

LA LIBERTAD INFORMÁTICA, UN NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL DESVELADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (STC 254/1993, DE 20 DE JULIO)

JOSÉ MANUEL ASPAS ASPAS

SUMARIO: I. Introducción. — II. Relato fáctico. — III. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 18.4 CE. — IV. Voto particular: la necesidad de interpositio legislatoris. — V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. En el suplemento del «*Boletín Oficial del Estado*» número 197, de 18 de agosto de 1993, se publicó la sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio (1), dictada por su Sala 1.^a, en un recurso de amparo promovido por un ciudadano ante la denegación presunta por el Gobernador civil de Guipúzcoa y del Ministro del Interior, de una solicitud de información sobre los datos de carácter personal existentes sobre él en los ficheros automatizados de la Administración del Estado, denegación confirmada en la vía judicial contencioso-administrativa.

2. La importancia de esta sentencia estriba en ser la primera aproximación del Tribunal Constitucional español al artículo 18.4 de la Constitución española (en adelante, CE), al problema de las relaciones entre la informática y los derechos fundamentales.

El segundo aspecto que cabe destacar de la sentencia comentada es la aplicación del artículo 10 CE, en el que figuran como parámetro interpretativo de los derechos fundamentales los tratados y convenios internacionales. Esta cuestión, en cambio, no es novedosa, ya que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la cuestión.

Sin embargo, en el caso concreto —aplicación del *Convenio 108*,

(1) También puede consultarse en el *BJC* 148-149 (1993), pp. 263-271.

del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, ratificado por el Instrumento de 27 de enero de 1984— (2) la opinión no es unánime, ya que en la sentencia un magistrado formula un voto discrepante.

La tesis central sobre la que gira la decisión del juez constitucional es la «construcción» jurisprudencial de los derechos fundamentales y, en cierta medida, el activismo judicial del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales.

Al hilo de la exposición veremos como el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el papel del legislador al regular los derechos fundamentales y sobre un concepto central en la conformación de los derechos fundamentales, su contenido esencial (artículo 53.1 CE).

II. RELATO FÁCTICO

1. Un ciudadano solicitó por escrito en marzo de 1986 al Gobernador civil de Guipúzcoa lo siguiente:

«1.º Que se me comunique si la Administración del Estado o cualquier organismo de ella dependiente dispone de ficheros automatizados donde figuren mis datos de carácter personal.

2.º Que en caso afirmativo se me indique la finalidad principal de dichos ficheros, la autoridad que los controla y su residencia habitual.

3.º Que se me comuniquen los datos existentes en dichos ficheros referidos a mi persona, de forma inteligente (sic) y sin demora».

Ante la inactividad de la Administración, el interesado denunció la

(2) El Convenio 108 fue publicado en el *Boletín Oficial de Estado*, núm. 274, de 15 de noviembre de 1985. En la publicación se hace constar que el Convenio entró en vigor de forma general y para España el 21 de octubre de 1985, tras haber sido ratificado por cinco de los Estados miembros. En 1988, de los veintidós Estados miembros del Consejo de Europa, ocho habían ratificado el Convenio 108 (Austria, Francia, España, Luxemburgo, Noruega, R.F. de Alemania y Suecia); otros diez habían expresado mediante su firma su voluntad de ratificarlo (Bélgica, Chipre, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Italia, Islandia, Países Bajos, Portugal y Turquía). Vid. S. RIPOL CARULLA: «El Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal: balance a los siete años de su apertura a la firma», en AA.VV., *Congreso sobre Derecho Informático. Texto de ponencias y comunicaciones*. Edición previa, 22-24 de junio de 1989, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, pp. 395-413.

mora e interpuso recurso administrativo de alzada ante el Ministro del Interior, que fue desestimado por silencio.

2. La denegación por silencio administrativo negativo fue confirmada en la vía contencioso-administrativa, en las dos instancias, en la primera por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona de 23 de septiembre de 1986 y en apelación ante el Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 8.ª), por su sentencia de 30 de abril de 1990 (*Aranzadi 3360*).

