

NOTAS

LA LEY ORGÁNICA 15/1999 DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: DIEZ CONSIDERACIONES EN TORNO A SU CONTENIDO

Por ÁLVARO A. SÁNCHEZ BRAVO

SUMARIO

1. ANTECEDENTES.—2. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 95/46 AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—3. LA LEY ORGÁNICA 15/1999 DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: DIEZ CONSIDERACIONES EN TORNO A SU CONTENIDO.—4. CONCLUSIONES FINALES.

1. ANTECEDENTES

La irrupción de las nuevas tecnologías ha supuesto un replanteamiento de las relaciones entre el hombre y la ciencia. A una primera etapa de admiración e incluso adhesión ciega a los nuevos logros científicos, ha seguido otra que se caracteriza, no tanto por la negación del papel de la ciencia y de la técnica en el desarrollo de los pueblos, sino como por el anhelo en encontrar una armonización entre el uso de esos «nuevos instrumentos» y el respeto por los derechos y libertades de los ciudadanos.

El Derecho no podía quedar impasible ante este nuevo fenómeno. Constatado el peligro que suponía un uso arbitrario e indiscriminado de los datos personales, nacieron las primeras iniciativas legislativas para establecer un sistema de garantías de los derechos y libertades de las personas. Surgen así las denominadas generaciones de leyes de protección de datos personales (1).

Nuestro país, aunque con notable retraso, también se incorporó al grupo de naciones que tienen en su ordenamiento interno una norma concreta para la protección de los datos personales.

(1) Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 4.ª ed., Madrid, 1991.

La publicación de la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los datos de Carácter Personal (LORTAD) (2) vino a colmar el vacío existente en esta materia, y a establecer los límites a los que el uso de la informática debería atemperarse, cuando tuviera por objeto el tratamiento de los referidos datos.

La Ley Orgánica 5/1992 desarrollaba el artículo 18.4 (3) de la Constitución Española. Este artículo se incardina en un precepto dedicado a la protección de la intimidad en general (4).

Pero como señalaba la propia Exposición de motivos la ley iba más allá de la protección de la intimidad de las personas para salvaguardar la privacidad, conceptualizada ésta como «*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*».

No obstante, no bastaba con la remisión al precepto constitucional o con la referencia a una nueva categoría (privacidad), sino que al igual que el resto de los derechos fundamentales debería respetarse el contenido esencial del mismo, configurándose así como una garantía tanto frente al poder ejecutivo como frente al legislador (5).

No obstante, las expectativas existentes respecto a la publicación de esta norma fueron directamente proporcionales a la desilusión sufrida al constatar muchos de sus contenidos y las evidentes deficiencias que incorporaba.

Posteriormente, desde el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (6), relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, vino a colmar el vacío existente en la legislación comunitaria respecto de la protección de los datos personales (7).

La regulación comunitaria incorporaba evidentes diferencias respecto al contenido de la norma española, lo cual ha propiciado por imperativo de la propia Directi-

(2) Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 262, de 31 de octubre de 1992.

(3) Dicho artículo establece:

«*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.*»

(4) Dictamen del profesor Diego López Garrido, emitido a solicitud de la Comisión de Libertades e Informática para solicitar al Defensor del Pueblo la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra la LORTAD. Debo agradecer al Prof. Antonio E. Pérez Luño el texto de este dictamen.

(5) Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «Comentario Legislativo: La LORTAD y los derechos fundamentales», en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, número 1, Universidad Carlos III de Madrid y *Boletín Oficial del Estado*, febrero-octubre, 1993.

(6) Vid. SÁNCHEZ BRAVO, A.: *La protección del derecho a la libertad informática*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998; HEREDERO HIGUERAS, M.: *La Directiva Comunitaria de protección de los Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

(7) DOCE núm. L 181/31, 23.11.1995.

va, en su art. 32.1 (8), la necesidad de adaptación de nuestra norma patria al texto comunitario. Surgió así la necesidad de transposición de la Directiva 95/46 al ordenamiento jurídico español (9).

2. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 95/46 AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La Directiva es el instrumento jurídico que intenta enlazar la necesaria unidad del Derecho Comunitario con el mantenimiento de las peculiaridades nacionales. De esta manera se evidencia de una manera concluyente que el objetivo principal de la Directiva no es la unificación del Derecho, sino la aproximación de las legislaciones (10).

La Directiva es obligatoria para los Estados miembros sólo respecto del objetivo que propone, dejando a su elección la y los medios en que aquél debe materializarse a través del ordenamiento jurídico nacional (11).

