

ESTUDIOS

EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

LORENZO MARROIG POL (*)

Comandante Auditor

MARÍA DE LOS REYES CORRIPIO GIL-DELGADO (*)

Profesora Universidad Pontificia de Comillas

Resumen

El artículo 18.4 de la Constitución Española, en el que se dispone que «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» constituye el punto de partida de la legislación española para la protección de los datos personales recogida, en la actualidad, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal) y que ha permitido la consagración de un «derecho fundamental a la protección de datos» en la STC 292/2000, de 30 de noviembre. En el ámbito particular de la protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones deben aplicarse las disposiciones específicas contenidas en la Directiva 2002/58/CE de 12 de julio relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas⁽¹⁾ y que regulan el tratamiento de los datos de tráfico y facturación, identificación de las líneas de origen y destino, datos de localización, desvío de llamadas, guías de abonados y comunicaciones no solicitadas.

ÍNDICE: I. El camino hacia la construcción de un «derecho fundamental a la protección de datos»: a) Examen de la polémica doctrinal española en orden a la cons-

(*) Ganadores del Premio Protección de datos V Edición, de la Agencia de Protección de Datos, por la obra «El tratamiento de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas», Madrid, 2001.

(1) DOCE núm. L 201, de 31 de julio de 2002.

trucción de un «derecho fundamental a la protección de los datos personales».

b) *La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hacia la configuración de un derecho fundamental a la protección de datos personales.*—II. *Examen de la vigente Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal:* a) *Estructura sistemática.* b) *Principales novedades.*—III. *Regulación específica de la protección de los datos personales en el sector de las telecomunicaciones:* a) *Datos sobre el tráfico.* b) *Facturación desglosada.* c) *Presentación y restricción de la identificación de la línea de origen y de la línea conectada.* d) *Datos de localización distintos de los de tráfico.* e) *El desvío automático de llamadas.* f) *Guías de abonados.* g) *Comunicaciones comerciales no solicitadas.*—IV. *Conclusiones.*

I. El camino hacia la construcción de un «derecho fundamental a la protección de los datos personales»

En el camino hacia la construcción de un «derecho fundamental a la protección de datos» examinaremos la polémica doctrinal española y la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

a) Examen de la polémica doctrinal española en orden a la construcción de un «derecho fundamental a la protección de los datos personales»

El explícito reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de un «derecho fundamental a la protección de datos» es el resultado del debate doctrinal cuyo origen puede situarse en el análisis del propio marco sistemático del artículo 18 de la Constitución Española, que, por un lado, contempla la intimidad personal y familiar, el derecho al honor y a la propia imagen (apartado 1), por otro lado, repara en el derecho al secreto de las comunicaciones (apartado 2) y la inviolabilidad del domicilio (apartado 3), y que, finalmente establece la limitación del uso de la informática para garantizar la intimidad, el honor y el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos (en el apartado 4).

La polémica de la doctrina jurídica española se centró, en este campo, en determinar si los distintos apartados del artículo 18 de la Constitución Española, o incluso el propio apartado 1.º de este precepto constitucional ⁽²⁾ deben ser considerados «como manifestaciones concretas de un derecho más amplio, que sería el derecho de la intimidad», o si, por el contrario, se trata de derechos «dotados de una cierta autonomía respecto del derecho a lo íntimo» ⁽³⁾.

⁽²⁾ En efecto, como puso de relieve LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «El derecho a la intimidad», honor, intimidad y propia imagen, *Cuadernos de derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 39, la problemática puede plantearse en el seno del propio apartado 1 del artículo 18, en orden a la necesidad de establecer, sin «desconocer su fundamento común», una diferenciación respecto de «tres figuras distintas», el «honor», la «intimidad personal y familiar» y la «propia imagen», «entre las que el derecho a la intimidad formulado genéricamente destaca claramente frente a los demás».

⁽³⁾ LUCAS DURÁN, M., *El acceso a los datos en poder de la Administración Tributaria*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1997, p. 137.

La primera postura doctrinal, sustancialmente, ha venido entendiendo que el constituyente se limitó a «concretar» en los apartados 2, 3, y también 4, del artículo 18 de la Constitución, los «elementos principales del derecho a la vida privada, de tal modo que no estaríamos en presencia de «una estrecha relación entre derechos colaterales», sino, más bien, ante explícitas manifestaciones del derecho a la vida privada.

De ahí que, desde este punto de vista, exista «una relación de inclusión» que permite la conformación del derecho a la intimidad con un «ámbito de protección más amplio»⁽⁴⁾, aunque, como cualquier otro derecho, nunca con un carácter absolutamente absoluto o ilimitado (como, entre otras muchas, SSTC 110/1984, de 26 de noviembre y 37/1989, de 15 de febrero, y la STS de 29 de enero de 1990), aunque sometándose a una «estricta observancia del principio de proporcionalidad» (que aparece desarrollado, entre otras, en la STC 207/1996, de 16 de diciembre)⁽⁵⁾.

En este sentido, la regulación del derecho a la intimidad del artículo 18 de la Constitución pone claramente de manifiesto la «profunda articulación de todo el conjunto» y la «integración en una visión unitaria», así como su «fuerza expansiva» e «intensa fuerza cohesionadora que aglutina y da unidad» a un conjunto de «diversos contenidos»⁽⁶⁾. «El derecho a la intimidad es», según este sector, «a semejanza de lo que ocurre con el derecho a la tutela judicial (art. 24 de la Constitución Española), un derecho complejo o derecho de derechos», de tal modo que, este derecho debe entenderse como «uno en su concepción y múltiple en cuanto a sus contenidos»⁽⁷⁾.

Frente a la anterior postura científica, se encuentran quienes, concretamente, en relación con el artículo 18.4 de la Constitución, basándose en la opinión de que existe un «desarrollo histórico» de los derechos humanos y un dinamismo y progresiva «ampliación del catálogo de los derechos constitucionalmente garantizados», que, en modo alguno, «pueden concebirse de una forma estática», consideran que estamos en presencia de «nuevos» derechos humanos pertenecientes a la «tercera generación», con los que se pretende «satisfacer necesidades que las transformaciones tecnológicas de la sociedad postindustrial ponen de manifiesto», y, en consecuencia, en este campo, entienden que es preciso diferenciar, entre un «derecho a la intimidad preinformática» y, por otra parte, un llamado «derecho a la autodeterminación informativa»⁽⁸⁾.

Este «derecho a la autodeterminación informativa» no es más que la recepción en la doctrina española del denominado *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* de la doctrina y jurisprudencia constitucional alemanas, cuyo origen debe situarse en la

⁽⁴⁾ LUCAS DURÁN, M., *op. cit.*, p. 138, así como otros autores que cita, como RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.