3. La Audiencia Territorial dictó sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo por entender que

«la petición del recurrente goza de apoyo mediato en el Convenio de 28 de enero de 1981, ratificado por Instrumento de 17 de enero de 1984, sobre protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, pero no es más cierto que la aplicación directa del mismo se halla supeditada, como establece el artículo 4.1 del Convenio, a la adopción por cada parte, en su Derecho interno, de las medidas necesarias para que sean efectivos los principios básicos para la protección de datos a que se refiere el Convenio, previsión coincidente con la del artículo 94.1.e) de la Constitución española, sobre la posible exigencia de medidas legislativas para la ejecución de los tratados o convenios (...), aunque pueda entenderse, con arreglo al artículo 96.1 de la Constitución, que el Convenio en cuestión se ha incorporado automáticamente al ordenamiento [requiere actividad] legislativa y reglamentaria para su aplicación, actividad que el Estado no ha desarrollado en el presente caso, sin perjuicio, claro está de su eventual exigencia por los demás firmantes del Convenio, y por ello se estiman ajustados a derecho los actos administrativos impugnados y procede la desestimación del recurso» (fundamento de derecho 1.º).

4. El Tribunal Supremo confirmó la necesidad del complemento de la actividad legislativa y reglamentaria interna para su aplicación práctica en España (*fundamento de derecho 3.º*). Añade que el propio recurrente está reconociendo la necesidad de tal complemento al alegar la existencia de reglamentos administrativos internos referidos a la protección de datos personales, que no contienen alusión alguna al Convenio, y al alegar la existencia de un anteproyecto de ley orgánica sobre la materia, lo que pone de manifiesto la necesidad de su promulgación para una efectiva aplicación de las normas del Convenio (*fundamento de derecho 2.º*) (3).

(3) M. A. DAVARA RODRÍGUEZ opina que el Convenio no es una norma de aplicación o efecto directo y da noticia de la STS de 30-4-1990. Vid. su *Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona, 1993, pp. 64 y 65.

5. El demandante apoya su petición de amparo en los derechos del artículo 18.1 y 4 CE y en la aplicación del Convenio del Consejo de Europa, por el artículo 10.1 CE.

El recurrente sostiene en su demanda de amparo que la negativa a comunicarle la información solicitada por inactividad administrativa vulnera los derechos fundamentales del artículo 18 CE, por las siguientes razones:

a) Los derechos a la propia imagen y a la intimidad reconocidos en el artículo 18.1 CE surten efectos por sí mismos.

b) El artículo 18.4 CE es un refuerzo de los anteriores derechos, sin que al dirigir un mandato al legislador queden en suspenso los derechos reconocidos en el apartado 1.

c) El Convenio es una regulación legal suficiente, aunque incompleta, de la previsión del artículo 18.4 CE, especialmente sus artículos 4 y 9. Su validez interna se deduce del artículo 1.5 del Código civil y del 96.1 CE.

d) La Administración no puede invocar el incumplimiento de su obligación de adoptar medidas necesarias para el desarrollo interno de las previsiones del Convenio para incumplirlo. Esta postura vulneraría los artículos 27 y 46 del Convenio de Viena sobre los tratados y los artículos 1.256 y 1.115 del Código civil.

e) El artículo 8 a) del Convenio 108 surte efecto directo porque es el reconocimiento de un derecho, invocable directamente por los ciudadanos, incluso en ausencia de regulación interna, porque no puede ser regulado de otra manera.

f) El Convenio 108 no admite una regulación diferente en el ordenamiento interno. Aunque su cumplimiento pueda ser exigido por los restantes Estados parte del mismo, ello no impide su exigibilidad directa por los ciudadanos, incluso en ausencia de regulación interna, porque no puede ser regulado de otra manera.

g) Si el Convenio no pudiera ser invocado directamente, tendría valor interpretativo de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución por imperativo del artículo 10.2 CE, lo que llevaría a concluir que el contenido esencial de los derechos a la intimidad y a la propia imagen integra el derecho de los ciudadanos a conocer los datos que constan sobre ellos en los archivos automatizados de las Administraciones públicas.

