

# La transparencia de las bases de datos como mecanismo de protección de la intimidad de las personas

MANUEL SÁNCHEZ DE DIEGO FDEZ. DE LA RIVA

*Dpto. de Derecho Constitucional (Derecho de la Información)*  
*Facultad de Ciencias de la Información.*  
*Universidad Complutense de Madrid*  
(ESPAÑA)

La informática constituye un instrumento que permite multiplicar de forma asombrosa las capacidades del hombre y, por tanto, de incrementar sus potencialidades. El tratamiento automatizado de todo tipo de datos permite que las acciones del hombre sean más eficaces con menos medios. En palabras de ALVAREZ-CIENFUEGOS: «La información, de la índole que sea, se ha convertido en un bien jurídico de extraordinario valor. No sólo mueve intereses económicos importantes sino que, también, constituye un elemento imprescindible para el desarrollo de múltiples iniciativas públicas y privadas»<sup>(1)</sup>.

En cuanto instrumento, la informática es susceptible de una utilización contraria al propio ser humano y, en concreto, se ha convertido en un peligroso medio que permite violar de forma *cuasi impune* la intimidad de las personas a través de una manipulación informática de los datos personales. Una primera solución consistiría en establecer normas jurídicas que confor-

---

<sup>(1)</sup> ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.: «El derecho a la intimidad personal, la libre difusión de la información y el control del Estado sobre los bancos de datos» en Davara, M. A. y otros «Encuentros sobre Informática y Derecho 1990-1991». *Universidad Pontificia de Comillas-Aranzadi* 1992. Página 18.

masen sistemas informáticos cerrados sólo accesibles a personas autorizadas expresamente para ello<sup>(2)</sup>.

Sin embargo, la información es poder y si se veta el acceso de los ciudadanos a los medios informáticos y sus recursos, se crearán situaciones de desigualdad e incluso de alienación. En palabras de PÉREZ LUÑO referidas a nuestro días: «contemporáneamente se produce una agresión a la igualdad, más implacable que en cualquier otro período histórico, desde el momento que se desarrolla una profunda disparidad entre quienes poseen, o tienen acceso, al poder informático y quienes se hallan marginados de su disfrute»<sup>(3)</sup>.

Ante esta situación se deben buscar mecanismos técnicos, educacionales, jurídicos y de todo tipo que permitan un adecuado aprovechamiento de los recursos informáticos sin que por ello la igualdad y la libertad se vean burladas.

En España nos encontramos inmersos en un proceso de creación normativa importante: se trata de desarrollar la protección de la intimidad de las personas frente al tratamiento automatizado de datos personales. Como primera aproximación nos vamos a referir al **derecho a la intimidad informática**<sup>(4)</sup> como derecho humano recogido en la Constitución española. Como segundo punto de reflexión realizaremos una serie de consideraciones sobre

---

<sup>(2)</sup> Tal y como ocurrió en la antigüedad con los llamados *Libri Sibyllini* celosamente guardados en el templo de Júpiter Capitolino por los *duoviri sacris faciundis* por dichos libros contener los destinos del pueblo romano. Véase FARIAS GARCÍA, P. «Libertades Públicas e información». *EUDEMA*. Madrid, 1988. Página 49 y más específicamente GIL, L.: «La censura en el mundo antiguo» *Alianza Universidad*. Madrid, 1985. Páginas 98-99.

<sup>(3)</sup> PÉREZ LUÑO, A. E.: «Del *Habeas Corpus* al *Habeas Data*» en Davara, M. A. y otros «Encuentros sobre Informática y Derecho 1990-1991» *Universidad Pontificia de Comillas-Aranzadi* 1992. Página 175.

<sup>(4)</sup> Se han empleado los términos «derecho a la autoderminación informativa» (LUCAS MURILLO, P.: «El derecho a la autodeterminación informativa». Madrid 1990) como traducción de *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* o, también «derecho a la autoderminación informática» para referirse a la protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización, la transmisión y, en su caso, la difusión de datos concernientes a una persona por medios automatizados. Sin embargo, la expresión «derecho a la autodeterminación» tiene en la actualidad, tanto en el derecho internacional como constitucional, y a nivel general una significación muy precisa —referida a la capacidad de los pueblos a determinar su destino político— y totalmente diferente a la que se le quiere dar.

De igual forma referimos a una «libertad informática (FROSINI: «Il diritto alla riservatezza come diritto di libertà». Milano, 1985. Pág. 26 PÉREZ LUÑO, A.: «Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución». Madrid, 1984. Pág. 370. PÉREZ LUÑO, A.: «Concepto y concepción de los derechos humanos». *Doxa*, núm. 4. 1987. HERRERO-TEJEDOR, F.: «Honor, intimidad y propia imagen». Madrid, 1990. Página 40) puede plantear una idea errónea sobre su significado, pues tal expresión parece apuntar a la capacidad para acceder a la informática.

Es por todo ello que proponemos el término de **derecho a la intimidad informática**. Ciertamente esta expresión no facilita la diferenciación con el derecho a la intimidad (esta es la razón que utiliza LUCAS MURILLO para optar por «derecho a la autodeterminación informativa». *Ob. cit.* pág. 124) y que ello puede suponer un problema a la hora de configurar como autónomo este derecho. Sin embargo, una vez establecida la independencia del derecho a la intimidad informática respecto del derecho a la intimidad, la expresión «derecho a la intimidad informática» creemos que es el más adecuado porque expresa el origen de este derecho y no induce a confusión con otros derechos totalmente distintos.

el proyecto de *Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal* (LORTAD).

La necesaria transparencia de los archivos administrativos será la tercera cuestión a tratar, para finalizar con una argumentación a favor de dicha transparencia como mecanismo de protección, aunque pueda parecer paradójico, de la intimidad de las personas.

## I. EL DERECHO A LA INTIMIDAD INFORMÁTICA

Determinados datos privados son protegidos jurídicamente frente a la curiosidad de terceros o de los poderes públicos por el derecho a la intimidad. En ellos la naturaleza íntima del dato es la razón de tal protección.

Cuando nos referimos al **derecho a la intimidad informática** la protección de los datos de carácter privado no se realiza por la naturaleza más o menos íntima de los datos, sino por el hecho que esos datos van a ser procesados de forma automática <sup>(5)</sup>. La posibilidad técnica de procesar muchos datos en principio inofensivos, esto es, no sensibles a la intimidad, y de obtener una «radiografía» moral, política, social o, incluso, psicológica de una persona concreta, ha supuesto el desarrollo de un derecho a la intimidad informática. El derecho a la intimidad informática hunde sus raíces en el derecho a la intimidad <sup>(6)</sup>, ahora bien, presenta varias peculiaridades respecto a este derecho fundamental. Tras este derecho humano se encuentra la idea que la información es poder y la utilización incontrolada de ese poder genera quebras importantes de los principios de libertad e igualdad, comenzando por los derechos a la intimidad y el honor <sup>(7)</sup>.

