

<http://idp.uoc.edu>

Monográfico «III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas»

ARTÍCULO

El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas

Ricard Martínez Martínez

Fecha de presentación: agosto de 2007

Fecha de aceptación: agosto de 2007

Fecha de publicación: septiembre de 2007

Resumen

El artículo estudia el estado actual del derecho fundamental a la protección de datos en el Ordenamiento jurídico español, y en el de la Unión Europea. Partiendo del análisis de la configuración constitucional de este derecho y de su desarrollo en el ámbito comunitario y en la legislación española, se analizan un conjunto de cuestiones relacionadas con el mismo. En primer lugar, se considera la relación del derecho fundamental a la protección de datos con el resto del ordenamiento, y en particular, los conflictos interpretativos y las colisiones con otros derechos. En todo ello se tiene muy en cuenta la realidad práctica del derecho. Por otra parte, se examina el alcance del derecho fundamental a la protección de datos y el influjo que ejerce sobre derechos conexos como el derecho a la propia imagen o el secreto de las comunicaciones. Por último, se considera el papel que debe jugar este derecho en sociedades en las que el tratamiento de información personal y las necesidades vinculadas a las políticas de seguridad ciudadana pueden afectar a las libertades de los ciudadanos.

Palabras clave

derecho fundamental a la protección de datos, vida privada, Internet, seguridad ciudadana, seguridad privada, Agencia Española de Protección de Datos

Tema

Protección de datos

The fundamental right to data protection: outlooks

Abstract

This article studies the current situation regarding the fundamental right to data protection within the Spanish legal system, as well as in the European Union as a whole. Based on an analysis of the constitutional configuration of this right and its development both in the ambit of the EU and in Spanish legislation, the article explores a series of questions related to the aforementioned right. Firstly, it considers the relationship between the fundamental right to data protection and the rest of the legal system, especially interpretative conflicts and clashes with other rights. The practical reality of this right is taken fully into account at all times. Secondly, the article examines the scope of the fundamental right to data protection, as well as its

influence on related rights such as the right to self-image and secrecy of communications. Finally, the article considers the role that this right must perform in societies where the treatment of personal information and the needs linked to citizen protection policies can affect the freedom of citizens.

Keywords

fundamental right to data protection, private life, Internet, citizen protection, private security, Spanish Data Protection Authority

Topic

Data protection

1. Consideraciones previas: la consolidación del derecho fundamental a la protección de datos

El objeto de este trabajo no es otro que realizar un breve juicio crítico sobre la historia reciente del derecho fundamental a la protección de datos apuntando elementos relevantes desde el punto de vista de la situación actual. Este derecho se ha asentado en nuestro ordenamiento con una rapidez inusitada teniendo en cuenta sus especiales características morfológicas y la técnica jurisprudencial que ha determinado su nacimiento.¹

Como resulta sobradamente conocido -y sin perjuicio de iniciativas legislativas de muy diversa índole, cuyo objetivo era regular el uso de la informática-, el llamado derecho a la autodeterminación informativa nace en la República Federal Alemana con la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) en la sentencia sobre la Ley del Censo.² El TCFA afirma en la sentencia que el derecho general de la personalidad comporta la

atribución al individuo de la capacidad de decidir, en el ejercicio de su autodeterminación, qué extremos desea revelar de su propia vida. Para el TCFA:

«la autodeterminación del individuo presupone -también en las condiciones de las técnicas modernas de tratamiento de la información- que se conceda al individuo la libertad de decisión sobre las acciones que vaya a realizar o, en su caso, a omitir, incluyendo la posibilidad de obrar de hecho en forma consecuente con la decisión adoptada.

»Esta libertad de decisión, de control, supone además que el individuo tenga la posibilidad de acceder a sus datos personales, que pueda, no sólo tener conocimiento de que otros procesan informaciones relativas a su persona, sino también someter el uso de éstas a un control, ya que, de lo contrario, se limitará su libertad de decidir por autodeterminación».

La consecuencia de este razonamiento es el reconocimiento jurisprudencial de un derecho fundamental a la autodeterminación informativa basado en el derecho general de la personalidad y que ofrece protección frente a la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos de carácter personal y «garantiza la facultad del individuo de decidir básicamente por sí mismo sobre la difusión y la utilización de sus datos personales».³

1. La protección de la vida privada ha visto transcurrir un periodo de casi tres cuartos de siglo desde su primera formulación teórica por Warren y Brandeis hasta su reconocimiento jurisdiccional en Estados Unidos o para su aparición en nuestro Ordenamiento con la Constitución española de 1978. Samuel D. WARREN; Louis D. BRANDEIS (dic., 1890). «The right to privacy». *Harvard Law Review*. Vol. IV, n.º. 5.
2. Traducida por Manuel DARANAS (enero, 1984). BJC. N.º 33. Véase Manuel HEREDERO HIGUERAS (1983). «La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa al censo de población de 1983». *Documentación Administrativa*. N.º 198, pág. 139-158.
3. Respecto del significado de la autodeterminación informativa en la Constitución alemana, véase Antonio Enrique PÉREZ LUÑO (1989). «Libertad informática y derecho a la autodeterminación informativa». *I Congreso sobre Derecho Informático*. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Págs. 359-375. Y citado por Adalbert PODLECH (1984). «Art. 2 Abs. 1». *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare)*. Luchterhand, Neuwied-Darmstadt. Págs. 341 y ss.

En España la construcción doctrinal más relevante ha sido formulada por los profesores Pérez Luño⁴ y Lucas Murillo de la Cueva.⁵ Para el profesor Lucas Murillo, la autodeterminación informativa:

«en cuanto que posición jurídica subjetiva correspondiente al *status de habeas data*», pretende satisfacer la necesidad, sentida por las personas en las condiciones actuales de la vida social, de preservar su identidad controlando la revelación y el uso de los datos que les conciernen y protegiéndose frente a la ilimitada capacidad de archivarlos, relacionarlos y transmitirlos propia de la informática, y de los peligros que esto supone.

»Ese objetivo se consigue por medio de lo que se denomina técnica de protección de datos, «integrada por un conjunto de derechos subjetivos, deberes, procedimientos, instituciones y reglas objetivas».⁶

En una obra posterior, Lucas Murillo ha definido la autodeterminación informativa como:

«el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo la propia identidad, nuestra dignidad y libertad. En su formulación como derecho, implica necesariamente poderes que permitan a su titular definir los aspectos de su vida que no sean públicos, que desea que no se conozcan, así como facultades que le aseguren que los datos que de su persona manejan terceros informáticamente son exactos, completos y actuales, y que se han obtenido de modo leal y lícito».⁷

Este planteamiento doctrinal ha sido acogido finalmente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha alumbrado el derecho fundamental a la protección de datos a través de un conjunto de sentencias dictadas en el periodo que va de 1993 al 2000. Debe señalarse que la primera sentencia, la número 254/1993⁸ recoge el derecho, -al que denomina libertad informática-, de un modo ciertamente confuso, para después ir poco a poco perfilando el contorno del nuevo derecho.⁹ Será en la STC 292/2000 donde el Alto Tribunal diseñe con nitidez el contenido del derecho fundamental a la protección de datos. El fundamento jurídico quinto de la sentencia confirma la interpretación conforme a la cual el art. 18.4 CE incorpora un nuevo derecho fundamental dotándolo de plena autonomía respecto del derecho a la intimidad:¹⁰

«Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos, cuya concreta regulación debe establecer la ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio

4. PÉREZ LUÑO plantea la necesidad, en la era informática, de la existencia de un *habeas data* que se erija, del mismo modo que en su día hizo el *habeas corpus*, en cauce procesal que salvaguarde la libertad de la persona en la esfera de la informática, y entiende que el surgimiento de este derecho, que se integraría en los derechos de tercera generación, supone la necesidad de incorporar a la teoría de los estatus de Jellinek un nuevo estatus, el de *habeas data*. El autor identifica este concepto con el de «libertad informática» que define como «un nuevo derecho de autotutela de la propia identidad informática: o sea, el derecho de controlar (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales inscritos en un programa electrónico». A. E. PÉREZ LUÑO (1996). *Manual de informática y derecho*. Barcelona: Ariel. Pág. 43.
5. Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (1990). *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos. Temas clave.
6. Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (1990). *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos. Temas clave. Págs. 173-174.
7. Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (1993). *Informática y protección de datos personales (estudios sobre la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)*. Cuadernos y Debates. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Págs. 32 y 51. Existen posturas similares en torno a la categoría de la autodeterminación informativa. Así, puede consultarse M. HEREDERO HIGUERAS (1996). *La Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter Personal: comentario y textos*. Madrid: Tecnos.
8. Véase Ignacio VILLAVARDE MENENDEZ (mayo, agosto, 1994). «Protección de datos personales, derecho a ser informado, y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993.» *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 14, n.º 1.
9. Véase Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (2000). «Las vicisitudes del derecho de la protección de datos personales» en *Revista Vasca de Administración Pública*. Vol. 2, n.º 58, pág. 211-242; Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (2003). «La primera jurisprudencia sobre el derecho a la autodeterminación informativa». *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*. N.º 1.
10. Esta interpretación se encuentra presente, ya de modo muy claro, en el conjunto de sentencias dictadas con motivo del caso RENFE sobre uso indebido de datos sobre afiliación sindical. El supuesto recogido en la sentencia, en tanto que afectaba a un colectivo de trabajadores, ha generado un conjunto de sentencias coincidentes tanto en los antecedentes como en los fundamentos jurídicos y el fallo. SSTC 11/1998, 33/1998, 35/1998, 45/1998, 60/1998, 77/1998, 94/1998, 104/1998, 105/1998, 106/1998, 123/1998, 124/1998, 126/1998, 158/1998, 198/1998, 223/1998, 30/1999, 44/1999 y 45/1999.

(art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que aparece, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran».

A continuación, el fundamento jurídico sexto de la sentencia define el objeto de protección del derecho que alcanza:

«a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo».

En el mismo fundamento se describe el contenido del derecho fundamental a la protección de datos, que incluye un haz de garantías y facultades que se traducen en determinadas obligaciones de hacer. Se trata del derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelarlos.

Pese a que este planteamiento pueda ser criticable desde un punto de vista dogmático,¹¹ y tanto en lo relativo al contenido del derecho, como a la técnica empleada por el

Tribunal Constitucional y a su anclaje constitucional,¹² lo cierto es que cierra de modo definitivo cualquier atisbo de debate si se tienen en cuenta distintos factores añadidos, coetáneos y posteriores a la sentencia.

El más evidente resulta de la proyección de la misma respecto del Ordenamiento español, y en particular respecto de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de los Datos de Carácter Personal, conformando un bloque normativo cuya interpretación queda claramente definida a partir de la STC 292/2000.

Junto a ello, la evolución del derecho en la Unión Europea -a pesar de la fallida Constitución o tratado constitucional- ha tomado un camino que conduce irremediamente al reconocimiento de este derecho. En efecto, más allá de la sucesión de directivas¹³ dictadas y de las constantes exigencias en esta materia contenidas por distintos convenios,¹⁴ la Carta Europea de Derechos Fundamentales incorpora de modo expreso el derecho a la protección de datos. Con posterioridad, este derecho se incorporó al artículo II-68 de la *non nata* Constitución europea cuyo tenor literal decía:

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

2. Estos datos se tratarán 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.

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

11. Véase Carlos RUIZ MIGUEL (1995). *La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad*. Madrid: Tecnos.

12. Véase Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ. (2004). *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*. Madrid: APDCM-Thomson-Civitas.

13. Se han dictado distintas directivas como la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de julio de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas o directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas y la Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones.

14. Así por ejemplo, puede verse el Convenio de Schengen, de 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes y el Protocolo núm. 2 por el que se integra el Acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea. En el mismo contexto, hay que incluir el Convenio basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea por el que se crea una Oficina Europea de Policía o Convenio Europol.

Por tanto, la línea de tendencia es clara y apunta a la consolidación de la categoría del derecho fundamental a la protección de datos. Por ello, y con independencia del juicio crítico que ello deba merecer para un jurista, nuestro primer referente debe ser siempre el derecho positivo y a su análisis se dedica este trabajo desde una perspectiva crítica y constructiva a la vez.

El conjunto de consideraciones que a continuación se exponen en relación con las perspectivas actuales del derecho fundamental a la protección de datos resultan de dos cuestiones de naturaleza diversa. En primer lugar, se pondrá de manifiesto cómo la propia definición constitucional del derecho fundamental influye de manera decisiva en el modo de actuar de los operadores jurídicos a la vez que ejerce una fuerte atracción sobre el ámbito tutelado por los derechos del artículo 18 de la Constitución española. Por otra parte, se planteará, desde un punto de vista puramente material, cómo la evolución de la realidad social y técnica sitúa a este derecho frente a un conjunto de retos ciertamente determinantes para su tutela y la de otros valores constitucionales relevantes.

2. Un derecho con perfiles muy definidos: protección de datos y conflicto de derechos

Desde el punto de vista de la concepción del derecho fundamental a la protección de datos, en nuestro sistema deben destacarse algunos elementos determinantes. En primer lugar, el Tribunal Constitucional, la Directiva 95/46/CE, y la LOPD acotan el concepto de dato personal de modo muy preciso: se trata de una información relativa a persona identificada o identificable careciendo de relevancia su naturaleza pública o privada. Pueden encontrarse elementos adicionales para establecer cuando existe un dato personal en la directiva, cuyo artículo 2 considera identificable a

«toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social».¹⁵ No obstante, desde el punto de vista de la aplicación de las normas sobre protección de datos, el elemento nuclear reside en un concepto determinante: el tratamiento. Sobre esta definición pivota la construcción de la Directiva 95/46/CE. El tratamiento aporta el elemento cualitativo que permite obtener información personal de un sujeto a partir de datos aparentemente irrelevantes. En este sentido, se recordará que este concepto es amplísimo, ya que, conforme al artículo 3 LOPD que transpone de modo prácticamente literal la directiva, un tratamiento abarca «operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias».

Por tanto, cualquier actividad que pueda concebirse en relación con un dato personal constituirá un tratamiento. Como más arriba se señaló, el Tribunal Constitucional proyecta el derecho fundamental a la protección de datos sobre estos dos elementos de modo que en presencia de un dato personal la Corte advierte que, con independencia de su naturaleza pública o privada, éste puede servir para la confección de perfiles, -ideológicos, raciales, sexuales, económicos o de cualquier otra índole etc.-, subrayando que tal actividad podría constituir una amenaza para el individuo.