6. El Ministerio Fiscal, en el trámite de alegaciones ante el Tribu-

nal Constitucional, informó favorablemente el otorgamiento de amparo, teniendo en cuenta que:

a) El Convenio 108 no es un desarrollo del derecho fundamental a la intimidad, que exige ley orgánica, a tenor del artículo 81.1 CE.

b) El Convenio es el marco de la regulación del derecho fundamental a la intimidad, por ser una ampliación sectorial de su ámbito, en lo referente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (artículo 53.1 CE).

c) El Convenio es una medida de rango legal que respeta el contenido esencial del derecho a la intimidad, regulando un aspecto específico. El Convenio otorga un derecho a obtener información que se encuentra formulado con suficiente nitidez para no necesitar de mayores aclaraciones, sin que sean precisos complicados sistemas a la hora de llevarlo a efecto.

d) La interpretación efectuada por los Tribunales es obstativa; no es la más adecuada a la efectividad del derecho fundamental a la intimidad.

El Ministerio Fiscal efectúa interesantes consideraciones sobre el contenido del derecho a la intimidad. Así, afirma que frente al contenido negativo de exclusión que la intimidad tenía en un primer momento, en nuestros días la *privacy* se concibe como una libertad positiva para ejercer un control sobre los datos referidos a la propia persona, que han salido ya de la esfera de la intimidad para convertirse en elementos de un archivo electrónico.

El Ministerio Fiscal denomina el derecho del artículo 18.4 CE como «libertad informática», que no es la libertad de negar información sobre los propios hechos privados o datos personales, sino la libertad de controlar el uso de esos mismos datos insertos en un programa informático: lo que se conoce con el nombre de *habeas data*. Estas ideas permiten determinar el contenido esencial de la libertad informática, ya que son las ideas generalmente admitidas hoy entre los juristas y en el derecho comparado.

En el caso concreto, el Ministerio Fiscal afirma que se ha vulnerado el contenido esencial del derecho a la intimidad del solicitante de amparo, por la negativa de la Administración a permitirle todo acceso a los datos a él referentes contenidos en archivos públicos automatizados, datos que tenía derecho a controlar por reconocérselo una norma con rango legal, sin necesidad a esperar ulteriores desarrollos legislativos o reglamentarios.

7. Por su parte, el abogado del Estado se opone al otorgamiento del amparo. Aduce las siguientes razones:

a) Una cuestión procesal al no haber alegado el recurrente en la vía administrativa ni contencioso-administrativa lesión alguna de derechos fundamentales, sino que afirmaba el carácter *self executing* del artículo 8 del Convenio 108.

b) Una cuestión de competencia, organización y procedimiento. El recurrente pidió una prestación informativa (*facere*) del Gobierno civil (y del Ministerio del Interior), como representante permanente del Gobierno de la Nación en la provincia. Este órgano carecía de los medios precisos para satisfacer la pretensión informativa. La información sólo se hubiera podido suministrar si el legislador hubiera atribuido a los Gobiernos civiles y al Departamento ministerial de Interior la competencia y los medios para ello, organizando las garantías complementarias previstas en el artículo 8 del Convenio europeo de 1981.

c) El derecho fundamental a la intimidad y a la propia imagen no incluyen derechos de prestación. El mandato del artículo 18.4 requiere una intervención legislativa previa para asegurar la protección de los datos personales, ya que mientras no se produzca faltará la organización y los procedimientos para asegurar su protección.

d) Por último, la garantía constitucional en la materia del artículo 18 CE se refiere al mínimo esencial, que opera mejor como defensa o razón jurídica para resistir una injerencia que como título para imponer deberes de prestación a los poderes públicos: así, la negativa de un ciudadano, en determinados casos, a suministrar datos relativos a su origen racial o a su vida sexual, pero difícilmente se pueden garantizar prestaciones informativas sin crear la apropiada organización.

