

La protección de datos personales en España: presente y futuro

ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO

*Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia
Consejero científico de Informática e Diritto (Florencia)
Miembro del Consejo ejecutivo del Centro de Análisis, Lógica
e Informática Jurídica y del Instituto de Derechos Humanos de
la Universidad Complutense de Madrid
(ESPAÑA)*

1. CRONICA DE UNA PREMONICION CUMPLIDA

El escándalo que en los últimos meses ha agitado a nuestra opinión pública, en relación con el tráfico informatizado de datos de carácter personal, representa la confirmación de un peligro desde hace tiempo anticipado. Los 21 millones de ciudadanos españoles, inmediata o potencialmente, agredidos en su intimidad y otros derechos fundamentales abren una brecha en la inconsciencia cívica y política sobre los peligros que entrañan determinadas manipulaciones de las nuevas tecnologías. Ha sido preciso llegar a esta situación para que el conformismo cotidiano de quienes tienen como misión velar por la tutela de las libertades, y quienes tienen como principal tarea cívica el ejercerlas, se viese agitado por la gravedad del riesgo y la urgencia que reviste su respuesta.

No es lícito, al menos para juristas, políticos y tecnólogos, aducir sorpresa o desconocimiento de los eventuales peligros implícitos en el uso de las nuevas tecnologías. Desde hace tres décadas, quienes han evaluado el impacto de la informática en las libertades, han alertado sobre esos peligros,

y cualquier especialista mínimamente avisado incurriría en negligencia inexcusable de haberlos desatendido. Es cierto que España, aún siendo una sociedad avanzada, dista de los países con tecnología punta. De ahí que, entre nosotros, se juzgara mayoritariamente como una amenaza remota las adversidades y experiencias de asalto informático a las libertades, que ahora con el descubrimiento de la red de «piratas» informáticos, se han convertido en una siniestra realidad.

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

En Francia el detonante fue un proyecto del Instituto Nacional de Estadística, por el que se pretendía atribuir a cada ciudadano un «número de identificación único» para todas sus relaciones con la administración. La fatal coincidencia, para los propugnadores del sistema, de que sus siglas respondieran a la palabra SAFARI, contribuyó a sensibilizar a partidos políticos, medios de comunicación y ciudadanos ante la amenaza de verse convertidos en las piezas a cobrar en el «safari informático». El proyecto fue finalmente suspendido y supuso una eficaz llamada de atención sobre la peligrosidad de las técnicas de over-all computer, o sea, del cruce de ficheros que permiten un control exhaustivo de la población, así como el trazado de un completo perfil de las personas. Estas circunstancias pesaron en 1983 una célebre Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, que a instancia de los Verdes, declararon parcialmente inconstitucional la Ley del Censo de Población que obligaba a los ciudadanos germanos a suministrar datos personales para fines estadísticos. En dicha decisión jurisprudencial se reconocía el derecho a la «autodeterminación informativa», hasta entonces

invocado por la doctrina jurídica, y concretado en la facultad de todo ciudadano de las sociedades democráticas de determinar: quién, qué, cuándo y con qué motivo puede conocer datos que le conciernen.

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

2. LAS OPCIONES LEGISLATIVAS DE LA LORTAD

El inquietante panorama español en materia de protección de datos personales exige medidas de urgencia. A ello parece responder el Proyecto de Ley Orgánica para la Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal remitida por el Gobierno a las Cortes. (Dicho texto fue publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados» n.º 59-1, de 4 de Julio de 1991). Conviene indicar que dicho Proyecto llega tarde y mal. Lo primero, porque desde la promulgación de la Constitución, en virtud del expreso mandato de su art. 18.4, así como de la obligación adquirida por la ratificación en 1984 del Convenio de protección de datos personales del Consejo de Europa, el legislador español debía establecer una norma de tutela de las libertades en relación con el uso de la informática. Este compromiso nacional e internacional se ha visto demorado hasta el presente. Lo segundo, porque cabía el consuelo de confiar que nuestro retraso legislativo nos permitiría beneficiarnos de las experiencias previas del Derecho comparado de la informática y evitar sus errores. No ha sido así y el texto remitido a las Cortes presenta algunas deficiencias notables que hay que confiar puedan ser enmendadas en el curso del debate parlamentario previo a su definitiva promulgación.