La Constitución española siguiendo la línea de las constituciones más avanzadas <sup>(8)</sup> recogió este derecho a la intimidad informática, y lo hizo en un

---

<sup>(5)</sup> En el mismo sentido LUCAS MURILLO: «No se reduce, por otra parte, a tutelar las que podríamos considerar informaciones “sensibles”, ni a las relativas a los aspectos recónditos de la vida del individuo. Al contrario, tendremos la ocasión de ver cómo se extiende a datos de apariencia, en principio, inocua y que, en modo alguno, se sitúan en esa esfera privada en sentido estricto que cada uno reserva exclusivamente para sí» (LUCAS MURILLO, P.: Ob. cit., pág. 26).

<sup>(6)</sup> Ciertamente al tratar del derecho a la intimidad se ha producido una *inflación* en su contenido que dificulta su definición (Véase DESANTES GUANTES, J. M. Y SORIA, C.: «Los límites de la información». Asociación de la Prensa de Madrid, 1991. Página 107 y siguientes).

<sup>(7)</sup> En este sentido PÉREZ LUÑO manifiesta: «en una sociedad como la que nos toca vivir en la que la información es poder y en la que ese poder se hace decisivo cuando, en virtud de la informática, convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas, la reglamentación jurídica de la informática reviste un interés prioritario» (PÉREZ LUÑO, A. E.: «*Del Habeas Corpus al Habeas Data*» Ob. cit. página 175).

<sup>(8)</sup> La Constitución Portuguesa de 1975 recogió en su artículo 35 el derecho a la intimidad informática:

### *Utilização da informática.*

1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registos mecanográficos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização.

2. A informática não pode ser usada para tratamento de dados referentes a convicções

apartado del precepto que comienza garantizando el derecho al honor, a la intimidad, y a la propia imagen <sup>(9)</sup>. En concreto el artículo 18 establece en su apartado 4.º:

*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*

Esta Ley que menciona el artículo 18.4, en virtud del artículo 81 de la Constitución española deberá tener el rango de Ley Orgánica <sup>(10)</sup> y respetar el

---

*políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do procesamento de dados não identificáveis para fins estatísticos.*

3. *E proibida a atribuição de um mero único ais cidadãos.*

Como puede observarse esta disposición portuguesa, mucho más precisa que la española, prohíbe en su párrafo 3.º de forma taxativa el número de identificación único –que en España es casi una realidad gracias al DNI/NIF–; establece en su párrafo 2.º de forma flexible –al permitir su tratamiento anónimo para fines estadísticos– pero a la vez eficaz, una protección de los llamados datos sensibles y, por último, menciona de forma clara las facultades de acceso a los datos, de conocimiento de los fines de la base de datos y de rectificación de datos por parte de los afectados.

En 1978 el Land de Renania del Norte-Westfalia (Alemania) modificó su artículo 4.º reconociendo un derecho fundamental a la protección de datos. Estados norteamericanos como Alaska, Arizona, California, Florida, Iowa, Montana, Ohio, o Washington han modificado sus constituciones para reconocer derechos sobre la intimidad informática.

Entre las disposiciones legales sobre esta materia podemos citar la ley de protección de datos (*Datenschutzgesetz*) del land de Hesse (Alemania) de 7 de octubre de 1970, el *Fair Reporting Act 1970* norteamericano de 26 de octubre de 1970, la Ley sueca de 11 de mayo de 1973, la Ley federal alemana de 27 de enero de 1977, la Ley húngara de 27 de enero de 1981... (Véase AUDIJE PACHECO, CAMPUZANO ROBLEDO, FERNÁNDEZ MUGUELLES y RUBIO SIERRA: «Consideraciones acerca de una futura Ley española para limitar el uso de la informática», en III Encuentro sobre la informática en las Facultades de Derecho (Mayo 1989). Madrid 1990. Páginas 214 a 222. Así como MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS, Dirección General de Organización, Puestos de Trabajo e Informática: «Leyes de protección de datos». Madrid, 1988 y ARAMENDI, CABELLERO, DOMAICA, MÉNDEZ, PENADES y VALLÉS: «Leyes de protección de datos», en II Encuentro sobre la informática en las Facultades de Derecho (Mayo 1988). Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. Páginas 59 y siguientes.

<sup>(9)</sup> El artículo 18 establece:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Realmente no se puede decir que el párrafo 1.º se refiera a un único derecho, sino de tres íntimamente conectados. Véase como referencia la diferenciación y conexión entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad en AMAT LLARI, Eulalia: «El derecho a la propia imagen y su valor publicitario». *Edt. La Ley*. Madrid, 1992.

Los apartados segundo y tercero se refieren a aspectos concretos del derecho a la intimidad, mientras que el cuarto, que consideramos como el arranque del derecho a la intimidad informática tiene una entidad propia, incluso cuando hace referencia no sólo al derecho a la intimidad, sino también a otros derechos.

<sup>(10)</sup> Exigencia de Ley Orgánica en el que está de acuerdo la mayoría de la doctrina. Véase LUCAS MURILLO: Ob. cit. páginas 175 a 178.

**contenido esencial** del derecho, tal y como exige el artículo 53.1 de la Norma Fundamental <sup>(11)</sup>.

Por encontrarse recogido dentro de la sección 1.ª del capítulo 2.º del Título I, el derecho a la intimidad informática es un derecho fundamental de los especialmente protegidos. Así mismo por tratarse la Constitución de una norma de aplicación directa, este derecho fundamental puede ser invocado ante los órganos de justicia sin necesidad de esperar a la norma que lo desarrolle.

Trataremos de fijar el contenido esencial <sup>(12)</sup> del derecho a la intimidad informática. LUCAS MURILLO al referirse al contenido de este derecho entendiéndolo que está integrado «por las diferentes facultades que se le reconocen (al individuo) para controlar el uso de información personal que le atañe tanto en el momento de la recogida de los datos, cuanto en el de su tratamiento y conservación, como, en fin, en el de la transmisión» <sup>(13)</sup>. En este sentido, el contenido esencial del derecho a la intimidad informática consistirá en el **derecho de toda persona a controlar sus datos de carácter personal tratados informáticamente**. Este contenido esencial supone un control sobre la «colecta de información», o mejor dicho, la recogida de datos para ser introducidos en un sistema informático; sobre el «tratamiento automatizado» de los datos –que supone «registro de los datos, aplicación a esos datos de operaciones lógicas aritméticas, su modificación, borrado o extracción» <sup>(14)</sup>–, la

---

El artículo 81 de la Constitución establece:

Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

<sup>(11)</sup> Artículo 53.1 de la Constitución:

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el Artículo 161, 1 a).

<sup>(12)</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981 (BOE 28 de noviembre) nos explica que:

«Se entiende por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte de contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga...».

<sup>(13)</sup> LUCAS MURILLO, P.: Ob. cit. Página 185.