En este punto radica la grandeza y la miseria de este mecanismo jurídico, del que, por otra parte, tanto se usa en el ordenamiento comunitario. El respeto a las peculiaridades nacionales, a los especiales procedimientos internos constituye un principio muy loable y digno de tener presente. Sin embargo, casa poco con esa idea comunitaria de la necesaria unidad, del esfuerzo común, de la equiparación normativa; que desde los tiempos de la simple cooperación económica a los de la integración política ha constituido el horizonte último de la actividad comunitaria.

(8) «Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar al final de un período de tres años a partir de su adopción.»

(9) La transposición de la Directiva europea de protección de datos al Derecho español y su influencia en el marco normativo diseñado por nuestra LORTAD constituyó el objeto de las *Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales* (Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 1996). *Vid.* a este respecto, y entre otras, las aportaciones de PÉREZ LUÑO, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y MARTÍN CASALLO, en: *Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996. *Vid.*, asimismo, SÁNCHEZ BRAVO, A.: «La regulación de los derechos de la persona interesada en la Directiva europea de protección de datos», *ibidem*, págs. 295-307; y HEREDERO HIGUERAS, M.: «El Proyecto de Ley Orgánica de transposición de la Directiva 95/46/CE», en *Tecnimap 1998. V Jornadas sobre Tecnologías de la Información para la modernización de las administraciones públicas*, Ministerio de Administraciones Públicas, 1998.

(10) No obstante, como ha evidenciado Pérez Luño, un sector doctrinal considera a la Directiva como fuente del Derecho con eficacia en los ordenamientos de los Estados miembros; es decir, con efectos unificadores de los diferentes ordenamientos jurídicos. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, págs. 84-85.

(11) Cfr. ISAAC, G.: *Manual de Derecho Comunitario General*, 2.ª edic. aumentada y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1991, pág. 123; LOUIS, J. V.: *El ordenamiento jurídico comunitario*, 4.ª edic. corregida y actualizada, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1991, págs. 89-92; MARTÍNEZ LAGE, S.: «Las fuentes del Derecho Comunitario», en la obra colectiva *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1984, págs. 171-173.

No se puede, y mucho menos se debe, so pretexto del mantenimiento de peculiaridades nacionales, provocar una situación de desigualdad, de ciudadanos de primera o de segunda clase respecto al ejercicio de los derechos.

Las políticas comunitarias no son ciertamente precisas. Sus cláusulas generales pretenden englobarlo casi todo, en una visión generalística, que se provea del mayor nivel de consenso posible, desterrando el fantasma de la disensión y del veto.

Ello conduce a que, pese a que el objetivo último sea el mismo, las posibilidades de actuación de las autoridades nacionales son tan amplias, que *de facto* en numerosas ocasiones, lejos de conseguir la unidad, se ahonda en las diferencias y se fomentan los recelos nacionales.

Y son los ciudadanos de los diferentes Estados los que sufren las consecuencias. Sirva como ejemplo, y constituye el objeto de este trabajo, como se pretende articular en el derecho patrio la protección del derecho a la libertad informática, al albur de las orientaciones de la regulación comunitaria.

La Directiva 95/46/CE vino a colmar el vacío existente en la legislación comunitaria respecto de la protección de los datos personales (12).

El recurso a una Directiva, como señala Carrascosa González, y al consiguiente «derecho unificado» parece adecuado, ya que, como se evidencia, existían Estados con regulación específica en la materia y otros que carecían de ella. Un «mercado interior» de datos de carácter personal sólo es posible si las legislaciones nacionales se unifican gracias al establecimiento de una Directiva común (13).

Como ha señalado la propia Comisión, esta Directiva se inscribe en el contexto de la creación de un espacio europeo de información en el que el tratamiento de datos personales aumentará de forma sustancial. Así la aparición de las «autopistas de la información» y de «medios de comunicación de masas» creará posibilidades de tratamiento de datos cada vez más intrusivos para la vida privada (14).

A este respecto, la Directiva en su Considerando 8 señala como «para eliminar los obstáculos a la circulación de los datos personales, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas, por lo que se refiere al tratamiento de dichos datos debe ser equivalente en todos los Estados miembros», pero puntualiza expresivamente, en su Considerando 10, «que, por lo tanto, la aproximación de dichas legislaciones no debe conducir a una disminución de la protección que garantizan sino que, por el contrario, debe tener por objeto asegurar un alto nivel de protección dentro de la Comunidad».

No obstante, ante estas consideraciones, conviene detenerse, siquiera brevemente, antes de entrar en el estudio de su contenido, en como se ha abordado esta transposición en el derecho interno español.

(12) DOCE núm. L 181/31, 23.11.1995.

(13) Cfr. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos de carácter personal en Derecho Internacional Privado», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIV, núm. 2, 1992, págs. 435-436.