Para analizar los aspectos más interesantes y polémicos de dicho Proyecto de LORTAD, lo pondré en relación con las grandes opciones legislativas que, en trabajos anteriores, he considerado como informadoras de las normas sobre protección de datos personales:

1) Elección entre un modelo de **ley única y global** (denominada por la doctrina norteamericana Omnibus Act) o por una serie de **leyes particulares**

sectoriales para distintos aspectos de la tecnología de la información y de la comunicación que requieren una reglamentación peculiar (sector by sector en la terminología anglosajona). En este aspecto parece más oportuna una solución mixta, tendente a conjugar una disciplina unitaria con un marco jurídico adaptado a las exigencias de determinados aspectos jurídicos (responsabilidad penal, archivos públicos, datos estadísticos, sanitarios...) o tecnológicos específicos (telecomunicaciones, videotex, transferencia electrónica de fondos...).

La LORTAD parece inclinarse por este sistema mixto, pero no resuelve todos los problemas de concordancias, reiteraciones y antinomias que pueden surgir en este sector de nuestro ordenamiento jurídico. Cuando, por fin, se promulgue la ley de protección de datos su normativa coexistirá con una serie de leyes sectoriales y dispersas (en materia: civil, penal, tributaria, sanitaria, estadística, o de telecomunicaciones) en cuyo articulado se contienen disposiciones sobre el uso de la informática en relación con los derechos fundamentales. Ello puede dar lugar a solapamientos, reiteraciones y contradicciones (antinomias) que deberán ser previstos y evitados. La LORTAD deroga expresamente, en su Disposición derogatoria, la normativa de tutela civil de la intimidad frente a la informática vigente hasta ahora de forma transitoria. También contiene una remisión a la legislación estadística (art.3.d) y sanitaria de protección de datos (arts. 8 y 11.7.b). Pero no se plantea la articulación del régimen de sanciones administrativas previstas en la LORTAD con las sanciones penales que para las infracciones informáticas más graves a la intimidad se prevén en el Proyecto de nuevo Código Penal (art. 194). Tampoco existe alusión expresa a las disposiciones sobre protección de datos personales contenidas en la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública (art. 13); de la reformada Ley 10/1985 General Tributaria (art. 111.6); y de la Ley 31/1987 de Ordenación de las Telecomunicaciones (arts. 2,2 y 5.4).

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

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

La LORTAD parece querer responder a esa orientación presentándose como un texto de principios básicos y remitiendo a la vía reglamentaria la concreción de gran parte de su contenido. El desarrollo de esas disposiciones reglamentarias puede suponer una demora adicional en la entrada en vigor de un sistema tutelar eficaz para la protección de las informaciones personales. Sin que puedan tampoco soslayarse las facultades normativas omnímodas y ámpliamente discrecionales que ello comporta en favor de la Agencia de Protección de Datos.

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

La LORTAD ha optado aquí por una solución sincrética que combina la tutela estática en función de los datos sensibles (art. 7), con la tutela dinámica a través de la Agencia de Protección de Datos (arts. 34 y ss.). Respecto a los primeros hay que reprochar a la LORTAD el haber planteado la tipificación de las informaciones especialmente sensibles en función de la ideología, religión o creencias expresadas en el art. 16 de la Constitución española; cuando resultaba mucho más completo y pertinente haber tomado como punto de referencia el art. 14 de la propia Constitución que previene cualquier actividad discriminatoria –hay que entender que también las realizadas a través de la informática– por razones de «nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social».