<sup>(14)</sup> En el artículo 2.c) del «Convenio para la Protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal», se define a efectos del propio Convenio, el término «tratamiento automatizado» como

*las operaciones que a continuación se indican efectuadas en su totalidad o en parte con ayuda de procedimientos automatizados: Registro de datos, aplicación a esos datos de operaciones lógicas aritméticas, su modificación, borrado, extracción o difusión*

Realmente la «difusión» de la información obtenida gracias a los ordenadores, no supone algo propio del tratamiento automatizado, se trata de algo posterior a la recuperación –extracción en términos del Convenio–. En este sentido no estamos de acuerdo con la inclusión de la difusión en la definición de «tratamiento automatizado». Debía de haberse excluido, al igual que entiende

reproducción o difusión de los datos de carácter personal o de los resultados obtenidos a partir de ellos y, por último, ese control exige que el sujeto pueda tener conocimiento de las bases de datos en donde pudieran figurar sus datos personales y pueda acceder a sus datos.

Así pues, entendemos que el derecho a la intimidad informática se proyecta sobre los tres momentos claves por los que circulan los datos de carácter personal: el momento previo a ser introducidos en un ordenador, esto es, la captura o recogida de la información; una vez que se encuentran los datos dentro del sistema informático (todo lo referente a la conservación y tratamiento automatizado de los datos) y; en tercer lugar, la difusión de los datos después de ser recuperados.

Comenzando por este último aspecto del derecho a la intimidad informática hemos de manifestar que la facultad de la persona de controlar los datos cuando se transmiten desde el sistema informático tiene una doble perspectiva. Por un lado, la difusión de los datos y toda su problemática se reconduce al tradicional derecho a la intimidad o en su caso al derecho al honor, incluso en aquellas informaciones que haya proporcionado el sistema informático a resultas de un cruce de datos (piénsese en el perfil psicológico de una persona, o la valoración sobre la reputación profesional y ética de un empresario...). Por otro lado, es importante señalar la posibilidad que tiene la persona afectada de conocer a quienes le han sido transmitidos sus datos y qué finalidad persigue el que recibe los datos.

El problema que se plantea relacionado con el control de los datos ya introducidos en el sistema informático es el más complejo. A este asunto la doctrina ha dedicado un especial interés y se ha permitido configurar un llamado *habeas data* <sup>(15)</sup> que PÉREZ LUÑO define como «la facultad de las personas de conocer y controlar las informaciones que les conciernen procesadas en bancos de datos informatizados» <sup>(16)</sup>. Podría desglosar este derecho en las facultades de cualquier persona de:

---

la Memoria Explicativa del Convenio que se hizo con la «colecta de información», acción que no se considera propia del «tratamiento automatizado», aunque una interpretación del precepto 2.c en relación con el 5.c permitiría incluirla en la expresión «registro de datos».

Únicamente cabría incluir la «difusión» dentro del «tratamiento automatizado» cuando se entienda como transmisión de datos dentro de un sistema informático –transferencias de datos entre ficheros, de ficheros entre soportes físicos (de diskettes a discos duros, de discos duros a cintas...)– o entre sistemas informáticos –transferencia de datos entre ordenadores–. Dicho de otra forma, podemos utilizar un concepto estricto de «tratamiento automatizado» que no incluya ni la difusión, ni la captación de datos; uno mucho más amplio que sí que abarque tales acciones y; por último, entender, como hace el Convenio, que el «tratamiento automatizado» incluye la difusión de datos y no la captación.

Lo importante es entender que el derecho a la intimidad informática abarca tanto la captación de datos, el procesamiento y la reproducción de los mismos.

<sup>(15)</sup> PÉREZ LUÑO, A. E.: «*Del Habeas Corpus al Habeas Data*» Ob. cit. Páginas 173 y siguientes.

<sup>(16)</sup> *Ibidem*. Página 175.

\*conocer la existencia de bases de datos –fichero automatizado– y las características de la mismas –finalidad, con que otras bases de datos se cruza información...– en donde pudieran figurar datos personales propios.

\*conocer la información que en una base de datos exista a cerca de él.

\*poder rectificar la información errónea o inapropiada que le afecte.

\*recurrir a la autoridad competente, incluso a la vía judicial, en el caso de serle impedido la realización de alguna de las anteriores facultades.

De los tres momentos sobre los que se proyecta el derecho a la intimidad informática es el previo, el que corresponde a la captación de datos, en donde la protección a la intimidad informática parece más fácil.

A la vista del «Convenio Europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal» podemos preguntarnos si el derecho a la intimidad informática protege al particular también en el momento de la captación de datos. El punto 31 de la memoria explicativa de dicho convenio entiende que la colecta de información queda fuera de la noción de «tratamiento automatizado». Esta interpretación no impide que el Convenio contemple la colecta de datos <sup>(17)</sup> y la necesidad de establecer un control sobre la misma. En concreto, el artículo 12 en el caso de flujo transfronterizo de datos se refiere también a los «datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado o **reunidos con el fin de someterlos a ese tratamiento**». Más explícito es el artículo 5 del Convenio que establece:

*Los datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado:*

a) *Se obtendrán y tratarán leal y legítimamente;*

b) *se registrarán para finalidades determinadas y legítimas, y no se utilizarán de una forma incompatible con dichas finalidades;*

El proyecto de Ley Orgánica, del que a continuación nos ocuparemos, despeja múltiples dudas, entre ellas ésta, al establecer mecanismos de limitación en la recogida de datos para su tratamiento informático.

## II. • EL DESARROLLO DE LA INTIMIDAD INFORMÁTICA: EL POR QUÉ DE LA LORTAD

El mandato constitucional del artículo 18.4 aparenta ser la razón que ha movido al Gobierno a enviar un proyecto de Ley Orgánica a las Cortes Español-

---

<sup>(17)</sup> Observamos que no existe una adecuación entre el nombre del Convenio –designado como «para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal»–, su contenido y el derecho a la intimidad informática. Y no solamente porque en el Convenio se trate de forma accesoria la captura de datos no considerándola parte del «tratamiento automatizado», sino también porque el propio Convenio prevé que los países signatarios extiendan la protección prevista a los datos personales no tratados automáticamente.

las. Sin embargo, **el por qué se legisla en este momento y no antes parece que obedece más a la necesidad de adecuar nuestra normativa a la propia de los países comunitarios, que a la existencia de una sensibilidad del Ejecutivo español respecto del derecho a la intimidad informática.**

Varias son las razones que nos hacen sospechar esa falta de sensibilidad, comenzando por el retraso en enviar el proyecto de Ley al Congreso de los Diputados. Hemos tenido que esperar casi 13 años desde que en 1978 la Constitución estableció la obligación de legislar sobre el tema. Y de esa inacción es primer responsable el Gobierno después que el 22 de marzo de 1987, hace casi cinco años, se hubo aprobado en el Congreso de los Diputados una moción del Grupo Parlamentario Socialista instando al Gobierno a enviar el correspondiente proyecto de Ley. Además, ante las proposiciones de Ley sobre protección de datos del Grupo Parlamentario Popular (2-IV-1987) y de Izquierda Unida-Ezquierda Catalana (16-VI-1988), la mayoría que sostiene al Gobierno decidió en ambos casos esperar el proyecto de Ley del Ejecutivo. Cierto que la firma de el *Convenio Europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal* obligó de alguna forma a tomar medidas que se plasmaron en una provisional e insuficiente disposición transitoria primera de la *Ley Orgánica 1/82, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* —norma tristemente famosa porque ha servido para solicitar a los medios de comunicación millonarias cifras como indemnizaciones—. Dicha disposición establece que:

*«en tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo 18, apartado 4 de la Constitución, la protección civil del honor, la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se desarrollarán por la presente ley.»*

La falta de sensibilidad del Ejecutivo procede no sólo del retraso en regular el derecho a la intimidad informática o del bloqueo sistemático de las proposiciones de Ley de la oposición, también se aprecia en la redacción del proyecto de LORTAD. Norma que si es importante su aparición, resulta bastante insatisfactoria en varios extremos.