(14) Comisión Europea. 4551/95 (Presse 32-G), 6.11.1995, págs. 12-13.

Como ha señalado Lucas Murillo de la Cueva, «ante la necesidad de proceder a la transposición de su contenido al Derecho de los Estados miembros, desde el primer momento se pensó que esa era también la ocasión adecuada, además de para recoger lo que de novedoso hubiere en la Directiva, para revisar algunas de las opciones tomadas por la LORTAD, especialmente aquellas que han suscitado más críticas o perplejidades» (15).

No obstante, este proceso no se ha completado con las mínimas garantías y resultados, como demostraron los trabajos preparatorios, y los resultados lejos de eliminar las disfuncionalidades y contradicciones de la LORTAD, las mantienen en numerosas ocasiones, e incluso las agrandan, en una novísima regulación que es el fruto, más de la mera amalgama de determinados párrafos de la Directiva con la antigua ley, que de una seria reflexión y consideración de la importancia de estas cuestiones para los ciudadanos afectados.

Esclarecedoras, y claramente acertadas, son las reflexiones de Lucas Murillo de la Cueva, cuando señala como «la demora con que ha actuado [en relación al Gobierno] es un claro indicio de la escasa sensibilidad con la que se mueve el legislador en esta materia, aunque, claro está, no es una actitud novedosa. En efecto siguiendo un proceder observado en su día a la hora de elaborar y aprobar la ley a que se refiere el artículo 18.4 de la Constitución, ha esperado a que se agotara en su práctica totalidad el plazo de tres años previsto por la propia Directiva para que los Estados dieran cumplimiento a lo en ella establecido. Así, resulta que del mismo modo que fueron exigencias ajenas a la lógica del derecho fundamental concernido las que impulsaron la elaboración de la LORTAD, ahora ha sido la inminencia de expiración de este plazo y de las consecuencias que en términos de responsabilidad del Estado podrían desprenderse del incumplimiento —sin contar con el posible resultado de la eficacia horizontal de las normas de la Directiva— el factor determinante de la aprobación del correspondiente proyecto de ley orgánica» (16).

Las prevenciones anteriormente apuntadas, una vez publicada la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (17), se han visto colmadas suficientemente en una deficiente y desprotectora regulación, que creo no ha sorprendido a quienes llevamos ya un tiempo reflexionando sobre estas cuestiones; aunque ya algunos se apresuren a felicitarse de lo «avanzado» y «europeo» de la nueva regulación española de la protección de datos personales.

Baste como muestra indiciaria, la sorpresa que causa el hecho de que la Ley orgánica 15/1999 no se inicia, como sería de suyo, con una siquiera breve Exposición de Motivos donde se señalara por el legislador las líneas de su actuación. Máxime

(15) Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 104, abril-junio 1999, pág. 58, cuyo texto íntegro debo a la deferencia de su autor.

(16) Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: «La construcción del derecho...», cit., pág. 59.

(17) BOE núm. 298, martes 14 de diciembre de 1999.

cuando se trata de la modificación de una ley orgánica anterior; afectante, por tanto, a derechos fundamentales de los ciudadanos.

El legislador español presenta esta norma como un nuevo producto legislativo, no como la sustitución de la LORTAD, atribuyéndoselo como de iniciativa y elaboración propia, y sin informar a los ciudadanos que verdaderamente lo hace en virtud de la obligación que le viene impuesta por el art. 32.1 de la Directiva 95/46/CE. Así pues, nada se dice cuáles han sido los procesos intelectuales y materiales que inspiran esta normación, y sólo por la Disposición Derogatoria el lector puede colegir que se trata de la sustitución de la LORTAD, pues ninguna referencia anterior se establece al respecto.

Pero mucho más sorprendente es la ausencia de referencia alguna al mandato comunitario. De este modo, la nueva norma, que debe ser el resultado de la fusión de la antigua LORTAD con la Directiva, incumple la norma comunitaria que pretende transponer al vulnerar lo señalado por el art. 32.1, segundo párrafo, que establece: «Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial».

En conclusión, la norma española que debe transponer la Directiva, comienza, inexplicablemente, vulnerando la misma.

3. LA LEY ORGÁNICA 15/1999 DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: DIEZ CONSIDERACIONES EN TORNO A SU CONTENIDO

Como señalamos anteriormente, la Ley Orgánica 15/1999 no ha colmado las expectativas que había despertado antes de su promulgación, colmando las aciagas expectativas apuntadas desde algunos sectores doctrinales (18).

Su consideración como sucesora normativa de la LORTAD, mejorada por el barniz de la Directiva europea, no sirve por sí misma para dar una visión del alcance real de la nueva norma. Su sola consideración podría hacernos pensar que, ahora sí, poseemos una de las más avanzadas *leyes de protección de datos*; nada más lejos de la realidad.