Respecto a la Agencia de Protección de Datos, ente de Derecho público sobre el que gravita la implementación de la LORTAD y de sus garantías, hay que decir de inmediato que constituye uno de los aspectos más negativos e insatisfactorios del Proyecto. Suscita perplejidad y estupor que la Exposición de Motivos destaque la «absoluta independencia» de su Director y haga hincapié en la «representatividad» del órgano colegiado que le sirve de apoyo. Respecto a lo primero, porque a diferencia de lo que es norma habitual en el Derecho comparado de los Ombudsmen especializados en la protección de datos (el caso de los *Datenschutzbeauftragter* de las leyes germanas, en las que parece haberse inspirado el Proyecto, es bien elocuente) el Director no es nombrado por el Parlamento, sino por el Gobierno a quien también corresponde su cese (art. 35). Además, a diferencia de los Ombudsmen para la protección de datos extranjeros que presentan sus informes anuales (muy

importantes para conocer el «quién es quién» en materia de agresiones a las libertades informáticas) a las Cámaras representativas, el Director español lo deberá hacer ante el Ministerio de Justicia (art. 36, K). Ello condiciona gravemente la neutralidad y la propia credibilidad de esa institución, que aparece como un mero delegado gubernativo para la informática.

No más indulgente es el juicio que merece la representatividad del órgano colegiado, en el que se incluye una representación empresarial, pero no la de los sindicatos y cuyo procedimiento de elección, tema básico para garantizar la representatividad del órgano, se reenvía a las normas reglamentarias (art. 37).

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

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

La LORTAD acoge estas directrices al conjugar la protección de datos personales recogidos en ficheros públicos y privados, estableciendo diferente sistema de garantías. Quizás en este punto la principal objeción que pudiera hacerse al Proyecto es la patente debilidad del sistema de tutela de los bancos de datos privados respecto a los que operan en el sector público. Como he indicado las agresiones de este sector no son menores que las que provienen del poder, por lo que la diferencia de regímenes de protección no tendría

porqué traducirse en merma de los instrumentos de garantía frente a los abusos perpetrados desde la esfera de los grandes intereses económicos privados.

La LORTAD acoge la posibilidad de extender la aplicación de su sistema de garantías a los ficheros convencionales (Disposición final segunda); pero, como en tantos otros puntos, deja al arbitrio del Gobierno, previo informe del Director de la Agencia de Protección de Datos (que como he indicado es un mero delegado gubernativo), la concreción de ese propósito.

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

La LORTAD, al igual que en lo concerniente a los ficheros manuales, prevé la posibilidad de extender su sistema de protección, pensado básicamente para las personas físicas, a las jurídicas (Disposición final tercera). Vale aquí también, por tanto, lo apuntado sobre la improcedencia de dejar al arbitrio del Gobierno, previo informe del Director de la Agencia de Protección de Datos, la realización práctica de esta garantía.

3. ¿FICHEROS ROBINSON O FICHEROS PECERA?

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

Vivimos en una sociedad en la que la información es poder y en la que ese poder se hace decisivo cuando, gracias a la informática, convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas.

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

De modo análogo, en la esfera privada, una vez convertida la información en protagonista del nuevo «sector cuaternario», ahora añadido a los tres sectores económicos tradicionales, se ha desatado la fiebre del acopio de datos. Las sociedades y empresas de hoy miden su dinamismo y empuje por la cantidad y calidad de sus informaciones. La trascendencia económica de la información ha generado un apetito insaciable de obtenerla por cualquier medio y a cualquier precio y es directamente responsable de determinadas prácticas abusivas que hoy, por desgracia, acechan el libre ejercicio de la privacidad de nuestra vida cotidiana.