La posibilidad de transmisión de datos más allá de las fronteras, el llamado flujo transfronterizo de datos, es en última instancia la causa del proyecto de Ley que nos ocupa. A nivel internacional —comenzando por el artículo 12 del ya mencionado Convenio Europeo número 108— se exige que para el libre flujo transfronterizo de datos, el país de destino cuente con un sistema de protección de datos equivalente al del país de origen de los datos. La falta en España de eficaz sistema de protección de datos adecuado significaría la exclusión de nuestro país de un espacio uniforme, en donde el libre flujo de datos «constituye una auténtica necesidad de la vida actual de la que las transferencias bancarias, las reservas de pasajes aéreos o el auxilio judicial

internacional pueden ser simples botones de muestra»<sup>(18)</sup>. Coherente con esta idea el propio proyecto de Ley Orgánica dedica un título al «Movimiento internacional de datos» -artículos 32 y 33- en donde como principio general se establece que «no podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal...con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que preste la presente Ley...».

De alguna forma si tenemos presente el porqué se legisla sobre la protección de datos de carácter personal podremos entender mejor cuáles son los principios que inspiran dicha norma y qué aspectos de dicha norma nacen deficientes. En concreto, esto nos permitirá entender la carencia de un principio de transparencia general de los ficheros automatizados en el proyecto de LORTAD y por qué no ha afrontado cuestiones directamente relacionadas como la regulación del acceso de los ciudadanos a los archivos administrativos -artículo 105 b) de la Constitución española-.

### III. ALGUNAS DE LAS IDEAS QUE SUBYACEN EN LA LORTAD

La parte de la vida humana que la LORTAD viene a proteger se encuentra en el ámbito privado. Es la **privacidad** el objeto de este proyecto de Ley. Así se reconoce en la propia exposición de motivos del proyecto de Ley:

*«El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de privacidad, y no de intimidad: aquella es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de las personas -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo- la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. ...»*

El hecho que la privacidad del individuo sea el objeto de protección del proyecto de Ley Orgánica que nos ocupa, ha suscitado la pregunta de si al no estar el derecho a la privacidad expresamente recogido en la Constitución Española, no es preciso que la protección de este derecho se realice mediante una Ley Orgánica, bastando para ello una simple Ley ordinaria.

Esta cuestión, a nuestro juicio, ha de ser resuelta negando tal posibilidad. Entendemos, tal y como antes hemos sostenido, que es preciso una regulación mediante Ley Orgánica. Es cierto que el proyecto de LORTAD se ocupa de

---

<sup>(18)</sup> Párrafo segundo del apartado IV de la exposición de motivos del proyecto de Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD).

los datos privados de las personas y no únicamente de los datos íntimos. Pero, y esto es lo importante, el hecho es que el tratamiento automatizado de esos datos personales, privados aunque no íntimos, permite el conocimiento de la intimidad de la persona. De ahí que en último término el objeto de protección de la LORTAD, diga lo que diga su exposición de motivos, es el derecho a la intimidad. Es más, se protege la intimidad frente a las agresiones provenientes de los sistemas informáticos capaces de almacenar, procesar, generar y proporcionar datos de las personas. De ahí la denominación escogida de **derecho a la intimidad informática** en tanto en cuanto que la protección no se limita a los datos íntimos o los sensibles, sino también a los privados; por lo que dicho derecho tiene un principio diferenciador con el simple derecho a la intimidad.

En segundo lugar observamos que la protección se realiza desde mecanismos cautelares, tal y como establece la propia exposición de motivos:

*«La ley está animada por la idea de implantar mecanismos cautelares que prevengan las violaciones...»*

Pese a que esto es cierto, también lo es que el proyecto de LORTAD establece importantes mecanismo de control *a posteriori*, en especial una Agencia de Protección de Datos <sup>(19)</sup> encargada de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la LORTAD y todo un título VII dedicado a infracciones y sanciones de carácter administrativo que pueden llegar a ser de 100 millones de pesetas. Pero tanto de una forma como de otra, **la protección se realiza mediante un control restrictivo de los datos**. Se trata de buscar la seguridad de la información mediante el hermetismo de las bases de datos, de forma que sólo determinados sujetos puedan manejar informáticamente los datos personales cuando se cumplen determinadas circunstancias y, casi excepcionalmente, los afectados pueden conocer y controlar las informaciones que les conciernen procesadas en bases de datos informatizadas <sup>(20)</sup>.

En tercer lugar, debemos de entender que la LORTAD pese a nacer con vocación de regular en general todos los ficheros automatizados de datos personales <sup>(21)</sup>, en su propio articulado, comenzando por el artículo 2, nos

---

<sup>(19)</sup> Cuyo éxito dependerá no sólo de la independencia con que se configure dicho órgano del Poder Ejecutivo, sino también de los medios materiales de los que disponga.

<sup>(20)</sup> Sobre la incidencia de la LORTAD en un sector económico como es el del marketing directo podemos recoger las manifestaciones de la representante de la Asociación Española de Marketing Directo en la Comisión de Libertades e Informática: «Los ficheros informáticos son el activo más importante de una empresa de Marketing Directo ... desearíamos hacer hincapié en la absoluta necesidad de una ley de protección de datos positiva y abierta, destinada a prevenir únicamente las actitudes dictadas por la mala fe, y el enorme desatino que supone un modelo legislativo como la LORTAD, cuyo fracaso se ha hecho manifiesto en otros países...» (SÁNCHEZ, E.: «El Marketing Directo y la Protección de Datos» en revista NOVATICA volumen XVIII núm. 96. Marzo-abril, 1992. Página 73).

<sup>(21)</sup> Por datos personales hemos de entender aquellos concernientes a personas físicas que se encuentran identificadas por el sistema informático.

encontramos múltiples exclusiones, tanto para aquellas bases de datos para las que no se aplica de forma absoluta o relativa la LORTAD –artículo 2.2<sup>(22)</sup>–, como para los ficheros que reciben una regulación específica –artículo 2.3<sup>(23)</sup>–. Existen también diversas excepciones que afectan a cuestiones importantes como el consentimiento del afectado a efectos del tratamiento de sus datos personales. Consentimiento que no se exige en un gran número de situaciones –artículo 6.2<sup>(24)</sup>–. Así pues, se trata de norma jurídica con demasiadas excepciones en su ámbito de aplicación, en definitiva una norma que **regula solo parcialmente a los ficheros automatizados** de datos personales y que para nada desarrolla el derecho de los ciudadanos a la información.

