidad».

C) *El derecho a la protección de datos de carácter personal en el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*

Tras el recorrido precedente por la política comunitaria sobre derechos fundamentales y el análisis de la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo sobre el derecho a la intimidad y su vinculación a la protección de datos de carácter personal, las siguientes reflexiones se centrarán en el tratamiento que este último derecho recibe en el Tratado.

El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, a través de la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se decanta, en la misma línea que nuestro Tribunal Constitucional⁸², por la clara diferenciación entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos de carácter personal, contemplados en artículos sucesivos pero independientes.

Así, tras reconocer, en el artículo II-67, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, domicilio y comunicaciones, afirma, en su artículo II-68, que «toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan», consagrando, definitivamente, este derecho de forma diferenciada respecto del derecho a la intimidad.

Ante esta realidad, sin entrar nuevamente en su análisis, no puedo sino constatar lo ya señalado en otras ocasiones en torno a la consideración de la protección de datos personales como parte integrante del derecho a la intimidad⁸³, pues este derecho complejo y multiforme, en su configuración actual, se reconduce al control del particular sobre el uso y destino de su información, y, en palabras del propio Tribunal Constitucional, de las que posteriormente se desmarcará, sin una fundamentación sólida:

⁸² Vid. sentencias 290/2000 y 292/2000 ambas de 30 de noviembre (RTC 2000/290 y 2000/292, respectivamente); ambas hacen referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero con un valor secundario, que no adquiere relevancia para el sustento de sus argumentos —en este sentido, vid. A. LÓPEZ CASTILLO, «Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 113, 2001, pág. 71; A. SAIZ ARNAIZ, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, pág. 166, y M. CARRILLO, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65 (II), 2003, pág. 164—.

⁸³ Cfr. N. DE MIGUEL SÁNCHEZ, *Secreto médico, confidencialidad...*, op. cit., págs. 262 y ss., y *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario...*, op. cit., págs. 19 y ss.

«el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos»⁸⁴.

Sin embargo, la opción del Tratado es clara, separándose de la configuración de este derecho tanto en el Convenio 108 del Consejo de Europa, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como, incluso, de la postura más reciente del propio Tribunal de Justicia, que en la ya referida, sentencia de 20 de mayo de 2003, *Rechnungshof contra Österreichischer Rundfunk y otros*, tras una reticencia o mutismo inicial, vincula protección de datos personales y derecho a la vida privada.

El tratamiento del derecho a la protección de datos personales en el Tratado padece la asistemática que caracteriza todo el texto, resultando, además, poco coherente con la opción por un derecho autónomo, al que no se dota de pleno contenido.

De su doble reflejo y del juego de los artículos II-112 (52 de la Carta) y II-113 (53 de la Carta) se derivan consecuencias un tanto contradictorias. En la Parte I de la Constitución, Título VI, *De la vida democrática de la Unión*, se alude al derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan⁸⁵, sometiéndose el respeto de las normas que lo rigen al control de autoridades independientes⁸⁶. Este derecho se contempla nuevamente en la Parte II, que recoge la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, concretándose, en el artículo II-68, algunos de sus caracteres.

Los artículos II-112 y II-113 incorporan las cláusulas horizontales, que articulan el juego de los derechos fundamentales reconocidos por el Tratado, el CEDH y los Estados miembros⁸⁷.

⁸⁴ Sentencia 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999\134).

⁸⁵ Artículo I-51. En él se fija el marco jurídico que configurará esta protección pues, de conformidad con el apartado 2 de este precepto, «La ley o ley marco europea establecerá las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos comunitarios de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos».

⁸⁶ En España ese organismo es la Agencia Española de Protección de Datos (creada por Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre; su Estatuto es aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo); actuando en sus respectivos ámbitos autonómicos, y con competencia exclusiva sobre ficheros de titularidad pública, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (creada por Ley 13/1995, de 21 de abril; se regula por Ley 8/2001, de 13 de julio), la Agencia Catalana de Protección de Datos (creada por Ley 5/2002, de 19 de abril; su Estatuto es aprobado por Decreto 48/2003, de 20 de febrero) y la Agencia Vasca de Protección de Datos (creada por Ley 2/2004, de 25 de febrero; su Estatuto es aprobado por Decreto 309/2005, de 18 de octubre). RUIZ MIGUEL manifiesta cómo la actividad de la Agencia de Protección de Datos pone de relieve la dimensión objetiva del derecho a la intimidad en el campo de la informática (vid. «La naturaleza jurídica multidimensional de los derechos fundamentales», en *Derechos constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos...*, op. cit., págs. 173-174).