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

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

¿Cuál es la respuesta aportada por la LORTAD para poner coto a esta situación? Vaya por delante que tampoco en este punto el Proyecto se muestra a la altura de las expectativas que su larga y demorada elaboración había generado. En primer lugar, la LORTAD exceptúa del ámbito de su tutela: «A los ficheros de información tecnológica o comercial que reproduzcan datos ya publicados en Boletines, Diarios o repertorios oficiales» (art. 2.2.c). Asimismo establece que las empresas de recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad o venta directa sólo utilizarán listas informatizadas de nombres y direcciones de personas físicas cuando figuren en documentos accesibles al público, hayan sido facilitados por los afectados u obtenidas con su consentimiento (art. 29.1). Los interesados podrán ser dados de baja en dichos ficheros tras su expresa solicitud (art. 29.3).

Son varias e importantes las objeciones críticas que pueden argumentarse respecto a ese planteamiento normativo. Me limitaré a exponer las dos que me parecen de mayor entidad. La primera se refiere a que esta disciplina contradice, de manera flagrante, el principio fundamental en la protección de datos de la finalidad (consagrado en el art. 4.2 de la propia LORTAD); ya que no es aceptable que informaciones recabadas y publicadas en función de intereses colectivos y sociales puedan ser incontroladas e impúneamente utilizadas para fines e intereses privados comerciales y, por tanto, ajenos a aquellos que justificaron su recogida y su publicidad. La segunda a que acoge implícitamente la peligrosa y nociva filosofía subyacente a la práctica de los «ficheros Robinson». La LORTAD invierte la carga de la prueba, al exigir del ciudadano que desea ver salvaguardada su vida privada la actuación expresa tendente a la defensa de su derecho, en lugar de hacerla recaer en las empresas que realizan la actividad, las cuales debieran probar que existe un consentimiento previo de cuantas personas figuran en sus bases de datos de información comercial. Todo ello, con el consiguiente riesgo de conculcar la interpretación lógica y sistemática del art. 18 de la Constitución, al implicar

un flagrante e injustificado menoscabo del derecho fundamental a la intimidad.

4. UN RETO INAPLAZABLE

La tardanza en regular la protección de datos personales ha creado ya importantes problemas jurídicos. La demora ha sido culpable de numerosas situaciones de confusión e incertidumbre. Baste mencionar las recientes y sucesivas decisiones discrepantes de juzgados y tribunales y el propio cambio de rumbo del Consejo General del Poder Judicial, en relación con el acceso a las sentencias por parte de agencias de información o entidades financieras, que no persiguen el fin general de la publicidad procesal, sino el de elaborar registros informatizados de morosos o insolventes. Esta cuestión ha sido ahora regulada en la LORTAD, que establece el carácter exclusivamente público de los ficheros de datos personales relativos a infracciones penales o administrativas (art. 7.5), así como las garantías que deberán concurrir en los ficheros automatizados privados sobre datos relativos a solvencia patrimonial y crédito (art. 28).

La nueva ley de protección de datos quizás llegue también tarde para evitar el deslizamiento de nuestro sistema hacia el «identificador único», para cuya fáctica consagración el NIF representó un hito decisivo. Porque no se discute la existencia de documentos que permitan determinar las relaciones del ciudadano con las distintas administraciones, lo que resulta de dudosa constitucionalidad (a la vista del inequívoco propósito, de evitar que en nuestro país se dieran supuestos análogos al «affaire» SAFARI, explicitado por los grupos políticos que contribuyeron a incluir el art. 18.4 en la Constitución) es que esos distintos documentos identificativos consistan en el DNI con un dígito que facilita su procesamiento informático y eventual cruce de ficheros. En este aspecto la única garantía aportada por la LORTAD consistió en limitar la posibilidad de cruce de los ficheros automatizados administrativos. Si bien establece la salvedad de que la cesión «hubiese sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición posterior de igual o superior rango que regule su uso» (art. 19.1).