En cuarto lugar, podemos observar que el **tratamiento diferenciado entre ficheros de titularidad pública y ficheros de titularidad privada**, tal y como se reconoce en la propia exposición de motivos:

*...ha establecido regímenes diferenciados para los ficheros en razón de su titularidad, toda vez que, con toda evidencia, resulta más problemático el control de los de titularidad privada que los de titularidad pública.*

<sup>(22)</sup> En concreto el artículo 2.2 del proyecto de LORTAD establece:

*El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley no será de aplicación:*

- a) *A los ficheros automatizados de titularidad pública cuyo objeto, legalmente establecido, sea el almacenamiento de datos para su publicidad con carácter general.*
- b) *A los ficheros mantenidos por personas físicas con fines exclusivamente personales.*
- c) *A los ficheros de informática jurídica accesibles al público en la medida en que se limiten a reproducir disposiciones o resoluciones judiciales publicadas en periódicos o repertorios oficiales.*

e) *A los ficheros mantenidos por los Partidos Políticos, Sindicatos e Iglesia, Confesiones y Comunidades religiosas en cuanto los datos se refieran a sus asociados o miembros y ex-miembros sin perjuicio de la cesión de los datos que queda sometida a lo dispuesto en el artículo 11 de esta Ley, salvo que resultara de aplicación el artículo 7 por tratarse de los datos personales en él contenidos.*

Nota: figura en subrayado las modificaciones introducidas en la Comisión Constitucional al aceptarse la enmienda 161 del CDS.

<sup>(23)</sup> Tal y como establece el artículo 2.3 de la LORTAD:

Se registrarán por disposiciones específicas:

- a) *Los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral.*
- b) *Los sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.*
- c) *Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de Penados y Rebeldes.*
- d) *Los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos y estén amparados por la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la función estadística pública, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo treinta y seis.*

e) *Los ficheros automatizados cuyo objeto sea el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales regulados en el artículo 68 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.*

<sup>(24)</sup> A tenor del artículo 6 del proyecto de LORTAD:

1. *El tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.*
2. *No será preciso el consentimiento cuando los datos del carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias, ni cuando se refieran a personas vinculadas por una relación comercial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para un mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato.*

Sin embargo, un principio que debería parecer sencillo como es el de publicidad de las acciones la Administración y, por ende, la transparencia de sus actuaciones y de los ficheros públicos, no se recoge en ninguna parte del articulado de la LORTAD.

En efecto, es cierto que un particular teme las posibles agresiones a su intimidad producidas por sistemas informáticos del Banco X, la Aseguradora Y, la empresa de marketing directo JJ o en general de cualquier fichero de titularidad privada; sin embargo, lo que preocupa de verdad al ciudadano es la agresión informática que puede sufrir por parte del Estado. La idea del *Hermano Grande* del que hablaba Orwell <sup>(25)</sup> que nos vigila es la que realmente inquieta. Hoy en día con el NIF, DNI, Carnet de Conducir... <sup>(26)</sup> el número de identificación único parece ser una realidad en nuestro país que permite el fácil cruce de datos.

Es positivo que se desarrolle el artículo 18.4 y se establezcan mecanismos de protección del derecho a la intimidad informática. Sin embargo, la LORTAD podía haber sido aprovechada para establecer fórmulas de acceso de los ciudadanos a las bases de datos públicas. Ello conllevaría no sólo una mayor transparencia de la acción administrativa, sino también una protección añadida al derecho a la intimidad informática tal y como trataremos de demostrar.

#### IV. LA TRANSPARENCIA DE LA ACCION ADMINISTRATIVA

Tradicionalmente en la mayoría de los países se ha mantenido el **principio de confidencialidad de los documentos administrativos**. «Este principio ha sido progresivamente contestado, solicitándose desde diversas instancias sociales una inversión del sistema, mediante la conversión en regla del acceso a tales documentos, quedando la confidencialidad como excepción», tal y como manifiesta SOUVIRON MORENILLA <sup>(27)</sup>.

La aparición dentro del título IV –«Del Gobierno y de la Administración»– del artículo 105 b)<sup>(28)</sup> de la Constitución Española ha supuesto un importante paso adelante en favor de los ciudadanos, aunque hemos de confesar que existe una importante división de la doctrina sobre el significado y

---

<sup>(25)</sup> ORWELL, G.: «1984».

<sup>(26)</sup> Sobre la implementación en nuestro país del NIF, mediante el artículo 113 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 1988, sus antecedentes y enjuiciamiento véase BELLO PAREDES, Santiago A.: «El Número de Identificación Fiscal, algunas consecuencias de su incardinación en nuestro ordenamiento jurídico» en Davara, M. A. «Encuentro sobre Informática y Derecho 1990-1991. *Universidad Pontificia de Comillas-Aranzadi* 1992. Páginas 160 a 170.

<sup>(27)</sup> SOUVIRON MORENILLA, J. M.: «Notas para una Ley sobre la información». Presidencia de Gobierno, Madrid, 1980. Página 36.

<sup>(28)</sup> Este precepto pasó prácticamente desapercibido en las discusiones parlamentarias, aprobándose prácticamente la redacción original del entonces artículo 103 b) del anteproyecto de Constitución. Véanse la edición de las CORTES ESPAÑOLAS: «Constitución española. Trabajos parlamentarios». Madrid, 1980.

contenido de dicho precepto <sup>(29)</sup>; así como una interpretación de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de fecha 16 de octubre de 1979 <sup>(30)</sup> que niega la eficacia inmediata del artículo 105 b) y afirma su mero carácter programático <sup>(31)</sup>.

El mencionado artículo 105 establece en su párrafo b que la Ley regulará <sup>(32)</sup>.

*El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidación de las personas*

A la pregunta de si consagra el artículo 105 b) un derecho fundamental ha respondido DE LA OLIVA que «no consagra este precepto, desde luego, un derecho fundamental, puesto que si la facultad de acceder a archivos y registros se estimase comprendida en el derecho a obtener o recibir información, tal derecho surgiría ex artículo 20, como lo entienden por ejemplo MUÑOZ MACHADO y SAINZ MORENO» <sup>(33)</sup>. Sin embargo, DESANTES aboga por su reconocimiento como derecho fundamental <sup>(34)</sup> al entender que el artículo 105 b) se refiere al derecho a la documentación <sup>(35)</sup> y que dicho derecho se inscribe en el derecho a la información. Al respecto DESANTES manifiesta: «el derecho del artículo 105 b) no es otra cosa que la consolidación específica con respecto a los documentos administrativos y a los mensajes en ellos contenidos de la facultad de investigación, una de las que componen el derecho a la información, implícitamente reconocido en el artículo 20 de la Constitución en virtud de la integración normativa del artículo 96 e interpretativa del artículo 10.2» <sup>(36)</sup>. La referencia a la interpretación según el 10.2 supone acudir

---

<sup>(29)</sup> Véase al respecto la síntesis que de las diferentes posiciones doctrinales realiza DESANTES GUANTER, J. M.: «Teoría y régimen jurídico de la documentación». *Eudema*. Madrid. 1987. Páginas 118 a 120.

<sup>(30)</sup> Ponente ROLDÁN MARTÍNEZ. *Aranzadi*, 3369.