Por ello, los conceptos de dato y tratamiento se proyectan sobre el derecho fundamental a la protección de datos hasta conseguir cerrar una tipología muy definida. Ambos conceptos, desde el punto de vista de la aplicación de la norma ofrecen una ventaja innegable, ya que permiten emplear el mecanismo de la subsunción de modo prácticamente automático: cuando se ha identificado un dato personal que es objeto de tratamiento, el silogismo interpretativo resulta más bien

15. En la misma dirección apunta el Real Decreto 1332/1994, que en su artículo 1 define el dato de carácter personal como «toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión concerniente a una persona física identificada o identificable». Asimismo, considera que la identificación del titular de los datos podrá realizarse mediante «cualquier elemento que permita determinar directa o indirectamente la identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social de la persona física afectada».

sencillo y la prevalencia de lo dispuesto por la LOPD resulta prácticamente asegurada.¹⁶

Esta sencillez aplicativa podría estar conduciendo de hecho a una reinterpretación del conjunto del Ordenamiento jurídico en clave de protección de datos y esta técnica, aliada al ya antiguo fenómeno de la superproducción normativa, no está exenta de peligro. El problema no encuentra su origen tanto en el derecho fundamental a la protección de datos, como en el hecho de que el legislador sólo recientemente ha tenido en cuenta esta materia. Por esto, no es infrecuente que allí donde el derecho fundamental a la protección de datos debería ceder ante intereses más dignos de protección, la ley no diga absolutamente nada y ello obligue a complejos esfuerzos de interpretación normativa. La STC 292/2000, tantas veces citada, declara precisamente la inconstitucionalidad del artículo 20 LOPD en la medida en que permitía establecer comunicaciones de datos mediante disposiciones de carácter general de rango inferior a la ley. Puesto que ni antes, ni en muchas ocasiones después,¹⁷ este hecho ha sido tenido en cuenta por el legislador. Existen ejemplos más que ilustrativos de la anterior afirmación que dan lugar a conflictos que a continuación se examinan.

2.1. Derecho de información en la recogida frente a derecho a la tutela judicial efectiva

Ni en la Ley Orgánica 15/1999 ni en las normas que regulan el ejercicio de la abogacía existe una exención del deber de información en la recogida de datos personales establecido por el artículo 5 LOPD. Por tanto, cuando un abogado proceda a la inclusión en sus ficheros de los

datos de un potencial demandado proporcionados por su cliente, debería informar a éste en un plazo no superior a tres meses.¹⁸ Sin embargo, es obvio que esta solución resulta manifiestamente inadecuada y ello ha obligado a la Agencia Española de Protección de Datos a fundamentar una excepción directamente en el derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁹ En tal sentido, la argumentación de la Agencia se estructura en torno a dos planteamientos. En primer lugar, la Constitución legitima el tratamiento sin consentimiento de tales datos:

«En este caso, como se dijo, el tratamiento por los abogados y procuradores de los datos referidos a la contraparte de sus clientes en los litigios en que aquéllos ejerzan la postulación procesal trae su causa, directamente, del derecho de todos los ciudadanos a la asistencia letrada, consagrado por el artículo 24.2 del Texto Constitucional.

»En efecto, la exigibilidad del consentimiento del oponente para el tratamiento de sus datos por el abogado o procurador supondría dejar a disposición de aquél el almacenamiento de la información necesaria para que el cliente pueda ejercer, en plenitud, su derecho a la tutela judicial efectiva. Así, la falta de estos datos puede implicar, lógicamente, una merma en la posibilidad de aportación por el interesado de "los medios de prueba pertinentes para su defensa", vulnerándose otra de las garantías derivadas del citado derecho a la tutela efectiva y coartándose la posibilidad de obtener el pleno desenvolvimiento de este derecho».

A continuación, situando su argumentación en el plano del conflicto de derechos, considera que la información exigible conforme al artículo 5.4 LOPD afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes:

«Siguiendo esta premisa, en nuestra opinión debería darse una prevalencia al derecho consagrado por el artículo 24 de la Constitución, garantizando a su vez las medidas que evitarán un mayor perjuicio a los afectados (en este caso, los oponentes de los clientes cuyos datos son objeto de tratamiento).

»Ello se funda en que la comunicación a los afectados de las informaciones de que los abogados o procuradores puedan disponer, procedentes de sus clientes, podrían perjudicar, como ya se indicó, el adecuado ejercicio por el propio interesado de las facultades vinculadas con su derecho a obtener la tutela efec-

16. No se pretende obviar con esta afirmación principios tan fundamentales como el del consentimiento o el de calidad de los datos y, muy particularmente, una de sus manifestaciones: la finalidad. En este sentido, el análisis de cualquier problema relacionado con la protección de datos debe tener en cuenta estos elementos. No obstante, la simple concurrencia de un dato personal y de un tratamiento pone en marcha el procedimiento interpretativo al que se alude en el texto. Sobre los principios de protección de datos, y en particular sobre la importancia del principio de finalidad véase Emilio GUICHOT (2005). *Datos personales y Administración Pública*. Madrid: APDCM-Thomson-Civitas. Pág. 230-234.
17. De hecho, el único esfuerzo coherente con lo señalado en la sentencia es el de la Ley 10/2001, de 22 de noviembre, de Cortes de Castilla-La Mancha, de adecuación de procedimientos administrativos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de cesión de datos personales (DOCM n.º 127 de 07/12/2001, pág. 14039).
18. En efecto el artículo 5.4 LOPD dispone: «Cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad del contenido del tratamiento de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo».
19. Informe sobre tratamiento por abogados y procuradores de los datos de las partes en un proceso.

tiva de los jueces y tribunales (al quedar en conocimiento de la otra parte los datos que pudieran ser aportados a juicio en defensa de su derecho)».

En esencia, la solución aportada es la correcta y, desde un enfoque optimista, podría llevar a pensar que no existe ningún fallo en el sistema. Sin embargo, la realidad es muy distinta. El operador jurídico se encuentra ante lo que de modo un tanto exagerado podríamos denominar «un caso difícil», en el que la aplicación mecánica de la Ley Orgánica de Protección de Datos conduce a un resultado insatisfactorio. Ante la manifiesta falta de respuestas y la inactividad del legislador, se ve obligado a recurrir a elevar una consulta ante la Agencia Española de Protección de Datos. Pero ¿qué hubiera ocurrido de actuarse aplicando de modo literal lo dispuesto en la norma?

2.2. Comunicación de datos de los trabajadores frente a libertad sindical

Otro tanto sucede en el ámbito de las comunicaciones de datos personales sin consentimiento.