⁽⁵⁾ Precisamente, en esta Sentencia del Tribunal Constitucional, en su F.J. 4.º, se destaca, recogiendo la doctrina establecida en las SSTC 66/1995 y 55/1996, que «para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

⁽⁶⁾ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., en sus consideraciones comunes a los artículos 49, 50 y 51, recogidas en obra titulada *La Ley 11/1998, de 24 de abril, Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999, p. 427.

⁽⁷⁾ RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 76.

⁽⁸⁾ Entre sus principales promotores de esta denominación, encontramos a LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 15 de diciembre de 1983, sobre la Ley del Censo de 31 de marzo de 1982, que sobre la base del artículo 2.1 de la Ley Fundamento de Bonn, en su consideración de derecho general a la personalidad, lo definió como «la facultad del individuo... de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida»⁽⁹⁾.

En este sentido, el «derecho a la autodeterminación informativa» se caracteriza:

a) Por ser una modulación o adaptación de la configuración tradicional del «derecho a la intimidad», mera manifestación de un «derecho de libertad individual» propio del «status *libertatis*», en cuanto «pretensión *erga omnes*, jurídicamente tutelada, de su titular a desenvolverse sin cortapisas en ese ámbito privado», con la que pretende satisfacerse las necesidades surgidas en las sociedades contemporáneas a consecuencia del desarrollo de las modernas tecnologías de la información y la comunicación.

b) Por poseer una «sustantividad propia», mediante la articulación entorno a él de toda una gama o serie de «facultades» o «mecanismos específicos de protección» de la información de personal (que introducen «facetas activas» o «status de *habeas data*»), encaminadas a hacer «frente a intromisiones no deseadas» respecto a «todo aquello que una persona no quiere que los demás conozcan», con las que asegurar «el control sobre la información que de ella se disponga y utilizan terceros para ... impedir que se utilice en forma que pueda perjudicarles», atendiendo, no sólo al carácter rigurosamente privado de los datos, sino también a las posibilidades que ofrece la técnica en orden a la elaboración e interrelación de los datos personales, y, al tiempo, establecer «deberes correlativos» para «quienes manejan ... datos personales»⁽¹⁰⁾.

Desde esta perspectiva, el problema no puede derivar necesariamente hacia la construcción de unos criterios materiales de delimitación (siempre imprecisa) de la «intimidad» como «bien jurídico implicado», toda vez que la delimitación objetiva del concepto «intimidad», desde un punto técnico-jurídico, presenta enormes dificultades, tanto en el entorno tecnológico como fuera de él, como reconoció el Tribunal Constitucional, en Sentencia 110/1984, de 26 de noviembre.

En nuestra opinión, la cuestión no puede radicar en el posible establecimiento de una diferencia, de carácter material o sustantivo, entre dos acepciones del concepto de «intimidad», una estricta, que exclusivamente comprendería «lo más reservado del ser humano», y otra más amplia, en la que «tendrían cabida los demás aspectos de la vida privada del individuo, sino en considerar que «el bien jurídico subyacente... consiste, sencillamente, desde una perspectiva de carácter formal⁽¹¹⁾, en el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne perso-

⁽⁹⁾ Boletín de Justicia Constitucional, 1984-33.

⁽¹⁰⁾ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., en *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 89-90 y 119; Informática y Protección de Datos Personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal), Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, núm. 43, Madrid, 1993, pp. 30 y siguientes; así como en su artículo «El derecho a la intimidad», recogido en el volumen Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 55 y 56.

⁽¹¹⁾ Este carácter formal del derecho a la protección de los datos personales es similar al adoptado por el Tribunal Constitucional respecto a la protección del secreto de las comunicaciones, por ejemplo, en Sentencia de 29 de noviembre de 1984, según la cual, «el concepto de secreto del artículo 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenencia o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado».

nalmente sea íntima o no para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad», que nos permitirá «definir los aspectos de su vida que no sean públicos que desea que se conozcan, así como las facultades que le aseguren que los datos que de su persona manejan... terceros son exactos, completos y actuales y que se han obtenido de modo legal y lícito»⁽¹²⁾.

Por tal motivo, resulta necesario insistir en la falta de «operatividad» de muchas distinciones entre las que se encuentra, a nuestro juicio, la palabra «privacidad», barbarismo que pese a que fuera utilizada por el propio legislador en la Exposición de motivos de la derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y pese a que tiene un fácil predicamento en ámbitos más propios del periodismo, no sirve siquiera como mero criterio orientador, tratándose más bien, de un claro intento de eludir el problema técnico jurídico que impone la protección de datos a conceptos tradicionales como el de «intimidad»⁽¹³⁾.

Lógicamente, siempre que se trate de datos personales, «el nivel de autodeterminación, es decir, de disposición de uno mismo sobre sus propios datos dependerá de la naturaleza de éstos y de su mayor o menor proximidad al núcleo de la intimidad...», asegurando, en todo caso, «de su calidad y de conocer y controlar su utilización»⁽¹⁴⁾, y permitiendo, de este modo, la creación de «un ámbito de libre desarrollo del titular del derecho garantizado por el Estado frente a injerencias o intromisiones de los poderes públicos, de los grupos sociales o de los demás individuos»⁽¹⁵⁾.

Con todo, esta corriente doctrinal, ampliamente compartida, es la que, finalmente, en la línea de evolución marcada por nuestro Tribunal Constitucional, en virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, ha permitido el reconocimiento de la existencia de un «derecho fundamental a la protección de datos».

b) *La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hacia la configuración de un «derecho fundamental a la protección de datos personales»*

Desde el punto de vista del Tribunal Constitucional, la salvaguardia para la protección de datos de carácter personal ha sido objeto de diversos pronunciamientos del

⁽¹²⁾ Por este sentido parece decantarse DE LA HAZA, P., en «Observaciones a una sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas», Base de datos *La Ley*, 1988-3, 811, que cita DE MIGUEL CASTAÑO, «El derecho a la intimidad frente al derecho a la información. El ordenador y las leyes de protección de datos», *RGLJ*, 1982, p. 337, y a CARNELUTTI, en «Diritto alla vita privata», *Riv. Tr. Dir. Público*, 1955, cuando, a la vista de la dificultad de ofrecer un concepto jurídico de intimidad, en orden a ofrecer un «contenido preciso y determinado» de la misma, señala que, «desde una perspectiva jurídica, se ha definido la intimidad, no ya como la posibilidad de ocultar a los demás, es decir, no «como ausencia de información sobre nosotros mismos, sino más bien (como) el control que podemos ejercer sobre nuestra propia información».