Las carencias y ambigüedades son evidentes, dado que el legislador, más preocupado por cumplir con el mandato comunitario, ha renunciado a la elaboración propia por el derecho español de una norma avanzada en materia de protección de los datos personales, limitándose en numerosas ocasiones a copiar de manera mecánica el contenido de determinados preceptos de la Directiva, lo cual los hace muy poco operativos; o bien reproduce las carencias propias de la normativa comunitaria.

Sin pretender ser excesivamente meticulosos, pero tampoco dócilmente resignados, iniciemos la reflexión respecto a algunos aspectos ciertamente problemáticos.

(18) *Vid.*, por todos, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: «La construcción del derecho...», cit.

1. Respecto a su ámbito de aplicación, se mantiene la diferenciación entre ficheros de titularidad pública y ficheros de titularidad privada. Se consolida, de esta forma, lo señalado por la Exposición de Motivos de la antigua LORTAD, cuando en su apartado 4, párrafo segundo, manifestaba la diferencia que había establecido regímenes diferenciados para el control de los ficheros en razón de su titularidad «toda vez que, con toda evidencia, resulta más problemático el control de los de titularidad privada que el de aquéllos de titularidad pública» (19). Diferenciación que no recoge la propia Directiva 95/46, preocupada más por establecer un régimen igualitario de protección, independientemente de la titularidad de los ficheros, pues pivota en torno a la figura central del responsable del tratamiento (20), independientemente de su afectación al sector público o privado.

Por otro lado, no es el carácter público del fichero, y su consiguiente acceso, el que genera el peligro para la intimidad de las personas; sino ciertamente, el uso torcicero que de los mismos se haga, con menoscabo del principio fundamental de la finalidad del tratamiento recogido en nuestra norma.

El carácter público del fichero no justifica en ningún caso la consideración como «públicos» de los datos en ellos contenidos. Respecto a los ficheros de titularidad privada, baste recordar lo señalado por Pérez Luño cuando manifiesta que «las agresiones de este sector (en alusión al de los ficheros privados) no son menores que las que provienen del poder, por lo que la diferencia de regímenes de protección no tendría por qué traducirse en merma de los instrumentos de garantía frente a los abusos perpetrados desde la esfera de los grandes intereses económicos privados» (21).

2. No incluye en las definiciones (art. 3) el concepto de *terceros*, que sí aparece en la Directiva en el punto *f*) de su art. 2 al conceptuarlos como las personas físicas o jurídicas, con excepción del interesado, del responsable del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo su autoridad directa o por su cuenta.

Recogiendo la posibilidad de cesión de datos debería señalarse quiénes serán considerados como tales, al margen de cedente y cesionario. Máxime cuando la cesión de los mismos se realizará generalmente por el responsable del tratamiento al margen de los fines para los cuales el cedente (afectado) los comunicó.

Respecto a la consideración de terceros, la Propia Comisión en su Propuesta de Directiva del 92 estableció algunas precisiones, respecto a las entidades y empresas de gestión y actividades descentralizadas, que puede ser de interés tener en consideración a la hora de interpretar la nueva regulación interna. Así, las personas que tra-

(19) Cfr. HEREDERO HIGUERAS, M.: *La Ley Orgánica 5/1999...*, cit., págs. 151 y ss.

(20) Así lo expresa su Considerando 12 al señalar: «Considerando que los principios de la protección deben aplicarse a todos los tratamientos de datos personales cuando las actividades del responsable del tratamiento entren en el ámbito de aplicación del derecho comunitario...»

(21) Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Manual de informática y derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 57-58; «Comentario Legislativo: La LORTAD...», cit. pág. 415.

bajan en otra empresa, aunque forme parte del mismo grupo o sociedad de cartera, deberían considerarse por lo general terceros.

En cambio, las sucursales bancarias que efectúan tratamientos para la gestión de la clientela y que están situadas bajo la autoridad directa de la sede no deberían considerarse terceros. Lo mismo puede decirse de los agentes de seguros; por el contrario, en lo que respecta a los representantes de seguros, la situación puede diferir en cada caso (22).

Tampoco se incluye la noción de *destinatario*, recogida en el apartado g) del art. 2 de la Directiva, entendiéndose por tal, la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que reciba comunicación de datos, se trate o no de un tercero. Equiparable a la figura de un «cesionario» de datos personales, fue introducida en la Posición Común del Consejo, ya «que es útil para garantizar la transparencia de los tratamientos con respecto a las personas afectadas» (23).