<sup>(31)</sup> Véase la velada crítica de DESANTES GUANTER: «Teoría y ...» Ob. cit. página 159.

<sup>(32)</sup> No existe en estos momentos una Ley post-constitucional que regule dicho acceso. Se intentó en su momento en desarrollar el 105 b) por medio de la Ley de Protección del Patrimonio Artístico, pero en la discusión parlamentaria se rechazó tal posibilidad.

<sup>(33)</sup> OLIVA, A. de la: «Límites constitucionales a la obtención y uso de la informática». *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* núm. 6/1984. Página 55. Las referencias que realiza son a:

MUÑOZ MACHADO, S.: «Sobre el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos» presentado en el Seminario sobre «Relaciones Administración-Ciudadano: Información, Documentación y Libertades Públicas», organizado por el Instituto Nacional de Prospectiva en mayo de 1980.

SAINZ MORENO: «El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (Sentencia del Tribunal Supremo de octubre de 1979)». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 24, 1980. Páginas 180 y ss.

<sup>(34)</sup> DESANTES GUANTER, J. M.: «Teoría ...». Ob. cit. páginas 49 y siguientes.

<sup>(35)</sup> DESANTES. Ob. cit. página 155.

<sup>(36)</sup> DESANTES GUANTER, J. M.: «Teoría ...». Ob. cit. página 162.

Sobre la facultad de investigación y su relación con la facultad de información, véase SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M.: «La libertad de expresión del militar profesional». U.C.M., Madrid, 1992, págs. 92-96.

Esta «descolocación» del artículo 105 b) ha llevado a DESANTES y a SORIA a afirmar con

a la Declaración Universal de Derechos Humanos, en este caso al artículo 19, y a los tratados internacionales que sobre la materia haya ratificado España.

Los precedentes legislativos más próximos se encuentran recogidos en las legislaciones norteamericana <sup>(37)</sup> y francesa <sup>(38)</sup>, en donde concurren una normativa de acceso a los archivos administrativos y otra de protección de la intimidad frente al tratamiento automatizado de datos personales.

En nuestra legislación, la apertura más «avanzada» la protagonizaron los artículos 62 y 63.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (17/7/1958) aunque el derecho de información de los expedientes administrativos se limita a los interesados, a conocer el estado de tramitación y a obtener copia certificada de los extremos concretos contenidos en el expediente <sup>(39)</sup>.

---

rotundidad: «Hay una norma en la Constitución a la que no se ha concedido la importancia que tiene para hacer eficaz la facultad de investigación, quizá por su desplazamiento del lugar donde debería haberse incluido, que es el artículo 20. Se trata de la contenida en el artículo 105 b),...» (DESANTES GUANTER, J. M. y SORIA, C.: «Los límites de la información». Ob. cit. Página 80).

<sup>(37)</sup> La FREEDOM OF INFORMATION ACT (de 4/07/1967, modificada por la Ley 93-502 de 21/11/1974) de los Estados Unidos establece como excepciones:»

*(b)(6) personnel and medical files and similar files, the disclosure of which would constitute a clearly unwarranted invasion of personal privacy»* –(ficheros personales y médicos y otros similares cuya revelación constituiría una invasión injustificada de la privacidad personal).

Incluso se establece la posibilidad (*agency may delete identify details*) de borrar detalles de los manuales e intrusiones a funcionarios que se juzgue conveniente evitar una intromisión injustificada en la privacidad personal del individuo –párrafo (a)(2)(C)–. Véase O'BRIEN, D.: «El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E.U.A. y la Primera Enmienda Constitucional» México, 1983. Páginas 211 a 217. Véase DESANTES GUANTER: «Teoría ...». Ob. cit. páginas 145 a 148.

Sobre la protección de la intimidad frente al tratamiento informático de datos personales, véanse:

PRIVACY ACT OF 1974 (United States Doce Annotad-USCA-) con su correspondiente actualización de 1990 en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Secretaría General: «Protección de datos personales. Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de regularización del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal». Septiembre, 1991. Páginas 687 y siguientes.

PRIVACY PROTECTION ACT OF 1980. Ibidem. Página 745.

<sup>(38)</sup> LOI núm. 78-753, de 17/7/1978 modificada por la LOI núm. 79-587, de 11/7/1979 y el Decreto núm. 88-465, de 28/4/1988 PORTANT DIVERSES MESURES D'AMELIORATION DES RELATIONS ENTRE L'ADMINISTRATION ET LE PUBLIC ET DIVERSES DISPOSITIONS D'ORDRE ADMINISTRATIF, SOCIAL ET FISCAL. Véase en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: «Protección de datos personales ...» Ob. cit. páginas 769 y siguientes.

DECRET núm. 88-465, de 28/4/1988, RELATIVA LA PROCEDURE D'ACCES AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS. Véase en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: «Protección de datos personales...» Ob. cit. páginas 773 y siguientes.

Véase también DESANTES GUANTER: «Teoría ...» Ob. cit. páginas 148 a 151.

Respecto al tratamiento automatizado de datos personales: LEY núm. 78-17, de 6/1/1978, SOBRE INFORMATICA, FICHEROS Y LIBERTADES (Traducción DARANAS PELAEZ). Véase en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: «Protección de datos personales ...» Ob. cit. páginas 755 y siguientes.

<sup>(39)</sup> En concreto el artículo 62 de la LPA establece:

*Los interesados en un expediente administrativo tendrán derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación, recabando la oportuna información de las oficinas correspondientes.*

Por su parte el artículo 63.1 dice:

El artículo 4.1 de la Ley 12/89, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública al establecer los principios generales en la recogida de datos, entre ellos el de transparencia, incurre en una cierta contradicción:

*La recogida de datos con fines estadísticos se ajustará a los principios de **secreto, transparencia**, especialidad y proporcionalidad.*

Claro que el artículo 4.3 de dicha Ley se encarga de «descafeinar» el principio de transparencia:

*En aplicación del principio de transparencia, los sujetos que suministren datos tienen derecho a obtener plena información, y los servicios estadísticos obligación de proporcionarla, sobre la protección que se dispensa a los datos obtenidos y la finalidad con la que se recaban.*

Con lo cual la transparencia que mucho prometía se limita a «la protección que se dispensa a los datos» y a la «finalidad de la toma de datos». Evidentemente esta no es la transparencia a la que nos referimos, ni a la que se refiere el artículo 105 b) de la Constitución.

En este momento en nuestro país existe una gran dispersión normativa en lo que se refiere a la transparencia administrativa y/o al secreto <sup>(40)</sup>.