III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARTÍCULO 18.4 CE

1. El Tribunal Constitucional en su sentencia centra la cuestión planteada en el recurso de amparo en «determinar si la negativa a suministrar la información solicitada vulnera o no los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen que reconoce el artículo 18 CE tanto en su apartado 1 como en el 4» (*fundamento jurídico 1*).

2. El Tribunal rechaza la cuestión preliminar del defecto procesal de la falta de invocación del derecho fundamental en la vía judicial previa ya que lo esencial es el derecho fundamental que se defiende, no la cita del artículo de la Constitución que lo proclama, que además sí fue citado (*fundamento jurídico 2*).

3. Igualmente rechaza las afirmaciones acerca de la imposibilidad

material de la Administración para atender la petición del recurrente. La cuestión que se debate en el proceso de amparo es si el actor tenía o no derecho, en virtud el artículo 18 CE, a que la Administración le suministrase la información que solicitaba. Si tiene derecho a ella, es deber de todos los poderes públicos poner los medios organizativos y materiales para procurársela; si no tiene derecho, es irrelevante el que dichos medios existan o no.

La Administración no puede beneficiarse de su silencio, inactividad o falta de su obligación de resolver expresamente. Al no dar respuesta alguna a la solicitud del ciudadano ha forzado a éste a acudir a los tribunales, lo que podría infringir el derecho fundamental del art. 24.1 CE (*fundamento jurídico 3*).

4. Como el Tribunal Constitucional anuncia, «el nudo gordiano del presente recurso consiste en determinar si las dos primeras letras del artículo 8 del Convenio del Consejo de Europa sobre protección de datos personales surten efecto directo, o en su caso interpretativo, en relación con los derechos fundamentales que enuncia el artículo 18 CE» (*fundamento jurídico 4*).

El artículo 8 (*Garantías complementarias para la persona concernida*), letras a) y b) del Convenio dispone:

«Cualquier persona deberá poder:

a) conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sus finalidades principales, así como la identidad y residencia habitual o el establecimiento principal de la autoridad controladora del fichero;

b) obtener a intervalos razonables y sin demora o gastos excesivos la confirmación de la existencia o no en el fichero automatizado de datos de carácter personal que conciernan a dicha persona, así como la comunicación de dichos datos en forma inteligible».

La solicitud presentada por el ciudadano a la Administración coincide sustancialmente con los dos apartados transcritos del artículo 8 del Convenio.

5. El Tribunal Constitucional, consciente del carácter histórico de los derechos fundamentales, halla en el número 4 del artículo 18 CE un nuevo derecho fundamental, la denominada doctrinalmente libertad informática o derecho a la autodeterminación informativa, sin darle nombre, aunque refiriéndose a su objeto.

En opinión del Tribunal Constitucional la Constitución, en virtud de los dispuesto en el artículo 18.4,

ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, 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 del uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama 'la informática'» (fundamento jurídico 6) [Los subrayados son nuestros].

El Tribunal Constitucional aborda este nuevo derecho desde una doble perspectiva: por una parte, como un instituto de garantía de otros derechos; y por otra, como un derecho o libertad fundamental en sí mismo. Frente a la dicotomía sobre si el artículo 18.4 configura un derecho fundamental o una garantía institucional, el Tribunal Constitucional opta por la doble caracterización. Esta solución acumulativa supera la dificultad que supone predicar que el legislador dispone de mayor libertad de conformación en el caso de las garantías institucionales que en las de los derechos fundamentales, distinción que aparece en la STC 26/1987, sobre la Ley de reforma universitaria (fundamento jurídico 4 y voto particular segundo), aunque la praxis del Tribunal Constitucional desdibuja la distinción, al exigir lo mismo en uno y otro caso (4).

El Tribunal Constitucional acoge la distinción entre derecho-institución y derechos-titularidades. Mientras que el primero, la libertad informática, está reconocido en la Constitución, los segundos esperan su desarrollo legislativo. Una vez formalizado un instituto jurídico, su núcleo institucional genera una amplia esfera de titularidades subjetivas. El derecho-institución genera una pluralidad de derechos-titularidades, adoptando la terminología de LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (5).