Un ejemplo de ello se encuentra en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español en el caso COMFIA-CC.OO contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S. A. (BBVA), que constituye una interesante aproximación del Alto Tribunal a la fijación de criterios de uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito laboral. En resumen, la sentencia considera que, la libertad

sindical, -que se manifiesta en el caso enjuiciado en el derecho a remitir información sindical a los trabajadores-, comporta que bajo ciertas condiciones de proporcionalidad, el empresario deba soportar el envío de mensajes de correo electrónico dirigidos a las cuentas de correo corporativo asignadas a los trabajadores.²⁰

Ahora bien, si el Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho de las organizaciones sindicales a remitir a los trabajadores información sindical mediante el correo electrónico (STC 281/2005): ¿supone esto un paralelo derecho a que les sean cedidas sus direcciones electrónicas?; ¿legitimaría por tanto el ejercicio de la libertad sindical esta comunicación de datos?; teniendo en cuenta el régimen específico previsto en el artículo 7 LOPD, ¿sería necesario el consentimiento expreso de cada trabajador?²¹

Lo cierto es que, desde el punto de vista de la Ley Orgánica 15/1999, cabrían dos soluciones. La primera supone que necesariamente se exige el consentimiento expreso de cada trabajador, lo que vaciaría completamente de contenido la sentencia del Alto Tribunal. Otra posibilidad consiste en entender que cabe una comunicación de datos sin consentimiento amparada en la libertad sindical, pero con un estricto reconocimiento del derecho de oposición al tratamiento a cada destinatario de la información sindical, considerando que la alegación de la propia libertad ideológica o sindical de cada trabajador individualmente considerado constituyen los «motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal» a los que se refiere el artículo 6.4 LOPD. Ahora bien, teniendo en

20. La Corte constata el hecho de la ausencia de una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador, y subraya que las empresas «no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical». Ahora bien, esto no significa a juicio del Tribunal que no exista este derecho allí donde sí existen medios informáticos. Atendido el hecho de que la difusión de información sindical forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, el Tribunal fija distintos criterios aplicables al caso y concluye que: «sobre el empresario pesa el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de uso que a continuación enunciaremos, cuyo cumplimiento deberá examinarse en cada caso. En tales condiciones no puede negarse la puesta a disposición, ni puede unilateralmente privarse a los sindicatos de su empleo, debiendo acudir al auxilio judicial si con ocasión de su utilización el sindicato llega a incurrir en excesos u ocasionar perjuicios, a fin de que aquéllos sean atajados y éstos, en su caso, compensados».

21. Éste dispone:

«Artículo 7. Datos especialmente protegidos.

1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.

2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. (...)»

cuenta el efecto disuasorio del régimen sancionador de nuestra ley al que posteriormente se alude, no es muy aventurado plantearse por cuál de las dos soluciones se apostaría aplicando un mínimo de prudencia.

2.3. Derecho a la información frente a derecho fundamental a la protección de datos

En la práctica, el operador jurídico se ve abocado en multitud de ocasiones a afrontar conflictos de derechos, bienes o valores constitucionalmente relevantes y debe hacerlo con

el bagaje del procedimiento de ponderación que reiteradamente ha subrayado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el propio Tribunal Constitucional.²²

Esta cuestión se agudiza muy particularmente, y tenderá a crecer, en los supuestos de ejercicio del derecho a la información y de la libertad de expresión. En efecto, los medios que la informática e Internet ponen a disposición de los individuos han minorado extraordinariamente los costes de edición de las publicaciones tradicionales. Internet pone al alcance de cualquier ciudadano la posible apertura de un blog.²³

22. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afrontado la aplicación del artículo 8 CEDH desarrollando un método interpretativo que se articula en tres etapas de análisis netamente diferenciadas. En primer lugar, se trata de determinar si realmente se ha producido una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio o de su correspondencia, para a continuación verificar si dicha intromisión se halla prevista por ley y si es legítima y necesaria de acuerdo con las excepciones del párrafo segundo. En esta primera fase, la Corte no prejuzga en absoluto la licitud de la medida, únicamente constata si se trata o no de un supuesto que interfiere o vulnera el bien jurídico protegido por el precepto. La segunda y tercera secuencia del análisis se basan en el contraste del caso con lo dispuesto por el segundo párrafo del precepto. En primer lugar, se trata de considerar si la medida adoptada por el Estado demandado resulta amparada por el derecho. La ley además ha de ser accesible y previsible. Esto es, un ciudadano medio debería estar de algún modo en disposición de conocer la existencia de la norma o localizarla en caso de resultarle necesaria y además debería poder ajustar su conducta a las previsiones de la misma.

Una vez superado el test de legalidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos finaliza su análisis emitiendo un juicio de proporcionalidad al amparo del principio de necesidad de la medida en una sociedad democrática. Véase *Malone vs. the United Kingdom* (1984); *Carlos Ruiz Miguel* (1994). *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas.

La doctrina del Tribunal Constitucional al respecto de los límites a los derechos fundamentales posee un largo recorrido y arranca prácticamente con la tarea del propio Tribunal en la STC 11/1981. Muy sintéticamente expresada, la doctrina sobre las limitaciones a los derechos fundamentales exige la presencia de un fundamento constitucional de la medida, -que no puede ser otro que tratarse de un derecho o bien jurídico constitucionalizado-, cuyos límites deben estar expresamente formulados o habilitados por el constituyente, y se interpretan restrictivamente. Además, la medida limitadora debe superar un doble juicio de congruencia y proporcionalidad, ya que debe existir una mínima congruencia entre la medida restrictiva, el objetivo perseguido y el derecho limitado, y una proporcionalidad de la misma en términos de idoneidad e intervención mínima. El fundamento jurídico sexto de la STC 57/1994 sintetiza esta doctrina:

«no es ocioso recordar aquí que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7, y 2/1982, fundamento jurídico 5, entre otras). Y tampoco que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, fundamento jurídico 3). De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5, y 13/1985, fundamento jurídico 2), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989, fundamento jurídico 7) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4 a 6; 120/1990, fundamento jurídico 8, y 137/1990, fundamento jurídico 6). Por lo que ha de analizarse, a la luz de esta doctrina, si una medida como la impugnada en el presente caso se halla justificada en la protección de exigencias públicas y si, en su caso, cumple la condición de ser proporcionada en atención a la situación de aquél al que se le impone».

Véase Luis Aguiar (verano-otoño, 1983). «Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de estos por el Tribunal Constitucional español». *Revista de Derecho Político*. N.º 18-19.

23. «Un blog, o en español también una bitácora, es un sitio web periódicamente actualizado que recopila cronológicamente textos o artículos de uno o varios autores, apareciendo primero el más reciente, donde el autor conserva siempre la libertad de dejar publicado lo que crea pertinente. El término *blog* proviene de las palabras *web* y *log* (*log* en inglés "diario"). El término bitácora, en referencia a los antiguos cuadernos de bitácora de los barcos, se utiliza preferentemente cuando el autor escribe sobre su vida propia como si fuese un diario, pero publicado en Internet en línea».

Véase este artículo en Wikipedia <http://es.wikipedia.org/wiki/Blog>

En este sentido, y en la medida en el que el desarrollo de Internet en Estados Unidos ha venido anticipando problemas, no está de más recordar la sentencia dictada en el caso *ACLU vs. Reno* al señalar, en una afortunada frase, que en Internet un ciudadano tiene los mismos derechos que cualquier medio de comunicación

«Some of the dialogue on the Internet surely tests the limits of conventional discourse. Speech on the Internet can be unfiltered, unpolished, and unconventional, even emotionally charged, sexually explicit, and vulgar in a word, "indecent" in many communities. But we should expect such speech to occur in a medium in which citizens from all walks of life have a voice. We should also protect the autonomy that such a medium confers to ordinary people as well as media magnates».