⁸⁷ Sobre el juego y efecto de dichas cláusulas, vid. R. ALONSO GARCÍA, «Las cláusulas ho-

El primero de ellos manifiesta, en su apartado 2, que «los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionen en otras partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas». En este caso se encuentra el derecho a la protección de datos personales, que, como ya se ha referido, además de en la Carta, aparece en la Parte I de la Constitución; pero ¿cuál es el alcance y significado de este inciso? Según el documento explicativo de la Carta, elaborado por el Consejo de la Unión Europea⁸⁸, no modificar el régimen de los derechos conferidos por los Tratados, pero en la práctica ello puede llevar a la concurrencia de regímenes diversos, el de la Carta, el del Tratado de la Comunidad Europea y el del Tratado de la Unión Europea, que parecen mermar el valor de un texto destinado, en principio, a consagrar los derechos en el seno de la Unión. Ello, en el caso concreto de la protección de datos, produce un efecto limitativo del derecho o de «exclusión de las condiciones fijadas por la Carta», pues mientras en el artículo 8 de la Carta (II-68 del Tratado) se fijan caracteres del alcance y contenido de dicha protección —consentimiento, acceso, rectificación—, el régimen de este derecho, en función del juego operado por el artículo II-112.2, aparece referido —en este caso, más bien limitado— por lo establecido en la leyes europeas, sin dotación de un contenido⁸⁹.

Por su parte, el artículo II-112.3 manifiesta que «en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que le confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa». Se pone así de manifiesto la compleja relación existente entre el Derecho comunitario y el CEDH⁹⁰, que a la luz del Tratado parece buscar una reconciliación, al referirse, el artículo I-9, a la futura adhesión de la Unión al Convenio, reiterando la jurisprudencia, ya analizada, del Tribunal de Justicia, conforme a la cual los derechos fundamentales garantizados por el Convenio y los que

horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *La encrucijada constitucional de la Unión...*, op. cit., págs. 151 y ss.

⁸⁸ Vid. Consejo de la Unión Europea, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones relativas al texto completo de la Carta*, Diciembre 2000, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2001, pág. 74.

⁸⁹ Cfr. L. ORTEGA ÁLVAREZ, «Los derechos fundamentales de la Constitución Europea», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pág. 414.

⁹⁰ Vid. S. SANZ CABALLERO, «Interferencias entre el Derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, 2004, págs. 117 y ss. Este conflicto se ha puesto de relieve por el Tribunal de Estrasburgo, de forma muy especial, en el asunto *Matthews c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-I. En este asunto, el Tribunal reconoce la responsabilidad del Reino Unido ante la demanda de una ciudadana gibraltareña frente a la Comisión Europea de Derechos Humanos, con base en que la exclusión de los ciudadanos de la Colonia de las elecciones del Parlamento Europeo le había supuesto la vulneración del derecho contemplado en el artículo 3 del Protocolo núm. 1 del CEDH, conforme al cual se garantiza la organización por los Estados parte a intervalos razonables de elecciones libres, en condiciones que garanticen la libre expresión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.

son fruto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.

Según se afirma en el documento explicativo de la Carta⁹¹, este precepto pretende garantizar la coherencia necesaria entre la Carta y el CEDH, sentando el principio de que, en la medida en que los derechos de aquélla corresponden también a derechos garantizados por éste, su sentido y alcance, incluidas las limitaciones que se admiten, son los previstos por el Convenio. No obstante estas afirmaciones, el artículo resulta un tanto confuso o, al menos, de difícil reconciliación con la idea de establecer un catálogo propio de derechos a la que parece responder la Carta, aunque en la práctica no sea así, constituyendo, en palabras de PESCATORE, «un collage sans originalité»⁹².