En el párrafo transcrito hallamos acotado el bien jurídico protegido

(4) J.M. BAÑO LEÓN: «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *REDC* 24 (1988), pp. 155-179.

(5) L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: «Régimen constitucional de los derechos fundamentales», en L. MARTÍN-RETORTILLO e I. de OTTO y PARDO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1988, pp. 56-58.

por el nuevo derecho. No es sólo la intimidad y la propia imagen (6), a la que se refería el propio demandante de amparo, sino la *intimidad informática*, que superaría la noción tradicional de la intimidad, con el objeto de preservar la información individual —íntima y no íntima— frente a su utilización incontrolada por medios informáticos (7). El bien jurídico protegido es la identidad informativa, manifestación de la *identidad de la persona*.

El derecho a la autodeterminación informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) o libertad informática es una construcción jurisprudencial y doctrinal. Fue enunciado por el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 15 de diciembre de 1983, sobre la Ley del censo de 31 de marzo de 1982 (8), como un derecho ligado al derecho a la personalidad (art. 2.1 *Grundgesetz*). En Alemania se ha considerado, más que un nuevo derecho fundamental, una especificación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. La doctrina ha intentado configurarlo como un derecho autónomo, correspondiente a la tercera generación de derechos fundamentales (9).

El problema que plantea el nuevo derecho fundamental es la ausencia —hasta la aprobación, publicación y entrada en vigor de la *Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*— (10), de un desarrollo legislativo del mismo. El Tribunal Constitucional afirma que «los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos,

(6) Vid. J. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Cívitas, Madrid, 1993. Además, entre la abundante bibliografía sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, vid. F. HERRERO-TEJEDOR: *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, 2.ª ed., Madrid, 1994, quien al analizar el concepto de *privacy*, se hace eco de la STC 254/93; *op cit.*, pp. 42-44.

(7) Vid. A. E. PÉREZ LUÑO: «Libertad informática y derecho a la autodeterminación informativa» en AA.VV., *Congreso sobre Derecho Informático. Texto de ponencias y comunicaciones. Edición previa*, 22-24 de junio de 1989, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, pp. 359-376. También P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *El derecho a la autodeterminación informativa. La protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Tecnos, Madrid, 1990.

(8) La sentencia se publicó en *BVerfGE*, vol. 65, pp. 1 y ss; hay traducción castellana de M. DARANAS en el *BJC* 33 (1984), pp. 126-170.

(9) Sobre los derechos fundamentales de la tercera generación vid. A. E. PÉREZ LUÑO: «Los derechos humanos en la sociedad tecnológica», en M.G. LOSANO, A.E. PÉREZ LUÑO, M.ª F. GUERRERO MATEUS, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, CEC, Madrid, 1989, pp. 142-145. I. ARA PINILLA: *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 112-165.

(10) La Ley orgánica 5/1992 fue publicada en el *BOE* núm. 262, de 31 de octubre de 1992, y entró en vigor a los tres meses de su publicación, es decir, el 31 de enero de 1993.

y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos». La aplicabilidad inmediata es un principio general que no tiene más excepciones que las que imponga la propia Constitución, expresamente o bien por la naturaleza de la norma.

La reserva de configuración legal —afirma el Tribunal Constitucional— establecida en el artículo 18.4 CE hace que el derecho en él reconocido no tenga más que un contenido mínimo hasta que la regulación se produzca.

Retomando la distinción entre derecho-institución y derechos-titularidades, podemos afirmar que mientras que el primero está reconocido en la Constitución, los segundos esperan su desarrollo legislativo. La *interpositio legislatoris* es necesaria no para reconocer el derecho a la autodeterminación informativa, sino para regularlo. El valor normativo de la Constitución queda reafirmado por el Tribunal Constitucional al mantener la aplicabilidad inmediata del nuevo derecho enunciado en el artículo 18.4 CE.