⁽¹³⁾ CASTILLA DEL PINO, C., «Público, privado, íntimo» (*De la intimidad*, Editorial Crítica, Grupo Editorial Grijalbo, Barcelona, 1989, p. 29, citado por LUCAS DURÁN, M., *op. cit.*, 119 y siguiente, y, en concreto, pie de página 54, p. 121), la «intrínseca inobservabilidad» de lo íntimo sólo adquiere relevancia desde el momento en que se «exterioriza» adquiere una relevancia social para el mundo del Derecho.

PARADA VÁZQUEZ, R., en el campo de la doctrina administrativista, en su libro *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 157 y 158, citado por LUCAS DURÁN, M., *op. cit.*, pie de página 28, p. 112), ha considerado que «los datos referentes a la intimidad personal o familiar son tan reservados, jurídicamente tan protegidos y tan irrelevantes para la actividad administrativa que ni podrán ni serán normalmente objeto de los procedimientos administrativos».

⁽¹⁴⁾ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «El derecho a la intimidad», publicado en *Honor, intimidad y propia imagen*, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 56 y 57.

⁽¹⁵⁾ DE LA HAZA, P., *op. cit.*, con cita de Peces Barba, en «Reflexiones Sobre la Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución», *RFDUC*, 1979, núm. 2, p. 46.

Tribunal Constitucional, que, de una manera expresa, desde un principio, vino a considerar que el artículo 18.4 de la Constitución «incorpora una garantía constitucional para responder a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona. Además de un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, es también, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos (F.J. 6.º de la STC TC 254/1993). La garantía de la intimidad, *lato sensu*, adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (F.J. 7.º de la STC TC 254/1993)» (F.J. 4.º de la STC TC 11/1998, de 13 de enero).

En este sentido, si bien las Sentencias del Tribunal Constitucional pecaron, en un primer momento, de indefinición en orden a establecer si estábamos en presencia de un mero «instituto de garantía de otros derechos fundamentales», que adquiriría su plenitud en contacto con los derechos fundamentales y libertades públicas, en los que se integraría como «contenido positivo», ofreciendo las garantías jurídicas adecuadas frente a la recolecta, uso y tratamiento de datos personales «más allá de lo legalmente autorizado» en cuanto «podría constituir un grave atentado a los derechos fundamentales de la persona» (según ya declaró el F.J. 3.º del Auto TC 642/1986, mencionado en el F.J. 4.º de la STC TC 94/1998), o «en sí mismo un derecho o libertad fundamental» (lo que dio lugar a que la doctrina científica discrepara en orden al alcance de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional)⁽¹⁶⁾, pronto se observó una línea interpretativa claramente favorable al reconocimiento del «carácter fundamental del derecho a controlar los datos personales propios»⁽¹⁷⁾, que, como hemos adelantado, ha permitido la consagración de la existencia de un derecho fundamental del «derecho a controlar los datos personales» en la Sentencia TC 292/2000, de 30 de noviembre.

La Sentencia TC 292/1000, de 30 de noviembre, parte de la diferenciación entre el «derecho fundamental a la protección de datos» y el «derecho a la intimidad» del artículo 18.1 de la Constitución, señalando, en este punto, que «este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de

⁽¹⁶⁾ Esta indeterminación se encuentra, incluso, en los *obiter dicta* de la Sentencia TC 11/1998, de 13 de enero, puesto que, tras establecer en el párrafo primero de Fundamento Jurídico quinto, «que el artículo 18.4 en su último inciso establece las limitaciones al uso de la informática para garantizar el pleno ejercicio de los derechos, lo que significa que, en supuestos como el presente (art. 28.1, libertad sindical), el artículo citado es, por así decirlo, un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, entre lo que se encuentra, desde luego, la libertad sindical, entendida ésta en el sentido que ha sido establecido por la doctrina de este Tribunal...», a continuación, en el párrafo 2.º del mismo Fundamento Jurídico Quinto, añade que «en suma, ha de concluirse que tuvo lugar una lesión del artículo 28.1 [derecho fundamental a la libertad sindical] en conexión con el artículo 18.4 CE. Este no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, como ha quedado dicho, sino que además consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona...»

⁽¹⁷⁾ SSTC 254/1993, de 20 de julio; 104/1998, de 18 de mayo; 124/1998, de 15 de junio; 126/1998, de 15 de junio; 198/1998, de 13 de octubre; 30/1999, de 8 de marzo, y 202/1999, de 8 de noviembre.

la vida personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley,... que conforme al artículo 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE)», pone de relieve, a continuación, que «la peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran» (F.J. 5.º, párrafo último): «garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado» (F.J. 6.º, párrafo primero).

De ahí que, girando el que llama «derecho fundamental a la protección de datos» no «sólo en torno a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales» (F.J. 6.º, párrafo tercero, de la Sentencia TC de 30 de noviembre de 2000), esto es, en relación al concepto mismo de datos de carácter personal, es por lo que, en el correspondiente desarrollo legislativo se ha hecho necesario establecer una serie de concretas garantías o de cobertura jurídica articuladas en una «suma de facultades» que permitan a su titular (de los datos personales) «determinar, por una parte, si sus datos pueden ser objeto de tratamiento o no y, por otra y una vez superado el umbral de la autorización legal o personal del uso de los datos, controlar que los datos son tratados lícitamente», esto es, reconociendo «un poder de disposición y de control sobre los datos personales que falta a la persona para decidir cuáles de esos datos» se debe proporcionar «a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso» (F.J. 7.º, párrafo primero), lo que se consigue mediante el ofrecimiento al titular de los datos personales de una serie de «derechos instrumentales» (o «haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos» como dice la Sentencia) que le permitan el conocimiento de «la existencia de ficheros con datos sobre su persona, el acceso a estos ficheros, exigir la rectificación o cancelación de los datos en determinadas circunstancias, etc...» (en este sentido la STC 254/1993).