3. Resulta ciertamente sorprendente el generoso régimen habilitador que para el tratamiento de datos personales se recoge en el art. 3, apartado j) en lo referente a las personas pertenecientes a grupos de profesionales. Así, se considerarán como accesibles al público, y por lo tanto, excluidas prácticamente del régimen protector de la norma española, las listas *que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo*. Tal amplitud, y su consiguiente desfase legislativo, resultaría hilarante, sino fuera por que instituye un peligroso régimen desprotector. Máxime, cuando la propia Ley 15/1999 en su art. 13 establece como primer derecho de las personas el no verse sometidas, y por lo tanto su derecho de impugnación, a valoraciones basadas únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad. La ingente cantidad de datos que pueden tratarse de los profesionales, permitirá fácilmente la elaboración de dichos perfiles, pues, no nos engañemos, para eso se han incluido en ese cajón de sastre que es la definición de fuentes accesibles al público. La descoordinación regulatoria es nuevamente flagrante.

4. Con respecto a la revocabilidad del consentimiento (art. 6.3), no se acierta a comprender el requisito suplementario de la justa causa para ejercer este derecho, máxime cuando su ejercicio no tendrá efectos retroactivos. El derecho a la libertad informática incluye que el ciudadano pueda controlar cuándo terceros pueden conocer datos personales que le conciernen (24).

(22) Cfr. Propuesta modificada de Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, COM (92) 422 final - SYN 287, Bruselas, 15 de octubre de 1992, pág. 11.

(23) Cfr. Posición Común (CE) núm. 1/95, adoptada por el Consejo el 20 de febrero de 1995, con vistas a la adopción de la Directiva 95/.../CE del Parlamento y del Consejo, de..., relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; DOCE, núm. C 93/22, 13.4.1995.

(24) Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colaboración con M. G. LOSANO y M. F. GUERRERO MATEUS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid,

Si el consentimiento del afectado se constituye en requisito esencial para que pueda llevarse a cabo un tratamiento automatizado de los datos, dicho consentimiento deberá ser libre, y ello incluye tanto el momento de su otorgamiento, como de su revocación. Lo contrario será desposeer a los ciudadanos de una parte del contenido esencial de sus derechos, negándole la posibilidad de una «marcha atrás» en cuanto a la disposición sobre sus propios datos.

Tal regulación es deudora de la establecida por la Directiva respecto al consentimiento, y que en la propuesta inicial del año 90 figuraba en el capítulo dedicado a los derechos de las personas.

Este hecho provocó graves objeciones al texto de la Directiva. Varios sectores profesionales dedujeron que cualquier tratamiento exigía el consentimiento previo del interesado, lo cual suponía una importante «traba» para el desarrollo de sus actividades económicas o mercantiles. Ante esta situación se optó por incluirlo, como un requisito más que legitima un tratamiento automatizado de datos; pero sin concederle el valor preeminente que debe tener, como manifestación de la autodeterminación personal inherente a toda persona.

La pérdida de su esencia como elemento articulador de la libertad informática, y como basamento de los restantes derechos que la sustentan explican el intolerable requisito que impide la libre revocación. Las objeciones planteadas a la Directiva en este punto, sirvan ahora para denunciar a la mimética norma española (25).

5. El art. 7.3 abre una puerta al tratamiento de datos sensibles referentes al origen racial, la salud y la vida sexual, cuando lo establezca una ley, por razones de interés general.

El estudio del régimen jurídico de los datos sensibles quedaría incompleto si no recogiéramos también las excepciones que se establecen a la prohibición general de efectuar un tratamiento automatizado de datos sensibles. Es precisamente en las excepciones donde hay que mirar para ver cual es el efectivo sistema de protección y de garantías otorgado a los ciudadanos. Declarados rimbombantemente una serie de derechos, es habitual su derogación posterior de manera soterrada o encubierta, amparándose en ineludibles deberes del Estado, dando una imagen garantista al ciudadano, cuando realmente lo que se está configurando es un verdadero asalto a sus derechos y libertades.

En esta línea, la posibilidad de tratamiento automatizado de datos sensibles se tolera en los supuestos en que exista una habilitación legal por razones de interés general.

Las críticas apuntadas anteriormente se acentúan ante esta posibilidad, que presenta como único anclaje con la legalidad la abstracta e indeterminada referencia al interés general. Nada hace el legislador para colmar nuestras dudas. Sólo hay una

1989, págs. 137 y ss.; ID.: *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las NT de la información*, Fundesco, Madrid, 1987, págs. 85-87.

(25) Cfr. SÁNCHEZ BRAVO, A.: *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998, pág. 131.

cosa cierta, por esta vía se abre una puerta para el tratamiento de datos referentes a cuestiones tales como el origen racial, la salud y la vida sexual.