United States District Court for the Eastern District Of Pennsylvania, American Civil Liberties Union, et al. vs. Janet Reno, Attorney General of the United States, Civil Action n.º 96-963.

Por otra parte, nada obsta en nuestro sistema para que un partido político, un sindicato o un ciudadano particular ejerzan estos derechos. Es más, en distintas ocasiones el Tribunal Constitucional ha subrayado el papel relevante que este tipo de agentes juega en la conformación de una opinión pública libre.²⁴

Ahora bien, en la transposición de la Directiva 95/46/CE no se ha utilizado la habilitación que concede su artículo 9 para fijar condiciones de ejercicio de la libertad de expresión respetuosas con la intimidad.²⁵ Ello conduce a situaciones complejas, ya que no parece existir ninguna duda sobre la prevalencia del derecho a la información cuando, con motivo de la difusión de una información por un medio de comunicación social, exista un tratamiento de datos personales. Sin embargo, ¿qué ocurrirá cuando el ejercicio de este derecho se produzca en un boletín de información sindical o en el blog de un ciudadano?

Parece evidente que si se dan las condiciones exigibles para un correcto ejercicio del derecho a la información,

éste²⁶ debería prevalecer. Por tanto, y en la línea apuntada tanto por el TEDH como por el Tribunal Constitucional,²⁷ la información debería ser relevante o de interés público y, por tanto, debería contribuir al debate público y/o a la formación de una opinión pública libre. También será relevante cuando la persona objeto de la noticia posea un carácter público y la noticia ilustre sobre algún aspecto relevante de ese perfil. Además, los hechos deberán ser veraces, aunque tal veracidad resulta entendida como diligencia en la comprobación de los mismos.

Más complejo será si cabe el conflicto cuando se trate de la libertad de expresión, cuyos requisitos de ejercicio son parcialmente diversos. Como señala la STC 160/2003, debe diferenciarse el derecho a la información de la libertad de expresión:

«Como es sabido, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor), y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de

24. Así, en el caso de los partidos políticos la STC 48/2003 dice que el artículo 6 de la Constitución señala que los partidos políticos son «expresión del pluralismo político e instrumento fundamental para la participación política mediante su concurso a la formación y manifestación de la voluntad popular».

En segundo lugar, en la STC 136/1996 (FJ 14 y ss.) afirma el Alto Tribunal:

«14. Los derechos de participación en los asuntos públicos (art. 23.1 C.E.) y de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 C.E.), que en la parte de su contenido que afecta a las dos vertientes del principio de representación política forman un «todo inescindible» (entre otras, SSTC 5/1983, fundamento jurídico 4, y 24/1990, fundamento jurídico 2), poseen, no sólo un contenido prestacional y una función de garantía de institutos políticos, como el de la opinión pública libre, sino también un contenido de derecho de libertad, que se concreta, en lo que aquí interesa, en la posibilidad constitucionalmente protegida de ofrecer a los ciudadanos, sin interferencias o intromisiones de los poderes públicos, los análisis de la realidad social, económica o política y las propuestas para trasformarla que consideren oportunas. (...)»

15. Lo mismo puede decirse respecto de las libertades de expresión y de comunicación, cuyo contenido este Tribunal ha contribuido a perfilar en múltiples resoluciones: la primera, como el derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos de poder expresar sus propios juicios de valor sin sufrir intromisiones por parte de los poderes públicos que no estén apoyadas en la ley, e incluso frente a la propia ley si ésta intenta fijar límites distintos a los que la Constitución admite (por todas, STC 12/1982, fundamento jurídico 3); la segunda, como la libertad de comunicar, también sin injerencias, informaciones de interés público y veraces, en el sentido de diligentemente contrastadas, sobre hechos o sobre opiniones ajenas presentadas como tales. No cabe duda de que, cuando estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política, debe reconocérseles, si cabe, una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental tutelado por ellas, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles «especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones, que es claro que en otro contexto habrían de operar» (STC 157/1996, fundamento jurídico 5, aunque se refiere a un ámbito distinto del electoral)».

25. Tratamiento de datos personales y libertad de expresión

En lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados Miembros establecerán, respecto de las disposiciones del presente capítulo, del capítulo IV y del capítulo VI, exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión.»

26. Sobre esta materia véase Lluís de CARRERAS SERRA (1996). *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*. Barcelona: Ariel; Luis ESCOBAR DE LA SERNA (1998). *Derecho de la información*. Madrid: Dykinson; Marc CARRILLO LÓPEZ (2003). *El derecho a no ser molestado: información y vida privada*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.

27. Véase entre otras las SSTC 2/1988, 171/1990, 172/1990, 198/1992, 178/1993, 320/1994, 28/1996, 204/1997, 144/1998, 154/1999, 297/2000 y 76/2002.

aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término *información*, en el texto del art. 20.1 d) CE, el adjetivo veraz (STC 4/1996, de 19 de febrero). Sin embargo, hemos admitido que en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos. Por esta razón, procede examinar en primer lugar la veracidad de aquélla y, a continuación, la ausencia de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para la crítica que se formula (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 107/1988, de 8 de junio, 59/1989, de 16 de marzo, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 190/1992, de 16 de noviembre, 123/1993, de 19 de abril, 178/1993, de 31 de mayo, 76/1995, de 22 de mayo, 138/1996, de 16 de septiembre, 204/1997, de 25 de noviembre, 1/1998, de 12 de enero), pues, como venimos diciendo, el art. 20.1 CE ni protege la divulgación de hechos que no son sino simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni da amparo a las insidias o insultos (STC 192/1999, de 25 de octubre).

Estamos de nuevo ante un conflicto, cuya solución parece aparentemente clara, pero que obliga a ponderar en cada ocasión los bienes en presencia.

2.4. La óptica del operador jurídico

Como se ha visto, la inexistencia de previsiones específicas obliga en muchos casos a deducir del sentido de la norma las habilitaciones para realizar determinados tratamientos. El caso paradigmático es el las comunicaciones de datos sin consentimiento del titular. Aquí la aproximación del intérprete puede realizarse reinterpretando el ordenamiento desde el punto de vista del derecho fundamental a la protección de datos con una perspectiva absolutamente garantista. Por el contrario, puede adoptarse una óptica más abierta que tenga en cuenta los intereses en juego e infiera de cláusulas generales, o de las finalidades perseguidas por la legislación, las habilitaciones necesarias para poder realizar estos tratamientos de datos sin consentimiento del titular.

Sin embargo, el aplicador cotidiano de la Ley Orgánica 15/1999 no dispone de un margen interpretativo sufi-

ciente, ya que le resulta imposible realizar este tipo de juicio por dos razones. La primera de ellas es de carácter técnico y deriva de la propia conformación del derecho fundamental a la protección de datos y de su natural prevalencia, lo que en caso de duda debe orientar la interpretación siempre a favor del derecho fundamental. Por tanto, cuando el legislador no fija con claridad la necesaria habilitación para llevar a cabo una comunicación de datos sin consentimiento, la consecuencia inmediata es la imposibilidad de realizarla.