Por lo tanto, como ya puso de relieve la doctrina, en cuanto nos encontramos en el campo de la información personal en el que lo «íntimo», a estos efectos, no puede entenderse desde el prisma del derecho de la intimidad *stricto sensu*, sino que, por el contrario, con una componente eminentemente formal, comprende, «todo aquello que una persona no quiere que los demás conozcan», resulta que el «derecho fundamental a la protección de datos» presenta, junto con una faceta negativa de rechazo a la «publicidad» y manifestación de un «derecho de libertad, propio del *status libertatis*» (correspondiente a la esfera de la libertad individual), lo que se ha denominado un *status de habeas data*, en el que se integran facultades o mecanismos con los que se va a atender, no solamente al carácter rigurosamente privado de los datos de carácter personal, sino también a las posibilidades de elabora-

ción e interrelación de los mismos que permita incluso la elaboración y uso de «perfiles personales», de tal modo que:

a) Se facilite el «control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente sea íntima o no para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad», respecto de aquellos de la vida personal se desea que no sean públicos o que no se conozcan.

b) Se asegure la «calidad de los datos personales» que puedan manejarse por terceros, esto es, que éstos sean exactos, completos y actuales, y, finalmente.

c) Se proporcione un adecuado conocimiento y control de su utilización.

Todo ello, teniendo en cuenta, en todo caso, que «el nivel de autodeterminación, es decir, de disposición de uno mismo sobre sus propios datos dependerá de la naturaleza de éstos y de su mayor o menor proximidad al núcleo de la intimidad»⁽¹⁸⁾.

II. Examen de la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal

La Constitución Española fue el segundo texto constitucional en Europa en reconocer, siguiendo los pasos del artículo 35 de la Constitución de la República portuguesa de 1976, la necesidad de protección de las personas frente a los riesgos de la informática, en su artículo 18.4. Pese a todo, el desarrollo legislativo de la previsión constitucional del mencionado artículo 18.4 fue tardío, incluso tras haberse procedido a la ratificación, el 27 de enero de 1984 del Convenio 108/1981, del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981⁽¹⁹⁾.

Entretanto, mientras no se contó con la legislación específica en esta materia, pese a las insuficiencias normativas⁽²⁰⁾, debía estarse a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, sin perjuicio de la posibilidad de acudir al instrumento de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil⁽²¹⁾.

Ciertamente, hubo que esperar a la década de los años 90 para la promulgación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (en adelante, LORTAD)⁽²²⁾, que fue la legisla-

⁽¹⁸⁾ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Informática y Protección de Datos Personales* (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter Personal), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 30 y siguientes, y «El derecho a la intimidad», honor, intimidad y propia imagen, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 56 y 57.

⁽¹⁹⁾ «BOE» núm. 274, de 15 de noviembre de 1985.

⁽²⁰⁾ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Informática y Protección de Datos Personales* (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter Personal), Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, núm. 43, Madrid, 1993, pp. 16 y siguientes.

⁽²¹⁾ La Disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que era la que permitía la aplicación de esta Ley a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informáticas, fue expresamente derogada por la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre.

⁽²²⁾ «BOE» núm. 262, de 31 de octubre de 1992.

ción aplicable en esta materia hasta su reciente derogación en virtud de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD),⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾, que ha procedido a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo, y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁽²⁵⁾.

a) Estructura sistemática

En la estructura sistemática de la vigente LOPD (como antes ocurría con la derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre) resulta posible distinguir entre lo que constituye el régimen general de protección de datos de carácter personal (Título II y Título III) y las normas contenidas en las disposiciones sectoriales (Título IV) que se ocupan «de las modalidades específicas y de las peculiaridades que el carácter público o privado pueden exigir en lo concerniente a la creación, organización y funcionamiento del fichero» y que, en el caso de los ficheros de titularidad pública supuso el establecimiento de «restricciones al ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación, así como al nivel de protección de los datos sensibles»⁽²⁶⁾, que, afortunadamente, han sido subsanadas por el Tribunal Constitucional, en la reciente Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre.

El régimen general de protección de datos de carácter personal viene recogido en los Títulos II, con el epígrafe de los «principios de la protección de datos» y constituye una transposición (que se ajusta, no obstante, a un mayor rigor literal que en la derogada legislación) de las previsiones del Convenio 108 del Consejo de Europa y de la Directiva 95/46/CE, y, III, con el común denominador de «Los derechos de las personas», se regulan el derecho de «impugnación de valoraciones» (art. 13), con el que se «trata de salir al paso del uso de perfiles personales»⁽²⁷⁾, que se acompaña de medios instrumentales, que se proyectan en el marco de las relaciones entre el afectado y el titular del fichero, como son: el derecho de consulta al Registro General de Protección de Datos (art. 14), así como los derechos de acceso (art. 15), de rectificación y de cancelación (art. 16), que ya fueron objeto de desarrollo normativo, durante la vigencia de la Ley Orgánica 5/1992 (LORTAD), en el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se han regulado determinados aspectos, en su mayoría de

⁽²³⁾ «BOE» núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

⁽²⁴⁾ Hay que advertir, no obstante, que la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (como ya ocurrió con la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre) no deja de seguir siendo una legislación sectorial, en tanto en cuanto cuestiones tales como la tipificación de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en su vertiente informática y de la estafa y de los daños mediante la manipulación/destrucción de estos datos personales están recogidos en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE» núm. 281, de 24 de noviembre).

⁽²⁵⁾ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995. DOCE núm. L 281, de 23 de noviembre de 1995, p. 31.

⁽²⁶⁾ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Informática y protección de datos personales* (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal), Cuadernos y Debates núm. 43, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp.89 y 90.

⁽²⁷⁾ La problemática de los «perfiles personales» ha dado lugar a la «teoría del mosaico», procedente de la doctrina alemana (EBERLE, KAHLAHL, SCHIMMEL y SEINMÜLLER), que parte de «una concepción sociológica de la persona como portadora de «roles» que originan el implícito deseo por parte del sujeto emisor de la información de que, aun cuando los datos sean públicos, no sean conocidos por entidades diferentes o por miembros de grupos sociales distintos de los destinatarios de las noticias», y que, como tal, «es la que mejor se adecua al tratamiento, en general, de la «intimidad informática»» (GIMENO SENDRA, V., «El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad», Base de datos *La Ley*, 1997-3).

orden procedimental, referentes al ejercicio de acceso, rectificación y cancelación, a la forma de reclamar ante la Agencia de Protección de Datos por actuaciones contrarias a la Ley, a la notificación e inscripción de los ficheros automatizados de datos y al procedimiento para la determinación de las infracciones y la imposición de las sanciones; así como por las Instrucciones que, en esta materia, ha dictado la Agencia de Protección de Datos, en uso de las funciones atribuidas en el artículo 36.c) de aquella Ley. Dichas facultades se han completado, como hemos señalado, con el derecho de oposición (arts. 6.4 y 30.4 de la LOPD).