De nuevo se acude a conceptos jurídicos indeterminados, que lejos de aportar flexibilidad en su articulación, lo que hacen es atraer negros nubarrones sobre cuál es el verdadero alcance de esta excepción. Se trata, como vemos, de una regulación fundada en un criterio restrictivo sobre la subsistencia de un derecho individual merecedor de protección que deja paso al prevalente interés nacional (26).

Será preciso, por tanto, determinar qué se entiende por interés general.

Siguiendo lo señalado por la Comisión de las Comunidades Europeas, pueden considerarse englobadas en tal denominación genérica todas aquellas medidas necesarias para la salvaguarda los valores fundamentales de una sociedad democrática (27). En idénticos términos se expresa el Consejo de Europa (28).

Pero la concurrencia de dicho interés general deberá hacerse constar mediante una Ley. Nada se suele afirmar acerca de cual deba ser el rango normativo de esta norma habilitante; cuestión ésta que queda deferida a las peculiaridades constitucionales y legislativas de nuestro país, aunque afectan a derechos fundamentales, no cabría más que la habilitación mediante Ley Orgánica.

Ante esta falta de determinación legislativa conviene señalar que en dicha disposición legal deberán precisarse los datos que pueden ser tratados, las personas destinatarias de los mismos, la cualificación del responsable del tratamiento, las personas autorizadas a acceder a ellos, así como las garantías apropiadas contra los usos abusivos y los accesos no autorizados.

Sólo con estas menciones de la norma habilitante podrán salvarse las garantías que para los derechos de los ciudadanos establecen los Estados democráticos de Derecho.

Del mismo modo, el apartado 6 del precitado artículo, habilita el tratamiento de datos sensibles referidos a ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud y vida sexual, entre otras menciones, para la gestión de los servicios sanitarios.

La inclusión de los datos de gestión en tal habilitación de tratamiento, nos parece desorbitada, por cuanto irán referidos al desempeño de funciones fundamentalmente administrativas, a cuyo desenvolvimiento poco coadyuvará el conocimiento de determinados datos «sensibles», a no ser que se utilicen como mecanismos de control de determinados sectores de población.

(26) Cfr. TONIATTI, R.: «Libertad Informática y Derecho a la protección de los Datos Personales: Principios de legislación comparada», trad. cast. de A. SAIZ ARNAIZ, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1991, enero-abril, núm. 29, pág. 157.

(27) Cfr. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas... cit., especialmente su Considerando núm. 43 y su art. 13. Vid. SÁNCHEZ BRAVO, A., *La protección del derecho a la libertad informática...*, cit., págs. 117-120.

(28) Cfr. «Protección de datos. Convenio del Consejo de Europa de 1981», *Documentación Informática*, núm. 3, Servicio Central de Publicaciones-Presidencia del Gobierno, Madrid, 1983, pág. 36.

Quizás para compensar esa excesiva amplitud, el precepto establece como mecanismo corrector, y a la vez protector, de los intereses y derechos de los ciudadanos, que dicho tratamiento sea realizado, bien por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional, bien por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto, asumiendo lo señalado por la Directiva en su art. 8.

6. El art. 15.3, transposición del art. 14.3 de la LORTAD, establece que el derecho de acceso sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo, en cuyo caso podrá ejercitarlo antes.

Dicha regulación resulta ciertamente lesiva, por cuanto el plazo de un año nos parece desorbitado respecto a la «velocidad» con la que pueden verse modificados o alterados los datos. La entronización de este plazo, supone dejar a los ciudadanos desprotegidos, obligándoles a soportar los resultados lesivos de unos incorrectos, excesivos o inexactos datos mientras transcurre el plazo hasta que puedan ejercer su derecho de acceso. Obviamente, este precepto es el resultado de las múltiples presiones que desde determinados sectores se ejercieron para evitar las peticiones masivas de acceso, que eran consideradas como un abuso y como un freno al desarrollo de sus actividades; amén de un signo de atávico control, contrario al progreso frenético de la tecnología.

Ante esta previsión, ¿considera el legislador que se salvaguarda correctamente el derecho de acceso de los ciudadanos? La respuesta debe ser clara y concluyentemente negativa.

Igual consideración merece lo señalado por el art. 16.1 al establecer que el plazo en que el responsable del tratamiento deberá hacer efectiva la rectificación o cancelación será de diez días, lo cual supone el ampliar al doble el plazo que se había establecido en el Real Decreto 1332/1994 (29), y que establecía en su art. 15.2 el plazo de cinco días para que el responsable del fichero haga efectiva la rectificación o cancelación. Nuevamente la Ley 15/1999 consolida una concluyente *reformatio in peius*.