El juego entre Carta y CEDH es reiterado por el artículo II-113, conforme al cual «ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros». Conforme al documento explicativo de la Carta, el objetivo de esta disposición reside en mantener el nivel de protección que otorgan los referidos derechos, sin que el nivel ofrecido por la Carta pueda ser inferior al garantizado por el CEDH⁹³. Sin embargo, la referencia a las Constituciones de los Estados miembros genera confusión, en cuanto a su fuerza normativa en el ámbito de la Unión; ¿implica la supresión de la referencia a las tradiciones constitucionales comunes la aplicación efectiva de los derechos constitucionales como tales?⁹⁴

En definitiva, la conclusión que cabe extraer del juego de las disposiciones generales sobre la aplicación e interpretación de la Carta no es otra que la concurrencia de diversos sistemas cuya aplicación se superpone o converge de forma que todos ellos parecen tener validez, pero sin que que-

⁹¹ Vid. Consejo de la Unión Europea, *Carta de los Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 74.

⁹² Cfr. P. PESCATORE, «La coopération entre la Cour Communautaire, les juridictions nationales et la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans la protection des droits fondamentaux. Enquête sur un problème virtuel», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 466, mars 2003, pág. 154.

⁹³ Vid. Consejo de la Unión Europea, *Carta de los Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 77.

⁹⁴ Cfr. C. RUIZ MIGUEL, «El derecho a la protección de datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, 2003, págs. 9-10. El autor manifiesta que esta redacción plantea un doble conflicto: o los derechos fundamentales de las Constituciones de los Estados (y no las tradiciones constitucionales comunes) se aplican a nivel comunitario o no se aplican a este nivel. Si se produce lo primero, parece que la Cumbre de Colonia formuló mal su mandato, ya que en lugar de inclinarse por el estándar mínimo de protección tendría que haberse inclinado por el máximo; si se produce lo segundo, carece de sentido esta referencia a los derechos de las Constituciones nacionales.

de claro su régimen de articulación⁹⁵, que, en cualquier caso, parece alejarse del propósito de Colonia de configurar un catálogo propio de derechos en el ámbito de la Unión⁹⁶.

El precepto que a título principal regula la protección de datos personales en el Tratado, con las limitaciones ya referidas derivadas del artículo 1-51, es el artículo II-68, en el que, tras reconocerse el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan, se manifiesta que «estos datos serán tratados 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 obtener su rectificación»; finalmente, el respeto a estas normas queda sujeto al control de una autoridad independiente.

En el documento explicativo de la Carta, el Consejo alude como fundamentos de este precepto al artículo 286 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁹⁷, a la Directiva 95/46/CE, al artículo 8 del CEDH y al Convenio 108 del Consejo de Europa⁹⁸; poniéndose de relieve, a través de estos basamentos normativos, su estrecha vinculación al derecho a la intimidad⁹⁹.

Como ha tenido oportunidad de apreciarse, el derecho a la protección de datos personales ha tenido hasta épocas recientes un nulo predicamento jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia, configurándose, en un

⁹⁵ En este sentido, R. ALONSO GARCÍA, en «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, pág. 27, manifiesta que la propia Carta, pese a cuales fueran las pretensiones de Colonia, se inclina por la convivencia a tres bandas, sin aclarar del todo sus términos.

⁹⁶ No obstante, es preciso señalar que este juego o superposición de sistemas jurídicos también ha sido valorado positivamente; así, Albrecht WEBER, en «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, págs. 93-94, habla de la Carta como modelo de una unión constitucional multidimensional de derechos fundamentales.

⁹⁷ Conforme a este precepto: «1. A partir del 1 de enero de 1999, los actos comunitarios relativos a la protección de las personas respecto del tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos serán de aplicación a las instituciones y organismos establecidos por el presente Tratado o sobre la base del mismo.

2. Con anterioridad a la fecha indicada en el apartado 1, el Consejo establecerá, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, un organismo de vigilancia independiente, responsable de controlar la aplicación de dichos actos comunitarios a las instituciones y organismos de la Comunidad y adoptará, en su caso, cualesquiera otras disposiciones pertinentes».