Estos preceptos constituyen los aspectos principales de la protección de los ciudadanos a quienes pertenecen los datos, pero no obstante ser el «núcleo irreductible» o parte esencial de la Ley Orgánica, se modulan con las normas del capítulo I («Ficheros de titularidad pública») del Título IV («Disposiciones sectoriales»), que, a su vez, operan en el marco de las relaciones que, en cuanto pudieran afectar a los datos de carácter personal, surgen entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas ⁽²⁸⁾.

b) *Principales novedades*

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), supone la necesaria adaptación de nuestro Derecho a las orientaciones normativas de la Unión Europea, y, por tal motivo, procede a introducir en nuestro ordenamiento jurídico una serie de novedades respecto de los ficheros que, salvo excepciones, se encuentran sometidos a esta Ley Orgánica, al tratamiento de los datos personales y en relación a las garantías de los interesados.

Por tal motivo, debemos destacar los siguientes aspectos:

Primero.—De acuerdo con la Directiva 95/46/CE, el ámbito de aplicación de la LOPD comprende «todos los ficheros de datos, informatizados o no», a diferencia de lo que sucedía con la derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, que, como su propia denominación indicaba, se circunscribía a la protección al «tratamiento automatizado» ⁽²⁹⁾.

En este sentido, contrariamente a lo que sucedía con la redacción del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, que sólo hacía referencia expresa a los datos que figuraran «en ficheros automatizados de los sectores público y privado y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizado, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado», el artículo 2.1 de la vigente LOPD dispone que «la presente Ley será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público o privado», recogiendo las previsiones que fueron, en su momento, contempla-

⁽²⁸⁾ En este apartado, también habría que entender, de alguna manera, comprendidos los códigos tipo que se establezcan al amparo del artículo 32 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. La posibilidad que contempla el artículo 32 de la vigente Ley Orgánica sobre la posibilidad de elaboración de códigos tipo (que poseen expresa y legalmente el carácter de códigos deontológicos) en el ámbito de los ficheros de titularidad pública constituye una de las novedades de esta Ley en relación a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, que circunscribía los códigos tipo exclusivamente a los ficheros de titularidad privada.

⁽²⁹⁾ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., «La nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal de 13 de diciembre de 1999. Su porqué y sus principales novedades». Actualidad Informática Aranzadi, núm. 34, enero de 2000, p. 2.

das en el artículo 3.2 del Convenio 108 del Consejo de Europa, que se prescribió la aplicación del Convenio «a los ficheros de datos de carácter personal que no sean objeto de tratamiento automatizado», y que, posteriormente, se han revalidado en el artículo 3.1 de la Directiva 95/46/CE, según el cual, sus disposiciones «se aplicarán al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como el tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero».

El concepto de «fichero» lo encontramos en el artículo 3, letra *b*) de la Ley Orgánica, que considera como tal a «todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso» (eliminándose, como ya hemos adelantado, la referencia al «tratamiento automatizado» de la derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre).

De este modo, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, que, a su vez, debe interpretarse a la luz de su Considerando 27, en la que se plantea la diferenciación entre «ficheros y «carpetas», al decir que «[...] por lo que respecta al tratamiento manual, la presente Directiva sólo abarca los ficheros, y no se aplica a las carpetas que no están estructuradas [...]», para la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el concepto legal de «fichero» lleva explícitamente integrado la necesidad de un «mínimo» organización u ordenación de los datos personales, que permita «el acceso a los mismos en atención a algún criterio lógico» y «de algún modo útil»⁽³⁰⁾.

Segundo.—Conforme lo dispuesto en el artículo 1 de la LOPD, en el que se dispone que: «la presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar», se amplía el objeto de la Ley Orgánica, puesto que «se protege (ahora) el tratamiento de datos personales respecto del conjunto de libertades públicas y derechos fundamentales de las personas y, especialmente, en el ámbito de su intimidad»⁽³¹⁾.

En efecto, al contrario de lo que se prevenía en el artículo 1 de la derogada Ley Orgánica 5/1992, que simplemente venía a reproducir el artículo 18.4 de la Constitución, estableciendo que «la presente Ley Orgánica, en desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución, tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos», la vigente LOPD parece adoptar un nuevo planteamiento legislativo respecto al fenómeno del tratamiento de datos personales, puesto que ya no parte de una idea de limitación de la informática, por considerarla «un peligro claro para la intimidad», sino, por el contrario, como significativamente ha señalado la doctrina, se parte de su aceptación y de su entendimiento «como medio esencial para el desarrollo de la sociedad»⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 56.

⁽³¹⁾ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., «La nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal de 13 de diciembre de 1999. Su porqué y sus principales novedades». *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 34, enero de 2000, p. 2.

⁽³²⁾ APARICIO SALOM, J., *op. cit.*, p. 23.

Tercero.–Por otra parte, el artículo 1 de la LOPD fija, explícitamente, el objetivo de protección de la Ley: «las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar».

De este modo, se ha solventado la dificultad que, tanto en relación al texto constitucional como con respecto de la derogada Ley Orgánica 5/1992, puso de relieve la doctrina en orden al alcance de la expresión «pleno ejercicio de sus derechos»; que hacía, para unos autores, que la preocupación exclusiva del legislador de la intimidad y el honor, la convirtiera en una cláusula vacía de contenido; mientras que, por el contrario, para otros, suponía que la «propia ambigüedad» de la fórmula «pleno ejercicio de sus derechos» permitiera favorecer «una interpretación amplia y progresiva, o si se quiere alternativa del precepto», y, en consecuencia, consideraban incluidos los derechos del capítulo II del Título I de la Constitución; o incluso, para otro sector doctrinal, considerar que, con aquella expresión, se incluía cualquier derecho⁽³³⁾.

Cuarto.–Por otra parte, conforme al artículo 3, letra a), de la LOPD, el ámbito de aplicación de dicha Ley comprende «cualquier información concerniente a persona físicas identificadas o identificables» registrados en cualquier «soporte físico» (ya sea ordenador, cinta de video, etc.) que sean «susceptibles de tratamiento», siempre que concurren las circunstancias del artículo 2.1, párrafo 2.º, de la Ley y se vulneren o lesionen no sólo el derecho al honor e intimidad personal y familiar, sino a cualquiera de «las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas». Así, la reciente Sentencia TC 292/2000, de 30 de noviembre, amplía el ámbito de aplicación a «aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado» (F.J. 6.º, párrafo segundo).

La amplia definición legal que se ofrece, facilita su adaptación a la constante evolución de la informática y permite hacer frente a uno de los peligros de la informática: la acumulación de datos personales y un ulterior cruce coherente de los mismos; entrelazamiento que permite conocer, a partir de datos personales intrascendentes de una o varias personas, particularidades que pertenecen al ámbito protegido por el derecho a la intimidad, o que, conforme la vigente LOPD, pudieran suponer una vulneración de las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas.