7. Posibilidad de cesión de datos entre las Administraciones Públicas (art. 21.1), al margen de todo procedimiento de control de la regularidad de las mismas, y la consagración (art. 22.4) de la excepción del consentimiento de los afectados en el momento de la solicitud de los datos por causas tan genéricas e indeterminadas como *datos que una administración pública obtenga o elabore con destino a otras*. La claridad de tan deficiente regulación ha merecido la declaración de inconstitucionalidad, en los términos obrantes en la STC 292/2000, de 30 de noviembre. Los argumentos esgrimidos por nuestro TC huelgan cualquier otro comentario.

8. Especial desprotección de los ciudadanos en el supuesto de ficheros automatizados creados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (art. 22). La gravedad de esta regulación estriba fundamentalmente en las siguientes consideraciones:

(29) Real Decreto 1332/94, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. *BOE* núm. 174, de 21 de junio de 1994.

a) Se podrán recoger y tratar datos personales sin el consentimiento de la persona afectada. La apelación al *peligro real para la seguridad pública*, no colma las más mínimas exigencias de legalidad (30).

b) Posibilidad de tratamiento de *datos sensibles*, amparado en los genéricos fines de una investigación concreta. No se establece además ningún control por parte de la Agencia de Protección de Datos, sobre esta potestad ampliamente discrecional, ni se exige ningún otro requisito suplementario que establezca ciertas garantías.

c) Cancelación de datos sometida al arbitrio del responsable del tratamiento. Será el propio responsable el que determinará cuando los datos no son necesarios, con la consecuente inseguridad y peligro para la privacidad de los ciudadanos. No se comprende cómo entre las circunstancias que se considerarán para dicha cancelación se incluye la sentencia firme absolutoria; ella debería producir *ipso iure* y de modo automático dicha cancelación.

Como señaló López Garrido, es claro que siempre la policía ha tenido en su poder ficheros. Pero se trataba de ficheros represivos. Quiere decirse que tales ficheros se confeccionaban después de que la persona fichada había sido considerada culpable de la comisión de un determinado delito. La introducción de ficheros automatizados en el desarrollo de las tareas policiales arroja una perspectiva ciertamente distinta. Se trata de ficheros que podemos considerar como preventivos; es decir, se establece primero aquella conducta que el individuo tendría que llevar a cabo y, sobre todo, se hace un verdadero «peinado» en la población de aquellos que pudieran en el futuro cometer tales conductas. Se trata de una acción preventiva que, como tal, tiene una dinámica de generalización, de exhaustividad casi ilimitadas e imparable (31).

Las circunstancias «objetivas» que determinan la posibilidad de dicho tratamiento son, generalmente, los fines de una investigación concreta. Este término debe incluirse dentro del marco más amplio de la *represión de los delitos*, y que comprendería tanto la investigación de los delitos como su persecución. Esta posibi-

(30) En torno a la delimitación del concepto de seguridad pública resulta interesante tener en consideración lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos humanos, caso Klass y otros, sentencia de 6 de septiembre de 1978, serie A, núm. 28, donde señala que «*el poder de vigilar en secreto a los ciudadanos no es tolerable según el Convenio más que en la medida estrictamente necesaria para la salvaguarda de las instituciones democráticas*», *vid.*, sobre ello: *Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 25 años de Jurisprudencia 1959-1983*, Cortes Generales, Madrid, 1981, págs. 469-485.

Por su parte el Consejo de Europa, en la Memoria Explicativa, número 56, del Convenio para la protección de las personas con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal establece que «*la noción de seguridad del Estado deberá entenderse en el sentido tradicional de protección de la soberanía nacional contra amenazas internas o externas, incluida la protección de las relaciones internacionales del Estado*», *vid.*, sobre ello: *Protección de datos. Convenio del Consejo de Europa de 1981*, Servicio Central de Publicaciones. Presidencia del Gobierno, Madrid, 1983, pág. 36. Las Comunidades Europeas, en una regulación más parca, consideran como tal «*la protección de la soberanía nacional contra amenazas internas y externas*», *vid. Directiva...*, *cit.*, págs. 25 y 95.

(31) Cfr. LÓPEZ GARRIDO, D.: «La sociedad informatizada y la crisis del Estado del bienestar», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, noviembre-diciembre 1985, págs. 27-45.

lidad, que pudiera parecer lógica como medio de salvaguarda de la seguridad pública, sin embargo adolece de tal carácter ante la total desarticulación del sistema de garantías de los ciudadanos.