⁹⁸ Vid. Consejo de la Unión Europea, *Carta de los Derechos Fundamentales...*, op. cit., pág. 26.

⁹⁹ Ricard MARTÍNEZ pone de relieve cómo la tutela comunitaria frente a las repercusiones derivadas del uso de la información y las comunicaciones se ha articulado, en realidad, a través de la protección de la vida privada; si bien en los últimos tiempos se ha ido abriendo camino la nueva categoría de la protección de datos personales. Pese a ello, las normas comunitarias siguen contemplando la protección de datos personales como una de las dimensiones en las que se manifiesta la privacidad. En este contexto lanza una interesante cuestión: «es posible plantear, al menos como hipótesis, una posible vulneración del derecho a la protección de datos personales que no repercute a su vez en la vida privada del individuo, en su identidad, en su personalidad» (cfr. *Una aproximación crítica...*, op. cit., pág. 233). Desde mi punto de vista, no.

primer momento, en el ámbito comunitario por la vía del derecho derivado¹⁰⁰. Su primera regulación se producirá a través de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹⁰¹, a la que seguiría la Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, posteriormente sustituida por la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.

Esta regulación reconocía el derecho a la protección de datos frente a los Estados, pero dejaba fuera a las instituciones comunitarias; a ello se puso fin con el Tratado de Ámsterdam, por el que se introduce el artículo 286, produciéndose la vinculación de las instituciones comunitarias a este derecho¹⁰². Conforme al artículo II-111 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (art. 51 de la Carta), las disposiciones de la Carta se dirigen a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto al principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros, únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión¹⁰³; además, como ya se ha mencionado, el artículo II-68 sujeta el respeto de las normas que rigen la protección de datos personales al control de una autoridad independiente. Ambos fines se materializan a través del Reglamento 45/2001, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos¹⁰⁴. Su objeto se refiere, de forma expresa, a la protección del derecho a la intimidad de las personas físicas y a la creación de una autoridad de control independiente, el Supervisor Europeo de Protección de Datos, en-

¹⁰⁰ Sobre el tratamiento normativo de la protección de datos personales en el ámbito comunitario, vid. A. TÉLLEZ AGUILERA, *La protección de datos en la Unión Europea. Divergencias normativas y anhelos unificadores*, Edisofer, Madrid, 2002.

¹⁰¹ Previamente se produjeron la Decisión del Consejo de 31 de marzo de 1992 (92/242/CE), relativa a la seguridad de los sistemas de información, y la Recomendación de la Comisión de 19 de octubre de 1994 (94/820/CE), sobre aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos.

¹⁰² A. CHUECA SANCHO afirma que esta norma plantea el problema de concretar qué actos comunitarios deben ser aplicados por los organismos, pues si se trata de las Directivas reguladoras de la materia se desnaturalizan tales actos, ya que éstas van dirigidas a los Estados. Habrá, pues, que pensar que las instituciones deberán aplicar las normas materiales de tales actos (cfr. *Los derechos fundamentales de la Unión Europea*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1999, pág. 119).

¹⁰³ Sobre el alcance de este precepto y su dimensión objetiva, subjetiva y temporal, vid. A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 64 y ss., y M. REQUEJO ISIDRO, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación», en *Estudios sobre la Carta de los Derechos...*, op. cit., págs. 211 y ss.

¹⁰⁴ En torno a la naturaleza y ámbito de aplicación de este Reglamento, vid. F. MAIANI, «Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'Union européenne. Situation présente et perspectives de développement», *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 38, n° 2, avril-juin 2002, págs. 283 y ss.

cargado de garantizar y supervisar la aplicación de las disposiciones del Reglamento y de cualquier otro acto comunitario relacionado con la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la intimidad, en lo que se refiere al tratamiento de sus datos personales por parte de una institución u organismo comunitario¹⁰⁵.

Junto con el reconocimiento del derecho y la garantía de su protección, el artículo II-68 aporta algunas pinceladas de su contenido y alcance, al manifestar que los «datos serán tratados 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 ley», contemplando los derechos de acceso y rectificación de los interesados.