De lo anteriormente expuesto se infiere que el juicio global que merece la LORTAD no puede ser positivo. Se me podría objetar que mis reflexiones se han planteado más como un análisis crítico que como una exégesis descriptiva del texto. Lo que es cierto ya que entiendo que, en estos momentos, es todavía posible mejorar el Proyecto, para evitar que al promulgarse la versión definitiva de la LORTAD adolezca de los defectos que ahora tiene, y constituya una lamentable ocasión perdida de dotar a nuestro ordenamiento jurídico de una buena ley de protección de las libertades en la esfera informática. Mi comentario no se consuela con el tópico conformista de que es mejor una ley defectuosa que carecer de cualquier reglamentación legal, entre otras cosas, porque el art. 18.4 de la Constitución y el Convenio Euro-

peo constituyen dos normas básicas vigentes en nuestro ordenamiento, que, aunque exigen un desarrollo legal, ofrecen a la jurisprudencia un cauce orientador mejor que una ley desorientadora y que precariza las principales garantías que dimanen de esos textos. No deseo que mi reflexión pueda pecar de parcialidad, al no reconocer aspectos positivos en la LORTAD. Ahora bien, entiendo que de su articulado pudiera decirse, en síntesis, que sus mayores aciertos residen en aquellos puntos en los que se ha limitado a transcribir garantías existentes en otras normas del Derecho comparado de la protección de datos, en particular del Convenio europeo. Por contra sus aspectos más discutibles e insatisfactorios son, precisamente, aquellos en los que el texto pretende aportar soluciones originales. Entre ellas ocupan un lugar destacado las constantes y significativas excepciones que limitan el alcance práctico del ejercicio de las libertades informáticas. Los constitucionalistas y, en especial, los estudiosos de los derechos fundamentales suelen criticar la práctica desvirtuadora de algunos textos normativos que, tras solemnes y generosos reconocimientos de las libertades, recortan su ejercicio y las vacían de contenido al establecer un régimen de excepciones y limitaciones no menos generoso. Por ello, no puede dejar de suscitar inquietud el que la LORTAD, tras proclamar las garantías en orden a la protección de datos y derechos de las personas, establezca excepciones relevantes referidas a: la información de los afectados (art. 5.3); a su consentimiento (art. 6.1); a las garantías de los datos sensibles (art. 7.3); a la supeditación general de la tutela a cuanto afecte a la Defensa Nacional, Seguridad pública, persecución de infracciones penales o administrativas, interés público o intereses de terceros más dignos de protección (art. 22)... Excepciones que pueden afectar al contenido esencial de la garantía reconocida en el art. 18.4 de la Constitución y sobre la que, por tanto, se cierne la sombra de la inconstitucionalidad.

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

BIBLIOGRAFIA

PÉREZ LUÑO, A. E., «Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las N. T. de la información», *Fundesco*, Madrid, 1987.

PÉREZ LUÑO, A. E., (ed. a cargo de), Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica, (Actas del Coloquio Internacional celebrado la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), Tecnos & Fundación Cultural ENRIQUE LUÑO PEÑA, Madrid, 1987.

PÉREZ LUÑO, A. E., La Contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo, en «Anuario de Derechos Humanos», tomo 4, 1987, Homenaje a JOAQUÍN RUÍZ GIMÉNEZ.

PÉREZ LUÑO, A. E., «Libertad informática y leyes de protección de datos personales», en colab. con M. G. LOSANO y M. F. GUERRERO MATEUS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1989.

PÉREZ LUÑO, A. E., «La incorporación del Convenio Europeo sobre protección de datos personales al ordenamiento jurídico español», en el n.º 17, monográfico de «ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales», sobre Informática y Derecho, 1989.

PÉREZ LUÑO, A. E., «Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución», *Tecnos*, Madrid; 4.º ed. 1991.

PÉREZ LUÑO, A. E., «Panorama general de la legislación española sobre protección de datos», en curso de publicación en el vol. col. Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información. Encuentro 1991, *Fundación Citema*, Madrid.