En la mayoría de los casos, por contra, se deja a los propios responsables del tratamiento la determinación «unilateral», de cuando los datos deberán ser utilizados, así como la amplitud material y temporal de dicha utilización. Dificilmente conocerá el afectado que se está procediendo a una utilización de sus datos sensibles por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Además se exige a éstos de la concesión a los afectados de los derechos de acceso, rectificación y control. Esto parece ser, en su sin razón, lo más coherente. Si un ciudadano desconoce que sus datos sensibles están siendo objeto de tratamiento automatizado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, difícilmente tendrá la «necesidad», por ese desconocimiento, de ejercitar las restantes facultades que configuran su derecho a la autodeterminación informativa.

Ante estas situaciones, el problema no estará tanto en la derogación de los derechos de los ciudadanos, como fundamentalmente en la consolidación de una potestad ciertamente arbitraria.

9. Privación de los derechos de acceso, rectificación y cancelación ante los ficheros de la Hacienda Pública (art. 23.2). El cumplimiento de obligaciones tributarias y las actuaciones inspectoras, provisionales por lo tanto, no puede constituir motivo suficiente para una desprotección de los derechos de los ciudadanos. El cumplimiento de determinadas obligaciones no puede ser impuesto en menoscabo de las garantías que le son anejas, pues se entraría en las peligrosas arenas de la arbitrariedad.

Todo ello en el marco de la posible conculcación del derecho constitucional a la defensa, pues es en el marco de una investigación inspectora o sancionadora en que el ciudadano debe conocer todos los datos en que se basa la investigación para poder reaccionar contra ellos, usando todos los legítimos mecanismos de defensa que tenga a su alcance.

10. En los ficheros de insolvencia patrimonial (art. 29.2), a cuya descontrolada regulación nos oponemos enérgicamente, se deja en manos del acreedor la inclusión en ficheros de datos personales del presunto deudor. Se produce así una peligrosísima suplantación del consentimiento del afectado, sólo justificada por un mal entendido derecho a la información sobre la solvencia patrimonial.

Se asiste con ello al nacimiento de una moderna *inquisición informática* en la cual la denuncia impune de un ciudadano sirve para poner en entredicho no sólo la intimidad, sino la honorabilidad de otros ciudadanos. El otorgamiento al afectado, *a posteriori*, de los derechos reconocidos en la norma no sirve para evitar los perjuicios que para el mismo puede suponer la inclusión en dicho fichero.

La posibilidad de registrar y ceder datos determinantes para enjuiciar la solvencia patrimonial de los afectados, cuando sean adversos, a los referidos a seis años, parece un período ciertamente desorbitante.

Esta previsión legislativa, deudora de lo señalado por el art. 28 LORTAD, quedó, no obstante, consagrada con anterioridad gracias a lo señalado en la Instrucción 1/1995 (32), donde se señaló el marco, hoy vigente, de la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito.

4. CONCLUSIONES FINALES

Algunas otras consideraciones quedan fuera de esta reflexión. No se trata tampoco de hacer una disección completa de esta norma. No es este el lugar para ello.

Se trata simplemente de hacer un balance de esta nueva regulación que se nos presenta como garantía frente al uso indiscriminado o el abuso en el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, incorporadora de las previsiones y materias de la regulación comunitaria europea.

Sopesando los aspectos positivos y negativos, algunos de los cuales han sido ya apuntados, el resultado no puede ser ciertamente esperanzador. La existencia de contradicciones y de errores en el texto de su articulado, no hace más que arrojar sombras sobre la efectiva articulación de esta norma, que renace con una finalidad ineludible; a saber, la defensa de la «privacidad» de los ciudadanos y del legítimo ejercicio de sus derechos.

No se trata, pues, de criticar por criticar. La crítica puede servir en este campo para hacer constar las carencias de la regulación, propugnando una mejora o una sustitución de aquellos aspectos ciertamente deficientes. No obstante, siendo ésta una nueva ocasión legislativa para mejorar la antigua LORTAD, la cuestión parece haberse reducido a una mera transposición mecánica de la Directiva europea, incluyendo sus propias deficiencias, más que a la elaboración de un nuevo texto que acogiera todos los aspectos y avances positivos en esta materia, desechando los que se han evidenciado como inoperantes y restrictivos para los derechos de los ciudadanos.

Pero esto constituye una tarea de todos. La universalización del uso de la informática ha traído como consecuencia una generalización de los riesgos para los derechos de los ciudadanos. Nadie puede sentirse ajeno a este fenómeno. La concienciación de los ciudadanos respecto a las ventajas e inconvenientes del desarrollo científico y técnico y la articulación de un sólido sistema de garantías, constituirá sin duda en el futuro el eje en el que se desarrollarán las relaciones en este campo.

Como en otras ocasiones, el tiempo dará y quitará razones.

(32) Instrucción 1/95, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información de solvencia patrimonial y crédito. *BOE* de 4 de marzo de 1995.