La transcripción de este precepto pone de manifiesto lo que ya se ha anticipado. Si realmente se ha optado por consagrar un derecho independiente respecto del derecho a la intimidad, se debería haber realizado un esfuerzo por dotarle del máximo contenido posible, a fin de justificar esta diferenciación; sin embargo, no ha sido así. Si se contrasta la regulación de este derecho con la establecida en el Convenio 108 del Consejo de Europa o en la Directiva 95/46/CE, se percibe, paradójicamente, un alcance más limitado. Así, se parte de los principios de licitud y consentimiento para proceder al tratamiento, pero el principio de finalidad, de vital importancia para garantizar la autodeterminación informativa, presenta unos contornos difusos, mientras que aspectos esenciales como la seguridad y, muy llamativamente, la confidencialidad no encuentran mención alguna. La Directiva 95/46/CE, alude, en su artículo 1, a la garantía, por parte de los Estados miembros, de los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales¹⁰⁶, sin que el Tratado, quizá en su opción por desvincular la protección de datos de la intimidad, haga mención alguna siquiera al tratamiento confidencial de los datos personales, máxima que late en el sustrato de este derecho.

Además, se omite toda referencia al principio de información y se limitan, de forma considerable, los derechos del interesado, pues mientras la Directiva contempla el derecho de acceso, rectificación, supresión o bloqueo de los datos¹⁰⁷, oposición¹⁰⁸ y decisiones individuales automatizadas¹⁰⁹, el Tratado hace referencia, únicamente, a los derechos de acceso y rectificación.

¹⁰⁵ Las pautas de actuación de este organismo se marcan en la Decisión núm. 1247/2002/CE, de 1 de julio, relativa al Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de funciones del Supervisor Europeo de Protección de Datos. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER valora positivamente el hecho de que la Carta incorpore en este punto la figura de la Administración independiente para garantizar el buen funcionamiento del sistema normativo previsto (vid. «Dos notas sobre la Carta», en *La encrucijada constitucional de la Unión...*, op. cit., pág. 193).

¹⁰⁶ Sobre el alcance de este precepto, vid. M. HEREDERO HIGUERAS, *La Directiva Comunitaria de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 69-71.

¹⁰⁷ Artículo 12.

¹⁰⁸ Artículo 14.

¹⁰⁹ Artículo 15.

Por otra parte, en atención a una mayor garantía de la dignidad de la persona, y con base en la experiencia ya alcanzada en materia de protección de datos y el peligro por ella evidenciado respecto del potencial discriminatorio de ciertas técnicas de tratamiento, ésta hubiera sido una buena ocasión para hacer alguna referencia en este sentido, de cara a otorgar un valor añadido a la consagración de un nuevo derecho; pues si bien es cierto, en el artículo II-81 se prohíbe toda discriminación basada en características genéticas o discapacidad, hubiese sido deseable, y necesario, aludir a la prohibición de tratamientos de datos personales que entrañen cualquier tipo de clasificación o discriminación de las personas.

En definitiva, el reconocimiento a la protección de datos de carácter personal en el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa evidencia carencias importantes, que deberían haber sido salvadas al optarse por el reconocimiento de un derecho independiente respecto de la intimidad, sin que se hayan tenido presentes peligros, no ya potenciales, sino, lamentablemente, reales, que las técnicas de tratamiento de datos personales han puesto de manifiesto.

3. REFLEXIÓN FINAL

Las líneas precedentes no hacen sino poner de relieve la importancia que presentan los derechos fundamentales como síntoma de democracia y garantía para los ciudadanos. El esfuerzo realizado en el seno de la Unión por superar la ausencia de un reconocimiento expreso de los mismos ha cristalizado en la adopción de un catálogo propio que, de culminar con éxito el proceso de referéndum del Tratado, adquirirá fuerza vinculante.

Es cierto que no es el mejor de los textos posibles y que en lo atinente al derecho a la protección de datos de carácter personal su redacción no ha sido demasiado afortunada. Pese a ello, viene a evidenciar el escenario que las nuevas tecnologías presentan para el manejo de nuestra información y la necesidad de adoptar medidas que garanticen el control sobre el uso y destino de nuestros datos personales o, cabría decir, eviten el trazado de perfiles.