En definitiva, con mayor razón aún hoy día, «la protección debe articularse en torno a cualquier dato, por irrelevante que sea». El campo de conductas que pudieran afectar a los datos personales no discrimina «ningún tipo de información», en la medida que «cualquier pormenor de una persona física, por intrascendente o insignificante que pueda parecer, tiene la cualidad de dato personal», sin perjuicio de que determinados «datos especialmente protegidos» se encuentren sometido al régimen especial del artículo 7 de la LOPD.

Quinto.–Finalmente, se advierte que se ha reforzado la regulación del «consentimiento de los ciudadanos para que sus datos puedan ser tratados»⁽³⁴⁾, puesto que se

⁽³³⁾ Evolución parlamentaria y posturas doctrinales, GRIMALT SERVERA, P., *op. cit.*, pp. 26-31.

⁽³⁴⁾ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., «La nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal de 13 de diciembre de 1999. Su porqué y sus principales novedades». Actualidad Informática Aranzadi, núm. 34, enero de 2000, p. 2.

exige, expresamente, en el artículo 3, letra *h*) de la Ley Orgánica, que el consentimiento del interesado sea una manifestación de voluntad libre (esto es, que no haya sido prestado bajo violencia o intimidación); inequívoca, específica (es decir, «el consentimiento tiene que ir referido a un concreto responsable del tratamiento y en relación con una concreta finalidad») e informada, «mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen»⁽³⁵⁾, se completan los derechos de los ciudadanos, «hasta ahora circunscritos a los de acceso, rectificación y cancelación de sus datos, ... con el derecho de oposición», también, en este caso, «de acuerdo con lo señalado en la Directiva (95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995)», y se clarifica, con mayor rigor, el derecho de información previo a la recogida de datos, «al exigirse en todo caso y sin excepción alguna, que se informe al afectado de la existencia del fichero, de la finalidad de la recogida de datos y de los destinatarios de la información, así como de la identidad y dirección del responsable», siendo novedad, para mayor garantía, «la exigencia de información al interesado cuando los datos no han sido recabados del mismo»⁽³⁶⁾, en lo que son modalidades indirectas de recogida de datos de carácter personal.

III. Regulación específica de la protección de los datos de carácter personal en el sector de las telecomunicaciones

En el ordenamiento jurídico español, el artículo 3, letra *f*), de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTT), establece como uno de sus objetivos: «Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de telecomunicaciones, en adecuadas condiciones de calidad, y salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad y al secreto en las comunicaciones y el de la protección a la juventud. A estos efectos, podrán imponerse obligaciones a los prestadores de los servicios para la garantía de estos derechos».

La Ley vincula la protección de los intereses de los usuarios a dos grandes ámbitos». Por un lado, obtener unas mejores prestaciones a favor de los ciudadanos», asegurando, de este modo, el servicio universal y «el derecho de acceso a los servicios en adecuadas condiciones de calidad»; pero, por otro lado, abarca la protección de los derechos reconocidos constitucionalmente», como dispone el artículo 3, letra *f*), de la LGTT lo que constituye una explícita formulación legislativa con la que no está de más contar para su «garantía efectiva», toda vez que la misma en el sector de las telecomunicaciones presenta «algunos problemas específicos en un sector tan complejo como el que nos ocupa», toda vez que el avance tecnológico, posibilita «nuevas fórmulas de afectación a los derechos de los ciudadanos»⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ Las condiciones que tiene que reunir el consentimiento del interesado fueron objeto de estudio por GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 166 a 172.

⁽³⁶⁾ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., «La nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal de 13 de diciembre de 1999. Su porqué y sus principales novedades». *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 34, enero de 2000, p. 3.

⁽³⁷⁾ MESTRE DELGADO, J. F., en su exégesis al artículo 3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 54 y 55.

De acuerdo con ello, reforzando la línea legislativa destinada a garantizar los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, la protección de los datos personales se prevé en el artículo 50 de la LGTT, que dispone:

«Los operadores que presten servicios de telecomunicaciones al público o exploren redes de telecomunicaciones accesible al público deberán garantizar, en el ejercicio de su actividad, la protección de los datos de carácter personal, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, en las normas dictadas en su desarrollo y en las normas reglamentarias de carácter técnico, cuya aprobación exija la normativa comunitaria en materia de protección de los datos personales».

La naturaleza de «norma de remisión» de este precepto legal, casi de carácter «meramente recordatorio»⁽³⁸⁾, resulta fácil de observar en atención a su propio tenor literal, que encamina el estudio a la legislación especializada en la materia de protección de datos personales, recogida, en nuestra vigente legislación, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). Ello sin perjuicio de que deba tenerse en cuenta el desarrollo reglamentario que ha tenido el artículo 50 de la Ley General de Telecomunicaciones, mediante el Título V (arts. 62 a 80), titulado «Protección de los datos personales en la prestación de los servicios de telecomunicaciones», del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones, en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones (RSUYSP)⁽³⁹⁾, que ha venido a suponer la recepción en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de la Telecomunicación, actualmente derogada y sustituida por la Directiva 2002/58/CE, antes referida y que desarrollamos a continuación.

La causa de la Directiva 2002/58/CE estriba en la necesidad de adaptar y actualizar las disposiciones a la evolución presente y previsible de los servicios y tecnologías de comunicaciones electrónicas. El primer cambio significativo respecto a la norma derogada se encuentra en la sustitución de su título del término «telecomunicaciones» por «comunicaciones electrónicas». La razón se encuentra en el interés por crear normas que sean neutras con respecto a la tecnología, es decir, «que no impongan la utilización de un tipo concreto de tecnología ni discriminen en su favor, sino que garanticen que un mismo servicio quede regulado de forma equivalente con independencia del medio a través del cual se preste». De forma que queden incluidos todos los distintos tipos de servicios de transmisión de comunicaciones electrónicas, con independencia de la tecnología utilizada. Esto significa también que los consumidores y los usuarios deben gozar del mismo nivel de protección con independencia de la tecnología a través de la cual se preste un servicio concreto. El ámbito de aplicación se amplía, pues, a todos los supuestos de comunicación electrónica incluido el de la trans-

⁽³⁸⁾ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., en exégesis al artículo 50 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, de 24 de abril, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999, p. 437.