---

*Los interesados podrán solicitar que se les expida copia certificada de extremos concretos contenidos en el expediente.*

*El desarrollo de esa función de «información y documentación» (enunciado del capítulo en donde se recogen los mencionados artículos) se realizará por las oficinas de información previstas en el artículo 33.*

1. *En todo Departamento ministerial, Organismo autónomo o gran unidad administrativa de carácter civil se informará al público acerca de los fines, competencia y funcionamiento de sus distintos órganos y servicios mediante oficinas de información, publicaciones ilustrativas sobre tramitación de expedientes, diagramas de procedimiento, organigramas, indicación sobre localización de dependencias y horarios de trabajo y cualquier otro medio adecuado.*

*Véanse la Orden de 22 de octubre de 1958 (BOE 3/11/58) por el que se dictan normas sobre el funcionamiento de las oficinas de información, y el Decreto 93/1965, de 28 de enero, por el que se regula el Centro de Información Administrativa y los Servicios de Información Administrativa de los Departamentos ministeriales.*

<sup>(40)</sup> Sirvan de ejemplo, además de las de ámbito general –Ley 9/68 de Secretos Oficiales, amén de la normativa complementaria de la misma– la Orden de 30 de julio de 1982 sobre limitación de acceso a la información contenida en las bases de datos fiscales, o la Ley 14/86 General de Sanidad, de 25 de abril que se refiere en su artículo 10:

*Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:*

2. *A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.*

3. *A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.*

Recordemos que recientemente ha sido modificado el Código Penal por la Ley Orgánica 9/91 de 22/3/1991. El artículo 367 ha quedado redactado así:

*El funcionario público o autoridad que revelare los secretos o cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas.*

*Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultare grave daño para la causa pública o para tercero, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial.*

*Si se tratare de secretos de un particular, las penas serán las de arresto mayor, suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.*

La conclusión se ceñiría a resaltar la necesidad de proceder a hacer transparente las actividades de todas las administraciones –central, autonómica y local–. Ello exige no solamente un esfuerzo legislativo sino también formativo que erradique vicios de secretismo del funcionariado.

En definitiva, si buscamos una comunidad en donde sean efectivos los principios de libertad e igualdad se deberán potenciar todos aquellos mecanismos mediante los cuales el ciudadano participe plenamente en los beneficios de una sociedad avanzada.

## V. LA TRANSPARENCIA COMO NECESIDAD SOCIAL

En palabras de ALVAREZ-CIENFUEGOS, «son muchos lo que hoy califican la información como el auténtico poder de las sociedades avanzadas. Los Estados, las asociaciones, las empresas son tanto o más poderosas en cuanto que disponen de grandes volúmenes de información. El conocimiento general y científico en particular exigen hoy en día el procesamiento, acceso y la valoración de fuentes de información múltiples y diversas» <sup>(41)</sup>.

Por tanto la puesta a disposición del público de las bases de datos permitiría una difusión del poder, así como una mayor rentabilidad de muy diversos sectores económicos que obtendrá con ello información que les permita cumplir sus objetivos: empresas de comunicación, empresas de marketing directo, establecimientos industriales etc...

Como ejemplo, podemos imaginarnos a un servicio técnico de vehículos de la marca «S» que quiere establecerse en una determinada comarca. Para dicha empresa es fundamental conocer sus potenciales clientes y, llegado el caso, enviarles publicidad sobre sus servicios. En definitiva conocer quiénes son propietarios de vehículos «S», que vivan en un radio de 80 kilómetros del taller, la antigüedad de los vehículos, etc. Esa información se encuentra en la Dirección Provincial de Tráfico. En una administración transparente, esos datos se pondrían a disposición del taller o de las empresas encargadas

---

El artículo 7, aún vigente, de la Ley 14/66 de Prensa e Imprenta de 18/3/1966 establece:

1. *El Gobierno, la Administración y las Entidades públicas deberán facilitar información sobre sus actos a todas las publicaciones periódicas y agencias informativas en la forma que legal o reglamentariamente se determine.*

2. *La actividad de los expresados órganos y de la Administración de Justicia será reservada cuando por precepto de la Ley o por su propia naturaleza sus actuaciones, disposiciones o acuerdos no sean públicos o cuando los documentos o actos en que se formalicen sean declarados reservados.*

Dicho artículo 7 fue desarrollado por el Decreto 750/66 de 31 de marzo, concretamente en sus artículos 9 a 11.

El proyecto de Ley del Patrimonio Histórico Español incluía un desafortunado artículo 57 que hacía referencia al artículo 105.b). Afortunadamente dicho precepto quedó limitado al derecho de acceso a la documentación histórica de organismos públicos y privados en los términos del artículo 49.2 de dicha Ley 13/85 de Patrimonio Histórico Español.

<sup>(41)</sup> ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.: «El derecho a la intimidad personal, la libre difusión...». Ob. cit. Página 183.

de planificar la instalación del mismo y su publicidad. Hoy en día esto no es así en nuestro país.

Pero la situación puede ser aún más contradictoria. El Registro Mercantil se rige por disposiciones específicas y su finalidad es dar a conocer al público las empresas constituidas, así como sus órganos rectores entre otros datos. Sin embargo, si un periodista que investiga una red de tráfico de influencias pregunta en el Registro Mercantil en qué empresas es consejero el señor GGG, se encontrará con que esa información no se le facilita. Si la pregunta la realiza el Banco de España o cualquier autoridad del Estado, puntualmente se responderá.

Ante la creciente necesidad de información y el hermetismo de las fuentes, se generan situaciones de irregularidad en donde la corrupción del funcionario y la existencia de bases de datos privadas son la nota dominante. Tal es el caso de la red de tráfico de datos descubierta a finales de 1991 en Madrid. En definitiva «la sociedad, para su desarrollo, tal y como está concebida hoy día demanda datos y más datos»<sup>(42)</sup>, por lo que «resulta difícil una política que limite o condicione el acceso a la información»<sup>(43)</sup>.

## VI. TRANSPARENCIA E INTIMIDAD

Tanto el derecho a la intimidad informática como la transparencia administrativa se contempla la facultad de acceder a los ficheros informatizados. Ahora bien, existen una serie de diferencias entre ambos supuestos. En el caso del derecho a la intimidad informática, el dato es personal, el sujeto legitimado es únicamente el interesado y el sistema informático puede ser tanto privado como público. En el supuesto del artículo 105.b, el dato puede ser personal o de otra índole –por ejemplo, los volúmenes de ventas de cebollas en las campañas 1985/1991–, el sujeto legitimado es cualquier ciudadano y el sistema informático es de la Administración.

Los bienes jurídicos protegidos en uno y otro caso son muy diferentes. La opinión pública libre en el caso de la transparencia administrativa –en tanto en cuanto que entendemos que se constituye en una faceta particular de la facultad de investigar del derecho a la información– y la intimidad de las personas en el supuesto del derecho a la intimidad informática.

La redacción del artículo 105 b) parece apuntar a una colisión entre la transparencia administrativa y la intimidad, hasta el punto de establecer la intimidad como una excepción al principio de transparencia de la Administración. La cuestión es ¿por qué la intimidad opera como una excepción a la transparencia de las bases de datos de la Administración? La respuesta pasa por considerar que la divulgación de determinados datos pueden acarrear

<sup>(42)</sup> Ibidem.

<sup>(43)</sup> Ibidem.

consecuencias negativas –robos, extorsiones, secuestros...– para las personas cuyos datos figuran en el fichero automatizado <sup>(44)</sup> y vulnerar derechos personalísimos como el honor, la intimidad personal o la intimidad informática.