6. La siguiente cuestión a la que debe enfrentarse el Tribunal Constitucional es identificar el contenido mínimo, provisional, de este derecho o libertad, aun en ausencia de desarrollo legislativo del mismo. Este contenido es doble: por una parte, negativo y, por otra, positivo.

El contenido negativo del derecho es el elemental que se deduce de su enunciado literal y que conecta con los límites de la utilización de la informática en el tratamiento automatizado de datos de carácter personal:

«el uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y a la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derechos» (fundamento jurídico 7).

El contenido positivo lleva a la idea de control efectivo sobre el objeto o bien jurídico protegido y a que el Tribunal Constitucional acepte la tesis del Ministerio Fiscal y dé nombre al nuevo derecho fundamental:

«la efectividad de ese derecho puede requerir inexcusablemente de alguna garantía complementaria (...) la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada 'libertad informática' es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)» (fundamento jurídico 7).

El Tribunal Constitucional adopta una terminología ambigua respecto al contenido del derecho fundamental a la libertad informática, al referirse a su contenido mínimo, provisional, en tanto no se produzca su

desarrollo legislativo. Hay que rechazar el calificativo de contenido *provisional*, ya que el contenido negativo y positivo mínimo identificado es el contenido *esencial* del derecho fundamental (artículo 53.1 CE) (11), como acertadamente lo calificaba en sus alegaciones el Ministerio Fiscal. Independientemente del desarrollo legislativo, ese núcleo duro del derecho, tanto en su aspecto negativo como positivo, no puede ser desconocido por ningún poder público: ni por el ejecutivo y su Administración, ni por los jueces y tribunales, ni por el propio legislador. Es un contenido irreductible. El contenido esencial de la libertad informática es la parte de contenido del derecho irresistible al propio legislador.

7. Una vez identificado el derecho fundamental o libertad informática y su contenido mínimo o esencial, el Tribunal Constitucional recurre al auxilio interpretativo de los tratados o convenios sobre esta materia suscritos por España.

El Tribunal Constitucional afirma que *«los textos internacionales ratificados por España pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos recogidos en la Constitución, como hemos mantenido, en virtud del artículo 10.2 CE»* (fundamento jurídico 6).

El Tribunal Constitucional otorga el amparo por las pautas interpretativas que proporciona el Convenio de protección de datos personales de 1981 (12):

«La realidad de los problemas a los que se enfrentó la elaboración y ratificación de dicho tratado internacional, así como la experiencia de

(11) Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales como garantía y valor absoluto de los mismos, *vid.* L. PRIETO SANCHÍS: «Los derechos fundamentales y el poder legislativo», en *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 139-152. También I. de OTTO Y PARDO: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en L. MARTÍN-RETORTILLO e I. de OTTO Y PARDO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 93-172.

(12) Sobre el alcance y virtualidad del art. 10.2 CE *vid.* J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS: «Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona», en O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, EDESA, Madrid, 1984, vol. II, pp. 137 y ss; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. LINDE, L.I. ORTEGA y M. SÁNCHEZ MORÓN: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos*, Civitas, Madrid, 2.ª ed, 1983, pp. 179-203; C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE: *La aplicación del Convenio europeo de derechos humanos en España*, Tecnos, Madrid, 1988, *in totum*, especialmente, pp. 51-56; F.J. EZQUIAGA GANUZAS: *La argumentación en la justicia constitucional española*, IVAP, Oñati, 1987, pp. 325-328, para quien el art. 10.2 CE recoge un criterio interpretativo comparativo.

los países del Consejo de Europa que ha sido condensada en su articulado, llevan a la conclusión de que la protección de la intimidad de los ciudadanos requiere que estos puedan conocer la existencia y los rasgos de aquellos ficheros automatizados donde las Administraciones públicas conservan datos de carácter personal que les conciernen, así como cuáles son esos datos personales en poder de las autoridades» (fundamento jurídico 7).

El contenido esencial del derecho incluye las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados:

«dichas facultades de información forman parte del contenido del derecho a la intimidad, que vincula directamente a todos los poderes públicos, y ha de ser salvaguardado por este Tribunal, haya sido o no desarrollado legislativamente» (fundamento jurídico 7).