En segundo lugar, incluso cuando el operador encuentre cierto apoyo para una comunicación de esta naturaleza, de no ser éste muy firme, -y sólo lo será si la cesión ha sido prevista expresamente por una norma con rango de ley-,²⁸ entra en juego un elemento disuasorio de primer orden: el régimen de infracciones y sanciones previsto por la LOPD. En efecto, el artículo 44.4.b) considera infracción muy grave «la comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas». La sanción que corresponde, en caso de tratarse de ficheros privados, puede alcanzar los seiscientos mil euros y actúa, *de facto*, como un elemento disuasorio de primer orden. En consecuencia, en caso de duda no se producirán comunicaciones de datos personales sin consentimiento, salvo cuando resulte de la emisión de informes jurídicos o del dictado de Instrucciones por la Agencia Española de Protección de Datos, o cuando la cuestión haya sido resuelta en sede judicial.

Así pues, el operador jurídico en la práctica apuesta siempre por la solución más favorable al derecho fundamental a la protección de datos, aunque un análisis sociológico seguramente arrojaría luz respecto de los factores determinantes para esta decisión. En tal sentido, a falta de un criterio empírico riguroso que avale sin género de duda esta conclusión, lo cierto es que la lectura de las resoluciones sancionadoras permite deducir, casi a simple vista, cómo el elemento determinante no es tanto el convencimiento por parte del responsable respecto del necesario respeto del derecho fundamental, como su temor a la sanción y su deseo de minorarla.

28. Para un análisis exhaustivo de esta figura, véase Jesús Alberto MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS (2003). *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*. Madrid: Thomson-Civitas-APDCM.

Es una constante en la tramitación de procedimientos sancionadores la intención del responsable de poner en juego la previsión del artículo 45.5 LOPD que dispone:

«Si en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuricidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquélla en que se integra la considerada en el caso de que se trate».

Para ello se acude a dos técnicas. La primera consiste en alegar «circunstancias concurrentes», y entre ellas, por lo que a este trabajo interesa, la presunción o convencimiento del ejercicio legítimo de un derecho. La segunda consiste en adoptar las medidas necesarias para cesar en el tratamiento y evitar cometer la infracción en el futuro. Lo sorprendente de esta segunda técnica es que se da no sólo en procedimientos en los que el responsable reconoce la existencia de la infracción, sino también en aquéllos en los que, existiendo un conflicto de derechos, está convencido de haber actuado correctamente y ello se aprecia claramente por la presencia de una argumentación que evidencia este convencimiento.

Un ejemplo significativo se manifiesta en el procedimiento PS/00361/2005, en el que un sindicato publicó una nota informativa en la intranet corporativa de una entidad bancaria, cuyo propósito, según las alegaciones del denunciado, era el ejercicio de la libertad sindical. No obstante, el sindicato adopta una estrategia defensiva en el sentido

apuntado,²⁹ y lo cierto es que le rinde los beneficios esperados, ya que, como señala la resolución:

«Durante la tramitación del presente procedimiento, ha quedado acreditado que UGT actuó en la creencia de no necesitar el consentimiento del denunciante para tratar sus datos personales y que su conducta estaba amparada por los derechos fundamentales de libertad sindical, de información y de libertad de expresión.

»Igualmente, ha quedado acreditado que UGT, a través de su página web, ha dirigido una circular informativa a sus secciones sindicales para que no publiquen en Internet o intranet documentos donde se recojan datos personales si no cuentan con el consentimiento inequívoco del titular de los mismos.

»En consecuencia, se considera que concurren, en el presente supuesto, circunstancias que permiten apreciar una disminución cualificada de la culpabilidad en la imputada que permite aplicar el artículo 45.5 de la LOPD».

No es aventurado cuestionarse hasta qué punto los hechos descritos generan cierta resistencia del destinatario de la norma que no alcanza a entender el cambio cultural que el derecho fundamental a la protección de datos supone, y mucho menos por qué la aplicación del mismo resulta tan severa.

3. El poder de atracción del derecho fundamental a la protección de datos

Como más arriba se señaló, un dato personal es cualquier información relativa a una persona identificada o identifica-

29. En efecto, el sindicato manifiesta que en su opinión el tratamiento efectuado respondía a «cumplir su deber de informar a los trabajadores sobre un asunto que tiene repercusión sindical. Siendo necesario valorar el hecho de que esta información viene precedida por una actuación repetida y sistemática del denunciante de hacer público a todos los empleados, a través del Lotus Notes, una serie de comunicaciones que contienen acusaciones, falsedades y calumnias de toda índole contra la Sección Sindical de UGT (...)»

En los antecedentes de hecho de la resolución, se constata como:

«Transcurrido el período de práctica de pruebas, se inició, con fecha 3 de julio de 2006, el trámite de audiencia, en el que UGT presentó escrito de alegaciones, comunicando lo siguiente:

“(…) UGT considera que los hechos denunciados no suponen la vulneración de ningún precepto de la LOPD. Ello no obstante, *ad cautelam*, en tanto no exista jurisprudencia que determine si en supuestos como el que nos ocupa prevalece el derecho a la libertad sindical, sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal (...) o viceversa, la FES-UGT, a través del comunicado anteriormente transcrito, ha resuelto recomendar a todas sus secciones sindicales que en las circulares que publiquen por Internet o en la intranet de las empresas, se prescinda de nombre y apellidos o cualquier otro dato que pueda ser considerado de carácter personal, salvo que se tenga el consentimiento inequívoco del afectado.”

Con fecha 26 de julio de 2006, UGT ha remitido copia de la circular informativa dirigida a todas las secciones sindicales de dicho sindicato, a través de su página web, en relación con la LOPD, en la que se recomienda que: “(...) en las circulares que publiquéis por Internet o en la intranet de las empresas, prescindaís de nombres y apellidos o cualquier otro dato que pueda ser considerado de carácter personal, salvo que contéis con el consentimiento inequívoco del afectado”».

Por tanto, y con independencia de sus alegaciones previas, el sindicato decidió en lo sucesivo otorgar un valor preferente al derecho fundamental a la protección de datos con independencia del juicio de prevalencia realizado sobre la libertad sindical.

ble. Por tanto, puede atribuirse la naturaleza de dato personal a una imagen, a un sonido,³⁰ a un número de teléfono o, como ha señalado la Agencia Española de Protección de Datos, a una dirección IP o de correo electrónico.³¹ Ello apunta a un elemento cualitativo que ha puesto de manifiesto la doctrina norteamericana al utilizar el concepto de *informational privacy*.³² Las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información ponen en el centro de la tutela del derecho fundamental a la protección de datos la idea de «información personal», entendida prácticamente de modo informático, como bite, como unidad que puede ser procesada por cualquier medio.