Sin embargo, varias son las reflexiones que podemos hacernos al respecto. Debemos considerar que los males que le pueden suponer a una persona por conocerse determinados datos de su vida privada, deben ser atajados por la actividad policial que impida el delito, no por la prohibición de conocer esos datos, que muchas veces se obtienen de una observación de la realidad cotidiana. Incluso el hecho que los delincuentes obtengan de los ficheros administrativos, datos para cometer un delito pueden servir de indicio a los servicios policiales al rastrear las peticiones de información que se han realizado.

Además las peticiones de información integrarían una base de datos importante desde el momento que serviría como punto de partida para la actuación de la Agencia de Protección de Datos.

Si se argumenta que la transparencia de datos de la Administración atenta contra la intimidad o el honor de las personas se deben realizar varias precisiones.

En primer lugar los datos pueden significar un atentado directo contra la intimidad, se trata de los llamados datos sensibles. La cuestión se reduce en este caso a recapacitar si la Administración debe de tener esos datos en su poder. Defendiéndose como principio genérico que salvo absoluta necesidad para el funcionamiento de la Administración o para el bien de la sociedad, el Estado no debe de poseer datos sensibles de los ciudadanos –se trataría ya de un atentado contra la intimidad–. Cuando se justifique tal extremo, la excepción tendría su correlativa excepción a la hora de proporcionar datos al público. Con lo cual la oposición a entregar datos de los archivos públicos a los particulares argumentada a partir de la intimidad de las personas, precisaría una doble justificación: la razón por la cual la Administración tiene esos datos considerados por ella misma como íntimos y la razón por la que considera que esos datos afectan a la intimidad de las personas.

Si los datos que están en poder de la Administración son de los llamados no sensibles, la cuestión vuelve a reproducirse con algunas matizaciones. En primer lugar también sería necesario cuestionarse las razones por las que la Administración tiene esos datos en su poder, o incluso la forma como tiene la Administración los datos. Evidentemente para realizar un censo de vivien-

---

<sup>(44)</sup> Posiblemente el caso más conocido fue el del Sr. Suñer, industrial valenciano que figuraba en los primeros puestos de la lista de mayores contribuyentes a Hacienda publicados en los primeros años de la democracia. Dicho empresario fue secuestrado con el objeto de pedir un rescate. Desde entonces no se han vuelto a publicar las listas de mayores contribuyentes a la Hacienda Pública, incluso la Orden de 30 de julio de 1982, firmada por el Ministro de Hacienda, García Añoveros, estableció las limitaciones de acceso a la información contenidas en las bases de datos fiscales.

das o de población al Estado para nada le interesa que la señora María Jiménez Pérez ha tenido 15 hijos y 3 abortos, lo que le interesa es el dato agregado que hay 390 mujeres que han tenido ese número de hijos. Se trataría en definitiva del problema de la pertinencia de los datos. La diferencia con el supuesto anterior vendría del hecho que la intromisión en el derecho a la intimidad informática se produciría por el cruce informático de datos realizado por un particular. En este caso son los mecanismos de protección del derecho a la intimidad informática establecidos en la LORTAD, los encargados de evitar tales situaciones.

En definitiva, la transparencia de las bases de datos obligaría a las administraciones a tener en sus ficheros sólo aquellos registros que fueran precisos para su actuación, pues al estar estos datos a la vista <sup>(45)</sup> del público cualquiera podría detectar intromisiones en los derechos de la personalidad.

### BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.: «El derecho a la intimidad personal, la libre difusión de la información y el control del Estado sobre los bancos de datos» en Davara, M.A. y otros «Encuentros sobre Informática y Derecho 1990-1991». *Universidad Pontificia de Comillas – Aranzadi* 1992.

AMAT LLARI, Eulalia: «El derecho a la propia imagen y su valor publicitario». *Edt. La Ley*. Madrid, 1992.

ARAMENDI, CABELLERO, DOMAICA, MÉNDEZ, PENADÉS y VALLÉS: «Leyes de protección de datos», en II Encuentro sobre la informática en las Facultades de Derecho (Mayo 1988). *Universidad Pontificia de Comillas*. Madrid.

AUDIJE PACHECO, CAMPUZANO ROBLEDO, FERNÁNDEZ MUGUELES Y RUBIO SIERRA: «Consideraciones acerca de una futura Ley española para limitar el uso de la informática», en III Encuentro sobre la informática en las Facultades de Derecho (Mayo 1989). Madrid, 1990.

BELLO PAREDES, Santiago A.: «El Número de Identificación Fiscal, algunas consecuencias de su incardinación en nuestro ordenamiento jurídico» en Davara, M. A. «Encuentro sobre Informática y Derecho 1990-1991». *Universidad Pontificia de Comillas – Aranzadi* 1992.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Secretaría General: «Protección de datos personales. Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de regularización del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal». Septiembre, 1991.

CORTES ESPAÑOLAS: «Constitución española. Trabajos parlamentarios». Madrid, 1980.

---

<sup>(45)</sup> Existiría toda otra cuestión que no es el momento de desarrollar aquí, referida a la legibilidad de los datos y más concretamente al empleo de datos codificados.

DESANTES GUANTER, J.M.: «Teoría y régimen jurídico de la documentación». *Eudema*. Madrid, 1987.

DESANTES GUANTER, J.M. y SORIA, C.: «Los límites de la información». *Asociación de la Prensa de Madrid*, 1991. Página 107.

FARIAS GARCÍA, P.: «Libertades Públicas e Información». *EUDEMA*, Madrid, 1988.

FROSINI: «Il diritto alla riservatezza come diritto di libert». *Milano*, 1985.

GIL, L.: «La censura en el mundo antiguo» *Alianza Universidad*. Madrid, 1985.

HERRERO-TEJEDOR, F.: «Honor, intimidad y propia imagen». Madrid, 1990.

LUCAS MURILLO, P.: «El derecho a la autodeterminación informativa». Madrid, 1990

MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, Dirección General de Organización, Puestos de Trabajo e Informática: «Leyes de protección de datos». Madrid, 1988

MUÑOZ MACHADO, S.: «Sobre el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos» presentado en el Seminario sobre «Relaciones Administración-Ciudadano: Información, Documentación y Libertades Públicas», organizado por el Instituto Nacional de Prospectiva en mayo de 1980.

O'BRIEN, D.: «El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E.U.A. y la Primera Enmienda Constitucional» México, 1983.

OLIVA, A. de la: «Límites constitucionales a la obtención y uso de la información». *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* nº 6/1984.

ORWELL, G.: «1984»

PÉREZ LUÑO, A.: «Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución». Madrid, 1984.

«Concepto y concepción de los derechos humanos». *Doxa*, nº 4. 1987.

«Del Habeas Corpus al Habeas Data» en Davara, M.A. y otros «Encuentros sobre Informática y Derecho 1990-1991». *Universidad Pontificia de Comillas – Aranzadi* 1992.

SAINZ MORENO: «El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (Sentencia del Tribunal Supremo de octubre de 1979)». *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 24, 1980.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M.: «La libertad de expresión del militar profesional». *UCM*, Madrid, 1992.

SÁNCHEZ, E.: «El Marketing Directo y la Protección de Datos» en revista *NOVATICA* volumen XVIII nº 96. Marzo-abril, 1992.