El Tribunal Constitucional en la sentencia parece reducir el artículo 18.4, pese a las referencias a la libertad informática, al derecho a la intimidad del apartado 1 del artículo 18, al afirmar que

«las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados (...) son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el artículo 18 CE, y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos» (fundamento jurídico 7).

8. La sentencia, en su fundamento jurídico noveno y último, alude a la *Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD)* (13), aprobada durante la sustanciación del recurso de amparo, que refuerza las conclusiones a las que ha llegado el Tribunal en sus anteriores razonamientos.

V. VOTO PARTICULAR: LA NECESIDAD DE *INTERPOSITIO LEGISLATORIS*

La sentencia comentada tuvo un voto particular formulado por el magistrado y presidente don M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER. La opinión discrepante se apoya en los siguientes razonamientos:

a) La existencia del Convenio por sí misma no puede implicar un

(13) Sobre la LORTAD, *vid.* P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: *Informática y protección de datos personales. Estudio de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*, CEC, Madrid, 1993.

efecto directo e inmediato que obligue a los poderes públicos a su ejecución prescindiendo de la necesaria intermediación legislativa, como efectivamente ha hecho la Ley orgánica 5/1982, de 29 de octubre. Únicamente a partir de la entrada en vigor de esta Ley, los derechos reconocidos en ella, en cuanto desarrollo del derecho a la intimidad, pueden ser objeto de tutela y protección a través del recurso de amparo.

b) El Convenio de 1981 no puede hacer las veces de la legislación a la que remite el artículo 18.4 CE.

c) Para las Cortes Generales dictar esa legislación es un imperativo constitucional. La inactividad legislativa no da lugar a la habilitación de procedimientos extralegislativos por la Administración o por los Tribunales.

d) La carencia de ley sólo permitía amparar la negativa de la persona a suministrar determinados datos a la Administración.

e) El Convenio, a su juicio, se está utilizando como elemento de integración ante la demora en el desarrollo legislativo, y no como una fuente interpretativa.

El magistrado discrepante niega que forme parte del contenido mínimo esencial del derecho a la libertad informática su aspecto positivo; su contenido esencial quedaría reducido al aspecto negativo.

V. CONCLUSIONES

1. El Tribunal Constitucional en la sentencia comentada hace reconocible un nuevo derecho fundamental en el apartado 4 del artículo 18 de la CE, que denomina libertad informática.

Pese a las dudas sobre su autonomía conceptual respecto al derecho a la intimidad, que se aprecian en los distintos fundamentos jurídicos, se puede afirmar que la identificación de un objeto jurídico protegido (la intimidad informática o identidad informativa, manifestación de la identidad de la persona), permite afirmar que es un derecho autónomo que guarda relación de complementariedad con otros derechos y libertades fundamentales, como son la intimidad, la libertad ideológica, religiosa y de culto, la de expresión y de información, sin que el Tribunal Constitucional llegue a tal conclusión.

2. El contenido esencial de la libertad informática está integrado por dos aspectos: un contenido negativo, la negativa de los ciudadanos a suministrar determinados datos personales; y, un contenido positivo, el derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. Es un

contenido mínimo que tendrá un contenido adicional cuando se desarrolle legislativamente el artículo 18.4 CE. En el voto disidente sólo se reduce el contenido esencial al aspecto negativo.

Sólo podemos admitir que se califique de contenido provisional el anterior contenido mínimo, si la provisionalidad se refiere a la situación pre-legislativa, pero será un ámbito irresistible al propio legislador, un límite de la delimitación legal del derecho fundamental.

3. El Convenio europeo de protección de datos personales de 1981 es un criterio interpretativo en virtud del artículo 10.2 CE del derecho fundamental desvelado en el artículo 18.4 CE. Aunque no se afirme el carácter de *self-executing* del Convenio se llega en la práctica a la misma conclusión, ya que el artículo 8 del Convenio integra el contenido esencial positivo de la libertad informática. Esta utilización del Convenio como norma de integración del artículo 18.4 CE es reputada no ajustada al artículo 10.2 CE en el voto particular, ya que rebasa su uso como fuente interpretativa.