⁽³⁹⁾ «BOE» de 5 de septiembre de 1998.

misión de datos por conmutación de paquetes e Internet por lo que será necesario adaptar a este subsector.

a) *Datos de tráfico*

Son datos de tráfico como dispone la letra *b)* del artículo 2 de la Directiva 2002/58/CE, «cualquier dato tratado a efectos de la conducción de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o a efectos de la facturación de la misma». La regulación de los datos de tráfico parte del reconocimiento de un principio general según el cual los datos de tráfico relacionados con abonados y usuarios deberán eliminarse o hacerse anónimos cuando ya no sean necesarios a los efectos de la transmisión de una comunicación. Disposición esta que enlaza con el principio consagrado en la Directiva general y la LOPD de lealtad y con el deber de eliminar los datos cuando ya no sean necesarios para la finalidad propuesta. Mayor singularidad revisten las excepciones a este principio general y que desglosaremos en los siguientes puntos:

Primero.—Que de acuerdo con el artículo 6.2 de la Directiva podrán ser tratados los datos de tráfico necesarios a efectos de la facturación de los abonados y los pagos de las interconexiones. Si bien únicamente se autorizará este tratamiento «hasta la expiración del plazo durante el cual pueda impugnarse legalmente la factura o exigirse el pago». No se acota por tipología de dato como hiciera la derogada Directiva 97/66/CE, y, consecuentemente, el artículo 65.2 del RSUYSP.

Segundo.—La Directiva permite el tratamiento de datos de tráfico para la promoción comercial de servicios de comunicaciones electrónicas o para la prestación de servicios con valor añadido con varias condiciones: que se realicen en la medida y durante el tiempo necesarios para prestar tales servicios, y que el abonado o usuario a que se refieran los datos haya dado su consentimiento.

Pese a las exigencias y limitaciones introducidas en esta excepción, relativas al deber de información de los tipos de datos de tráfico que son tratados y de la duración de este tratamiento antes de obtener el consentimiento (art. 6.4) y a la posibilidad de retirarlo en cualquier momento (art. 6.3 *in fine*), puede llegar dicha excepción a ser muy amplia si tenemos en cuenta la forma en que aparece redactado el artículo 6.3 de la Directiva 2002/58/CE, este, comparado con el correlativo artículo 6.3 de la Directiva 97/66/CE no restringe el tratamiento a los casos de «promoción comercial de sus propios servicios de telecomunicaciones».

b) *Facturación desglosada*

El artículo 7.1 de la Directiva recoge el derecho de los abonados a recibir facturas no desglosadas. En el derecho interno esta norma está recogida en el artículo 66 del RSUYSP según el cual los abonados tendrán derecho a recibir facturas no detalladas «cuando así lo soliciten a los operadores que, de conformidad con lo dispuesto en este Reglamento y en las Ordenes ministeriales que regulen las licencias individuales y las autorizaciones generales, tengan la obligación de prestar dicho servicio».

Asimismo, por resolución del Secretario general de Comunicaciones se fijarán las distintas modalidades de facturación detallada que los abonados pueden solicitar a los

operadores, tales como la supresión de un determinado número de cifras en la factura de los números a los que se ha llamado o la no aparición en la factura de los números a los que se llama cuando el pago se haga con tarjeta de crédito, como mecanismos de garantía de la utilización anónima o estrictamente privada del servicio».

El artículo 7. 2.º de la Directiva 2002/58/CE dispone que los Estados miembros conciliarán los derechos de los abonados que reciban facturas desglosadas con el derecho a la intimidad de los usuarios que efectúen las llamadas y de los abonados que las reciban, por ejemplo que dispongan de suficientes modalidades alternativas de comunicación o de pago que potencien la intimidad.

Entre las modalidades alternativas se incluyen los medios de comunicación y pago anónimos, como las cabinas públicas⁽⁴⁰⁾ o terminales con sistema de prepago, o, en el caso de Internet, con la utilización de procedimientos de cifrado y otros sistemas que garanticen la confidencialidad de la información reservada.

c) *Presentación y restricción de la identificación de la línea de origen y de la línea conectada*

La identificación de la línea de llamada es un valor añadido al servicio de comunicaciones telefónicas, tanto fijas como móviles. La Directiva 2002/58/CE, como hiciera la Directiva 97/66/CE, articula la regulación de esta materia sobre un conjunto de cuatro derechos así como en unas excepciones:

Primero.—El apartado 1.º del artículo 8, dispone que «cuando se ofrezca la posibilidad de visualizar la identificación de la línea de origen, el proveedor del servicio deberá ofrecer al usuario que efectúe la llamada la posibilidad de impedir en cada llamada, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de la línea de origen. El abonado que origine la llamada deberá tener esta posibilidad para cada línea». Términos similares emplean los artículos 70 y 71 RSUYSP. El artículo 10 de la Directiva recoge dos excepciones, permitiendo anular la supresión de la presentación de la línea de origen en dos casos: llamadas malevolentes o molestas y necesidad de atender servicios de urgencia (b).

Segundo.—El derecho a impedir la presentación de la identificación de la línea de origen en las llamadas entrantes es un derecho que compete al abonado que reciba la llamada. Es un derecho pensado para garantizar el anonimato de las personas que llaman a centros de rehabilitación de toxicómanos o alcohólicos, de asistencia familiar o de salud mental, o que efectúan llamadas desde los mismos. El artículo 73 del RSUYSP desarrolla este derecho en los siguientes términos: «Cuando los operadores citados en el apartado primero del artículo 69 ofrezcan en destino la identificación de la línea llamante, el abonado que recibe la llamada tendrá la posibilidad, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, de impedir la presentación de la identificación de la línea llamante en las llamadas recibidas».

Tercero.—El artículo 8.3 de la Directiva recoge el derecho del abonado que reciba la llamada, a rechazar las llamadas entrantes procedentes de usuarios o abonados que hayan impedido la presentación de la identificación de la línea de origen. La re-

⁽⁴⁰⁾ Vid. Orden de 21 de diciembre de 2001 (2001/3212), «BOE» 311, de 28 de diciembre.

gulación nacional del filtrado en destino de las llamadas sin identificación se recoge en el artículo 74 RSUYSP, en idénticos términos que la Directiva.

Cuarto.—El derecho a suprimir la identificación de la línea conectada viene recogido en el artículo 8.4 de la Directiva, y permite al abonado que reciba la llamada que su número no se visualice en el terminal de quien efectúa la llamada.

d) *Datos de localización distintos de los de tráfico*

El artículo 9 de la Directiva actual aborda la problemática del tratamiento de los datos de localización distintos de los de tráfico y dispone en su apartado 1.º que sólo podrán tratarse dichos datos si se hacen anónimos o previo consentimiento de los usuarios o abonados, en la medida y por el tiempo necesarios para la prestación de un servicio con valor añadido. Las reglas del consentimiento son, para este caso, mas estrictas, al exigirse que sea previo e informado. Así pues el proveedor del servicio deberá informar a los usuarios o abonados y antes de obtener su consentimiento del tipo de datos de localización distintos de los datos de tráfico que serán tratados, de la finalidad y duración del tratamiento y de si los datos se transmitirán a un tercero a efectos de la prestación del servicio con valor añadido.