Por ello, en la práctica asistimos a un constante crecimiento del ámbito de lo protegido por el derecho fundamental a la protección de datos y, jurídicamente hablando, corremos el riesgo de invadir territorios fronterizos como

el del secreto de las comunicaciones, el derecho a la propia imagen y quién sabe si en un futuro, y de la mano de la videovigilancia, el de la inviolabilidad del domicilio.³³

En este sentido, basta con ver algunos de los temas sobre los que se ha pronunciado el Grupo de Trabajo del artículo 29, las directivas dictadas en relación con el tratamiento de datos de tráfico en las comunicaciones³⁴ y algunos informes jurídicos dictados por la Agencia Española de Protección de Datos³⁵ para verificar hasta qué punto se corre el riesgo de reducir la mayor parte del artículo 18 de la Constitución española a la idea de protección de datos. Es necesario ser conscientes de que, pese a la contundencia del aparato de tutela y sanción que ampara este derecho, ello no supone ni que la protección de datos sea la técnica más eficaz, ni la más adecuada.

-
30. Véase Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2-5 de dic., 1998). «L'immagine come dato di carattere personale e la sua protezione». *Convegno Internazionale: Il diritto nella società dell'informazione*. Florencia: Istituto per la documentazione giuridica del CNR. Y (set.-dic., 2000). «Los ficheros de datos y archivos de imágenes policiales en la legislación italiana. Análisis de las resoluciones dictadas por el Garante Italiano para la protección de los datos personales». *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 60.
31. Véase los informes de la Agencia Española de Protección de Datos de 1999 sobre «Tratamiento de registros de voz», «Dirección de correo electrónico» y el informe de 2003 sobre el «Carácter de dato personal de la dirección IP».
32. Véase Arthur R. MILLER (1969). «Personal privacy in the Computer Age: the challenge of a new technology and information oriented society». *Michigan Law Review*. Vol. 67; Alan F. WESTIN (1970). *Privacy and freedom* (6.ª ed.). Nueva York: Atheneum; Anita L. ALLEN (verano, 2000). «Privacy as Data Control: Conceptual, Practical, and Moral Limits of the Paradigm». *Connecticut Law Review*. Vol. 32, pág. 861-875.
33. En este último caso debe tenerse en cuenta que, por ejemplo, con la captación de imágenes en el interior de un domicilio se produce un acto complejo en el que la entrada virtual, la propia captación de las imágenes, afectaría a la inviolabilidad del domicilio, y el registro de tales imágenes podría afectar al derecho fundamental a la protección de datos.
34. A título de ejemplo, pueden citarse entre otros documentos del Grupo de Trabajo:
- Recomendación 2/1999, de 3 de mayo, sobre la protección de la intimidad en el contexto de la interceptación de las telecomunicaciones. Doc 5005/99/def. WP 18.
 - Dictamen 4/2005 sobre la propuesta de directiva sobre la conservación de datos tratados en relación con la prestación de servicios públicos de comunicación electrónica y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE (COM(2005)438 final de 21.09.2005). Doc. n.º 1868/05/ES WP 113.
 - - Dictamen 3/2006 sobre la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, adoptada por el Consejo el 21 de febrero de 2006. Doc. n.º 654/06/ES WP 119.
35. En este ámbito, el informe más relevante probablemente sea el dictado en 1999 sobre «Solicitudes de datos efectuadas por la Policía Judicial sin mandamiento judicial o requerimiento previo del Ministerio Fiscal». La Agencia considera que el artículo 22 LOPD, en relación con el 11.2.d) de la misma norma y el 445 de la Ley Orgánica legítima para las comunicaciones de datos personales a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando se den ciertas circunstancias:
- «a) Que quede debidamente acreditado que la obtención de los datos resulta necesaria para la prevención de un peligro real y grave para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales y que, tratándose de datos especialmente protegidos, sean absolutamente necesarios para los fines de una investigación concreta.
 - b) Que se trate de una petición concreta y específica, al no ser compatible con lo señalado anteriormente el ejercicio de solicitudes masivas de datos.
 - c) Que la petición se efectúe con la debida motivación, que acredite su relación con los supuestos que se han expuesto.
 - d) Que, en cumplimiento del artículo 22.4 de la LOPD, los datos sean cancelados "cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento"».
- Viene a señalarse que el deber de notificación inmediata a la Autoridad Judicial o al Ministerio Fiscal del artículo 445.1 LOPJ, en relación con la comunicación prevista a favor de éstos por el artículo 11.2.d) LOPD, confirmarían esta tesis. El argumento de la Agencia, llevado al terreno de los delitos cometidos en Internet, tiene una consecuencia muy clara: una unidad policial podría requerir datos de tráfico, sin la existencia de un mandato judicial previo. Este planteamiento proporciona agilidad y contundencia a la actuación policial pero, ¿ofrece mayores garantías que las que otorga al ciudadano el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones?

Sin embargo, la cuestión puede abordarse también desde otra perspectiva, seguramente mucho más productiva, consistente en situar el derecho fundamental a la protección de datos en el plano de la función instrumental que la Constitución, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la STC 254/1993 le han atribuido. Por tanto, aunque en muchos de los casos en los que estén en juego los derechos del artículo 18 CE existirán tratamientos de datos personales, resultará esencial discernir tanto la realidad material de los hechos y los derechos afectados, como la técnica de tutela más adecuada.

4. El derecho fundamental a la protección de datos en una sociedad vigilada

El primer decenio del nuevo siglo está siendo claramente marcado por la idea de seguridad. No hace falta subrayar hasta qué punto está cambiando nuestro entorno tras los atentados del 11 de septiembre y el 11 de marzo. En el mundo posterior a estos atentados, el tratamiento de información personal resulta determinante para la lucha antiterrorista. Todo ello está conduciendo a una política europea integrada en esta materia en la que el Programa de La Haya del 2004 marcó una pauta clara y la directiva sobre retención de datos de tráfico en las comunicaciones constituye una primera herramienta jurídica pero no la única.

En este sentido, cabe utilizar el concepto de sociedad vigilada o sociedad control³⁶ si se quiere subrayar la tendencia que marca el desarrollo de la actividad del estado en esta materia. Debe recordarse hasta qué

punto el informe que sobre la propuesta de la citada directiva realizaron en su día el Grupo de Trabajo del art. 29 y el Supervisor Europeo de Protección de Datos subrayaban incluso con dureza la manifiesta desproporción de algunas de las medidas que aquella contenía.³⁷ Por otra parte, en España se encuentra en fase de tramitación no sólo la transposición de la directiva sino también un proyecto de ley que regulará el uso de bases de datos de ADN por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.³⁸

No obstante, el tránsito hacia una sociedad vigilada no es imputable únicamente a los actores estatales. El empleo de técnicas de control empresarial basadas en la videovigilancia, la monitorización informática e incluso la geolocalización es cada vez más frecuente. Pero no sólo en los entornos empresariales proliferan estos medios. La generalizada sensación de inseguridad a veces promovida con manifiesta irresponsabilidad por políticos y medios de comunicación, está fomentando la aparición de un creciente negocio entorno a la seguridad privada y multiplicando los controles basados en videocámaras. Éstas no siempre son regidas por expertos legitimados para ello, cualquier ciudadano puede comprar una webcam inalámbrica, enfocarla a un rellano y conectarla a un circuito de televisión.³⁹ Del mismo modo, la geolocalización de menores de edad es un negocio con enorme futuro.

En nuestra sociedad, son muy pocas las voces que se atreven a discutir las restricciones a las libertades que nacen con posterioridad a los atentados terroristas. Otro tanto sucede con otros procedimientos de vigilancia y control basados en la idea de seguridad privada. Parece

36. Véase David Lyon (2001). *Surveillance Society. Monitoring Everyday Life*. Open University Press, Buckingham-Philadelfia. La Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos, celebrada en Londres del 1 al 3 de noviembre de 2006 ha generado un interesante documento: Lyon David Ball Kirstie; David Murakami Wood; Clive Norris; Charles Raab. *Surveillance Society' Report*. Disponible en:

<http://www.ico.gov.uk/about_us/news_and_views/current_topics/Surveillance_society_report.asp> (09/01/07).

37. Véase los documentos del Grupo de Trabajo arriba citados y el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la retención de los datos procesados en conexión con la prestación de servicios públicos de comunicación electrónica y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE [COM(2005) 438 final].

38. En la sección de iniciativas legislativas del *website* oficial del Congreso pueden localizarse ambas:

- Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 117-1, de 15 de diciembre de 2006. (Expediente núm. 121/000117.)

- Proyecto de Ley de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 128-1, de 16 de marzo de 2007. (Expediente núm. 121/000128.)

39. Véase José Luis GOÑI SEIN (2007). *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Madrid: APDC-Thomson-Civitas; Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2007). «Videovigilancia y protección de datos personales. La Instrucción 1/2006, de 12 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos». *Aranzadi Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*. N.º 13.

evidente que la mayoría de la sociedad apuesta decidida y entusiastamente por la seguridad.

Por todo ello, la idea de la protección de datos personales como instrumento de control sobre nuestra información personal adquiere un papel fundamental en la preservación de nuestros derechos y libertades. En este contexto, el derecho fundamental a la protección de datos constituye el punto de equilibrio necesario que garantizará nuestros derechos y las autoridades de protección de datos están llamadas a jugar un papel esencial.

5. El papel determinante de las autoridades de control

En el caso español, el derecho fundamental a la protección de datos ha prosperado en un entorno normativo y jurisprudencial muy favorable pero sin que la realidad social acompañe armónicamente este desarrollo. De modo cíclico se publican noticias relativas a estudios que concluyen la existencia de un bajo grado de aplicación de la LOPD por las empresas y las administraciones españolas.⁴⁰

Por otra parte, la mayor parte de nuestra sociedad carece de una cultura de protección de datos y ello se manifiesta de modo contundente en los procesos de captación de datos personales. Basta con comprobar hasta qué punto, ya sea en Internet o en soporte físico convencional, se tiende a actuar de modo que la prestación del consentimiento se plantee como un trámite tedioso más que el titular de los datos personales debe cumplimentar cuanto antes para llegar a su objetivo de comprar un bien o reci-

bir un servicio. Tanto más tediosa será la técnica empleada cuanto mayor información se desee obtener.

Así, aunque en principio las normas resultan claras y sencillas de aplicar y nuestro régimen sancionador es el más exigente de Europa, podría decirse que no existe en la sociedad española una adecuada cultura de protección de datos.

Este último factor sociológico se suma a todos los elementos señalados en este trabajo para definir un escenario complejo y no necesariamente favorable a la extensión y consolidación del derecho fundamental a la protección de datos. Sin embargo, el sistema de tutela del mismo se estructura a través de autoridades independientes de control⁴¹ y éstas están llamadas a jugar un papel determinante en la evolución del derecho fundamental a la protección de datos desde una triple perspectiva.

En primer lugar, las autoridades juegan un papel esencial desde el punto de vista de la función promocional insita en el conjunto de competencias que les atribuye la legislación sectorial. En tal sentido, las campañas de concienciación, la información al ciudadano, la generación de herramientas e instrumentos documentales, -guías, folletos etc.-, y la colaboración con otras administraciones como la municipal y/o la educativa deben acercar cada vez más al ciudadano al conocimiento del derecho fundamental a la protección de datos.

Por otra parte, debe señalarse que las autoridades de control son en la práctica intérpretes cualificados del derecho fundamental. Así, en España es común que la autoridad nacional y las autonómicas satisfagan las consultas de los ciudadanos de distintos modos, y uno de ellos consiste en elaborar informes que posteriormente son objeto de publicación. Estos documentos abarcan un amplio abanico de cuestiones y en

40. Así, en la primera conclusión de un estudio de Landwell sobre tratamiento de datos en soporte papel, éste afirma contundentemente:

«A pesar de existir una clara conciencia del riesgo que supone la ausencia de control sobre la información que genera una empresa, las empresas españolas no están en condiciones de cumplir, en la actualidad, el marco normativo que supondrá la entrada en vigor del nuevo Reglamento de la LOPD, que extenderá la obligación de aplicar medidas de seguridad a los documentos en soporte papel que contengan datos de carácter personal.»

LANDWELL PWC (2007). *Datos en papel. Tratamiento de datos personales e información confidencial en soporte papel en la empresa española*.

Asimismo, según noticias de prensa un reciente estudio de ASIMELEC (agosto-2007), afirma que sólo cumplen la LOPD un 60% de las pymes madrileñas.

41. Sobre la naturaleza y papel de las autoridades independientes, véase: Enrique GARCÍA LLOVET (1993). «Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho». *Revista de Administración Pública*. N.º 131, págs. 61-118; Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2001). «El control de la Agencia de Protección de Datos sobre los ficheros automatizados de datos de carácter personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado». *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió*. N.º 30-31; monográfico en homenaje al profesor Joaquín García Morillo, 2001; Artemi RALLO LLOMBARTE (2002). *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*. Madrid: Tecnos.

muchas ocasiones son absolutamente determinantes para orientar la aplicación práctica del derecho en este sector.

Por último, debe subrayarse el papel normativo del que dispone en nuestro sistema la Agencia Española de Protección de Datos al atribuirle el artículo 37.c) LOPD competencia para dictar, en su caso, y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la ley. Junto a ello, estas autoridades poseen facultades de

inspección y sanción, lo cual, habida cuenta de la relevancia del régimen sancionador en España, confiere a sus resoluciones un enorme valor.

Por ello, el papel de las autoridades es determinante y esencial para la evolución del derecho fundamental a la protección de datos y debería ser ejercido desde la perspectiva de los problemas que en éste, y en otros trabajos aquí publicados, se han puesto de manifiesto.

Cita recomendada

MARTÍNEZ, Ricard (2007). «El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas» En: «III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 5. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].

<<http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/martinez.pdf>>

ISSN 1699-8154



Esta obra está bajo la licencia Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 2.5 España de Creative Commons. Así pues, se permite la copia, distribución y comunicación pública siempre y cuando se cite el autor de esta obra y la fuente (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*) y el uso concreto no tenga finalidad comercial. No se pueden hacer usos comerciales ni obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.es>>

Sobre el autor

Ricard Martínez Martínez
 rmartinezmarti@uoc.edu

Profesor de Derecho constitucional de la UOC. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Valencia. Premio extraordinario de doctorado. V Premio de Comunicación Científica Joan Lluís Vives de Ciencias Sociales, y de la Educación y Humanidades. Autor de tres monografías *Tecnologías de la información, policía y constitución*, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa* y *El graduado social y la protección de datos*. Y de distintos artículos. Técnico de control de bases de datos de la Universidad de Valencia, profesor y consultor en la UOC, y participante en cursos y conferencias. Coordinador del Área de Estudios de la Agencia Española de Protección de Datos.