4. El Tribunal Constitucional a través de este recurso de amparo, además de resolver el caso concreto, ha realizado una función interpretativa y definitiva del alcance y contenido del artículo 18.4 CE. Sin extralimitarse de su función como intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional realiza una función «recreadora» del Derecho, en este caso, al identificar el derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática y su contenido esencial.

Asistir al nacimiento de un nuevo derecho fundamental siempre es emocionante. Un derecho fundamental, en un sistema normativo positivo y formal, como es el español, existe en la Constitución, pero en ocasiones está velado. En la tarea de desvelamiento colaboran los autores que elaboran la doctrina científica; pero no sólo ellos, sino también ciudadanos, individuales o asociados, que luchan por el derecho, en el sentido que a este tópico diese Rudolph von IHERING (14), conscientes de que son titulares de nuevos derechos fundamentales. Por último, la reflexión doctrinal junto con el ejercicio práctico hacen llegar al auténtico creador del derecho, el juez —integrado en el Poder judicial o en la Justicia constitucional—, al alumbramiento de un nuevo derecho fundamental, que será legado a generaciones futuras de ciudadanos; en definitiva, una creación intelectual que es signo del progreso humano (15).

(14) R. von IHERING: *La lucha por el derecho*, Doncel, Madrid, 1976. Prólogo a la edición española de Leopoldo Alas «Clarín»; título original, *Der Kampf ums Recht*, 1872, traducción de Adolfo Posada.

(15) Sobre el papel de los estudiosos y el papel del Tribunal Constitucional en la construcción dogmática, *vid.* L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: «Régimen constitucional de

De este proceso descrito de «creación» del derecho es un ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio, que ha sido objeto del presente comentario, en la que, junto con otras cuestiones, hemos encontrado lo que constituye la esencia de un derecho: su realidad. Esta sentencia es el punto de partida de reconocimiento de la libertad informática o derecho a la autodeterminación informativa, sobre el que volverá a pronunciarse el Tribunal Constitucional cuando resuelva los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, contra determinados preceptos de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Defensor del Pueblo, el Parlamento de Cataluña, y el Grupo Parlamentario Popular, admitidos a trámite por el Alto Tribunal (16) (17).

los derechos fundamentales», en L. MARTÍN-RETORTILLO e I. de OTTO Y PARDO, *op. cit.*, pp. 59-61.

(16) Por providencias de 9 de febrero de 1993, el Tribunal Constitucional admitió a trámite los recursos de inconstitucionalidad números 201, 219, 226 y 236, del año 1993, planteados por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Defensor del Pueblo, el Parlamento de Cataluña, y el Grupo Parlamentario Popular, respectivamente, cuyo anuncio fue publicado en el *BOE* núm. 43, de 19 de febrero de 1993. Los preceptos impugnados son el 24, 31, 39, 40.1, 40.2 y disposición final 3.ª (r. i. núm. 201/93); artículos 19.1, incisos del 22.1, primer párrafo del 22.2 (r. i. núm. 219/93); artículos 24, 31, 40.1 y 40.2 (r. i. 226/93); artículos 6.2, 19.1, 20.3, 22.1, 22.2 y los conexos (r. i. núm. 236/93).

(17) En prensa este comentario se han publicado otros dos a esta misma STC, debidos a Luis Miguel ARROYO YANES, «El derecho de autodeterminación informativa frente a las Administraciones públicas», *Revista Andaluza de Administración Pública* 16 (1993), pp. 119-139 y a Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ, «Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo», *Revista Española de Derecho Constitucional* 41 (1994), pp. 187-224. También alude a la sentencia Carlos RUIZ MIGUEL en su trabajo «En torno a la protección de los datos personales automatizados», *Revista de Estudios Políticos* 84 (1994), pp. 237-264.