Además, los abonados y usuarios deben tener la posibilidad de retirar en todo momento su consentimiento, así como disponer de un medio sencillo y gratuito, para rechazar temporalmente el tratamiento de tales datos para cada conexión a la red o para cada transmisión de una comunicación (apdo. 2.º).

Por último señalar que la excepción contenida en el artículo 10.b) de la Directiva viene también referida a los datos de localización y permite que las entidades reconocidas por un Estado miembro que atiendan las llamadas de urgencia, incluidos los cuerpos de policía, los servicios de ambulancia y los cuerpos de bomberos, puedan responder a tales llamadas.

e) *Desvío automático de llamadas*

El artículo 11 de la Directiva dispone que los Estados miembros velarán por que todo abonado tenga la posibilidad, por un procedimiento sencillo y gratuito, de detener el desvío automático de llamadas a su terminal por parte de un tercero. Nuestro ordenamiento lo recoge literalmente en el artículo 80 del RSUYSP.

f) *Guías de abonados*

La regulación de la protección de datos personales que figuren en guías telefónicas viene contemplada en el artículo 12 de la Directiva. Se arbitran garantías especiales para las guías que incorporen datos de personas físicas, como son los derechos de información y exclusión, y la exigencia de consentimiento específico del abonado cuando la guía permita la búsqueda de datos con identificadores distintos al nombre:

Primero.—Se recoge en el artículo 12 apartado 1 el derecho de los abonados personas físicas, a recibir información acerca de los fines de las guías de abonados, impresas o electrónicas, disponibles al público o accesibles a través de servicios de información sobre las mismas. Evidentemente el deber de información comprende la

puesta en conocimiento del abonado de las posibilidades de uso de la versión electrónica de la guía.

Segundo.—El apartado 2.º del artículo 12 recoge el derecho de abonados a tener la oportunidad de decidir si sus datos personales figuran en una guía pública y, en su caso cuáles de ellos, en la medida en que tales datos sean pertinentes para la finalidad de la guía que haya estipulado su proveedor, y de comprobar, corregir o suprimir tales datos. Derecho recogido en el apartado 2.º, del artículo 67 RSUYSP en los siguientes términos: «El abonado tendrá derecho, de forma gratuita, a que se le excluya de una guía impresa o electrónica a petición propia, a indicar que sus datos personales no se utilicen para fines de venta directa, a que se omita parcialmente su dirección y a que no exista referencia que revele su sexo, cuando ello sea aplicable lingüísticamente».

Tercero.—El apartado 3.º del artículo 12 establece que los Estados miembros deberán garantizar que para cualquier finalidad de una guía pública distinta de la búsqueda de datos de contacto de personas a partir de su nombre y, si resulta necesario, de un mínimo de otros identificadores, se requiera el consentimiento específico de los abonados.

En nuestro derecho interno no se requerirá el consentimiento de los abonados como dispone la Orden 711/2002 del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 26 de marzo, cuando se trate de los datos «estrictamente necesarios para identificar al abonado concreto», a saber: nombre y apellidos o razón social, número/s y dirección postal, exceptuando piso, letra y escalera. Para otros datos, por el contrario, se requerirá el «consentimiento inequívoco» entendiéndose que tal existe cuando el abonado se haya dirigido a su operador o proveedor por escrito solicitándole que amplíe sus datos personales que figuran en la guía, o cuando el operador o proveedor solicite al abonado su consentimiento y éste le responda fehacientemente en el plazo de un mes. En cuanto a las guías electrónicas la Orden 711/2002 no permite que se incorporen facilidades de búsqueda a partir del número de teléfono u otro recurso identificativo del abonado.

g) *Comunicaciones no solicitadas*

El correo electrónico se incluye entre las modalidades de uso restringido quedando, por tanto, sujeto a las reglas del consentimiento previo (art. 13.1 Directiva). La reciente Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico⁽⁴¹⁾ recoge en su artículo 21 la prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

Sin embargo, se introduce una importante excepción a esta regla general al permitirse la utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana, fax o correo electrónico por parte de quienes hayan obtenido la dirección de correo electrónico directamente de sus clientes, en el contexto de la compraventa de un producto o de un servicio, y siempre que se ofrezca con absoluta claridad a los clientes, sin

⁽⁴¹⁾ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. «BOE» núm. 166, de 12 de julio.

cargo alguno y de manera sencilla, la posibilidad de oponerse a dicha utilización de las señas electrónicas en el momento en que se recojan los mismos.

El resto de comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa se rigen por el apartado 3.º, del artículo 13 que permite a los Estados el escoger entre aplicar la regla del *opt in* o del *opt out*. En nuestro país, el artículo 68 del RSUYSP ⁽⁴²⁾ opta en su apartado 2 por emplear el sistema de *opt out*, en los siguientes términos «Las llamadas no solicitadas por los abonados con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en el apartado anterior, podrán efectuarse salvo las dirigidas a aquellos que hayan manifestado su deseo de no recibir dichas llamadas».

IV. Conclusiones

La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones está sujeta a las disposiciones generales de la LOPD que desarrolla del artículo 18.4 CE y, en segundo lugar, por el artículo 50 LGTT y normas de desarrollo, contenidas, en particular en el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones, en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones y que incorpora la Directiva 97/66/CE, actualmente derogada y sustituida por la Directiva 2002/58/CE de 12 de julio relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Estas normas conceden un conjunto de derechos para los abonados y usuarios a los servicios de comunicaciones electrónicas así como un cúmulo de obligaciones para los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones. Son derechos que desarrollan la protección de datos como derecho fundamental regulado en la LOPD. Por su parte los operadores de telecomunicaciones y los proveedores de servicios que explotan las tecnologías de la información deben construir redes, equipos y programas que aseguren la «privacidad» de los usuarios y el acceso anónimo a las redes y servicios de telecomunicaciones. Esta y el conjunto de garantías regulado en la legislación convierte a operadores y proveedores de servicios públicos en los «responsables» a efectos del régimen sancionador administrativo, civil y penal.

⁽⁴²⁾ RSUSYP: Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, aprueba el reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones, en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones.