

La protección de los datos de carácter personal

Eduardo CALVO ROJAS

I

Cuando un ordenamiento jurídico aborda por primera vez la regulación de una materia que se considera necesitada de control por parte de la Administración suelen considerarse presupuestos necesarios para que esa regulación sea efectiva, aparte de algunas precisiones terminológicas para clarificar conceptos con los que el destinatario de la norma no está familiarizado, el enunciado certero de los objetivos y principios que han de inspirar la ordenación que se pretende establecer; la instauración de un órgano o institución al que se encomiendan las tareas de gestión y de control; y, en fin, la articulación de los mecanismos de actuación a través de los cuales habrá de producirse aquella intervención administrativa en ese ámbito.

La normativa española sobre protección de datos de carácter personal parece cumplir, en principio, aquellos requisitos necesarios para su efectividad; y ello puede decirse tanto de la ya derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), como de la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

Centrándonos ahora en esta última norma, es fácil comprobar que la LOPD de 1999 incorpora en su artículo 3 las *definiciones* de los términos más específicos de la materia que se regula (datos de carácter personal, fichero, tratamiento de datos, responsable del fichero, encargado del fichero, procedimiento de disociación, cesión o comunicación de datos, fuentes accesibles al público,...); determina el *objetivo y el ámbito de aplicación de la Ley* dejando referido éste "... 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 y privado " (art. 2.1 LOPD); establece en sus artículos 4 a 12 los *principios de la protección de datos* (calidad de los datos, derecho de información, consentimiento del afectado, seguridad de los datos, deber de secreto y acceso a los datos por cuenta de terceros, con singular atención a determinados datos especialmente protegidos); encomienda a un ente público independiente, la *Agencia de Protección de Datos*¹, la gestión y fiscalización del cumplimiento de la normativa así como la tarea de orientar la actuación en este ámbito tanto de los particulares como de las Administraciones; y se establecen en la LOPD una serie de *cauces o mecanismos de actuación* como son el Registro General de ficheros de datos (art. 39); la

potestad de inspección (art. 40), la potestad sancionadora (arts. 43 a 49) y la potestad de gestión, incluyéndose en esta última la recepción de quejas y reclamaciones y el suministro de información así como la función orientadora que se canaliza a través de instrucciones, interpelaciones y consultas².

A todo ello cabe añadir que, al menos en lo que se refiere a su configuración constitucional, la protección que nuestro ordenamiento ha querido dispensar a los datos de carácter personal encuentra un innegable respaldo tanto en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³ como en las del Tribunal Constitucional español⁴. Entre los pronunciamientos de este último es obligado destacar la doctrina contenida en la STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (BOE de 4 de enero de 2001), que define y delimita el derecho a la protección de datos personales del artículo 18.4 de la Constitución como un derecho fundamental autónomo y distinto de los derechos al honor y a la intimidad personal reconocidos y amparado en el artículo 18.1 del propio texto constitucional⁵.

² Son muestra de esta labor normativa y didáctica de la Agencia de Protección de Datos sus instrucciones relativas a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito (Instrucción 1/1995, de 1 de marzo); sobre medidas que garantizan la intimidad de los datos personales recabados como consecuencia de la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un préstamo hipotecario (Instrucción 2/1995, de 4 de mayo); sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a edificios (Instrucción 1/1996, de 1 de marzo); sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los casinos y salas de bingo (Instrucción 2/1996, de 1 de marzo); la relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación (Instrucción 1/1998, de 19 de enero); o la relativa las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos (Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre). Debe notarse que esta última Instrucción 1/2000 fue impugnada en vía jurisdiccional y parcialmente anulada por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, de 15 de marzo de 2002 (Recurso 271/01).

³ Pueden verse, entre otras, las SsTEDH caso Laender de 26 de marzo de 1987, caso Z contra el Reino Unido de 25 de febrero de 1997, caso Funke contra Francia de 25 de febrero de 1993.

⁴ SsTC 110/1984, 154/1988, 254/1993 de 20 de julio, 143/1994, de 9 de mayo, 11/1998, 94/1998, 144/1999 y 290/2000.

⁵ Aun a riesgo de que la cita resulte demasiado extensa considero oportuno destacar de la fundamentación jurídica de esta STC 292/2000 los siguientes párrafos:

«...el artículo 18.4 CE contiene, en los términos de la STC 254/1993, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, 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 de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama la informática", lo que se ha dado en llamar "libertad informática" () 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 la vida privada 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, aquella 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). 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. 5º).

¹ Bajo la vigencia de la antigua Ley Orgánica 5/1992 se aprobó el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo (BOE nº 106 de 4 de mayo de 1993) cuya vigencia fue mantenida por la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica 15/1999

Pero todo ese entramado normativo e institucional —incluido el marchamo de rango constitucional— no ha logrado impedir que el ciudadano bien informado tenga la fundada percepción de que sus datos de carácter personal distan mucho de estar debidamente protegidos. A diario recibimos en nuestros domicilios envíos publicitarios en los que figuran datos personales que nosotros no hemos facilitado a la empresa anunciante; también es frecuente que entidades con las que mantuvimos hace años cualquier relación comercial nos sigan acosando con mensajes y recordatorios, como si sus sistemas informáticos más que una extensa memoria tuviesen un profundo rencor. Muchos ciudadanos han pasado por una desagradable experiencia al constatar que un incidente de morosidad con una determinada oficina bancaria en el que habían incurrido años atrás y que ya quedó en su día solventado sigue sin embargo reflejado mucho tiempo después en un “fichero de moroso” que les cierra las puertas a cualquier solicitud de crédito ulterior, con la misma o con cualquier otra entidad financiera. De cuando en cuando la prensa nos da noticias sobre el abandono en papeleras y contenedores, o directamente en la vía pública, de documentos o listados que contienen datos personales y reservados provenientes de bancos, empresas, hospitales, etc. En fin, ni siquiera aquellos datos a los que nuestra legislación quiere dispensar una especial protección (los que revelan la ideología, la militancia política o sindical, la orientación sexual, las creencias religiosas y los relativos a la salud) están libres de graves agresiones que se producen por des-

cuido o de manera intencionada en el ámbito de las relaciones empresariales, laborales o comerciales. Y como prueba de que no se trata aquí de exagerar, baste decir que todos los ejemplos enunciados, y algunos que volveremos a mencionar, están tomados de casos reales que han sido objeto de expedientes en la Agencia de Protección de Datos y de ulteriores recursos en vía jurisdiccional⁶.

En los párrafos que siguen expondremos algunos aspectos de la regulación vigente en esta materia y trataremos de aportar algunas notas que quizá ayuden a explicar que, pese a los logros alcanzados, nada desdeñables, la tarea para alcanzar una efectiva protección de los datos personales está apenas iniciada.

II

Si tomamos como referencia el Convenio del Consejo de Europa de 1981⁷ la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995⁸ podemos afirmar que la regulación contenida en nuestra LOPD de 1999 recoge de manera acertada los criterios que marca la normativa comunitaria; y en algunos aspectos la legislación española vigente establece unos mecanismos de protección más enérgicos que los que propugna aquélla⁹.

Hay aspectos en los que la norma comunitaria no sirve como elemento de contraste porque, sencillamente, la Directiva no se detiene en su regulación. Así sucede con el régimen de infracciones y sanciones, materia ésta que el artículo 24 de la Directiva remite íntegramente a la legislación interna de cada Estado miembro. Sin embargo, puede afirmarse que también en este aspecto sancionador la legislación española ha adoptado posiciones avanzadas al establecer un abanico de sanciones económicas considerablemente severas¹⁰. Por ello

“... De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo 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, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo . . .” (F. J. 6º)

“... De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que facultan a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuales 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. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quien dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos . . .” (F. J. 7º)

⁶ Cuando se habla aquí de revisión jurisdiccional se está haciendo referencia principalmente a pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, órgano que desde la entrada en vigor de la Ley reguladora de esta Jurisdicción de 1998 tiene atribuida la competencia para conocer de los recursos contra las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos (Disposición Adicional Cuarta.5 LJCA de 1998). El Tribunal Supremo está resolviendo por el momento recursos de casación relativos a litigios que se rigen por la antigua Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal (LORTAD) y, por tanto, no ha comenzado a emitir pronunciamientos directamente referidos a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). No obstante, las sentencias del Tribunal Supremo en este campo marcan una pauta interpretativa que no debe ser ignorada porque entre la legislación que en ellas se aplica y la norma ahora vigente existe una considerable semejanza y porque, además, alguna sentencia del Tribunal Supremo invoca ya como referente normativo los preceptos de la Ley Orgánica 15/1999 aunque no sea esta la norma aplicable al caso que allí se resuelve (véase como ejemplo la STS. Sala Tercera, Sección 6ª, de 6 de octubre de 2000).

⁷ Convenio 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.

⁸ 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.

⁹ En realidad, las pautas que establece la Directiva 95/46/CE estaban en buena medida anticipadas en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre.

¹⁰ Distinguiendo según se trate de infracciones leves, graves o

cabe señalar que si el régimen sancionador inserto en nuestra legislación sobre protección de datos personales presenta un flanco débil no es por la cuantía de las multas sino más bien por el lado de la tipificación de las infracciones, vertiente ésta que incurre en demasiadas generalidades e imprecisiones¹¹.

Pese a todo, no son los defectos de regulación —que los hay— sino factores de otra índole los que determinan que la legislación sobre protección de datos personales no haya dado aún todo el fruto que de ella cabía esperar.

Parece algo tópica la afirmación de que cuando el legislador aborda la regulación de una materia que considera necesitada de control suele recrearse estableciendo unos mecanismos de intervención aparentemente muy bien perfilados pero que luego la Administración no está en condiciones de poner en práctica, bien por falta de recursos adecuados bien, sencillamente, por falta del impulso necesario para su plena efectividad. Sin embargo en este caso el tópico no es enteramente certero pues uno de los principales logros de la normativa española ha consistido en la configuración de un órgano específico e independiente, la Agencia de Protección de Datos, que viene desarrollando una labor destacable no sólo en aquellos aspectos más plásticos y visibles de su actuación (actividad inspectora y sancionadora) sino en otras facetas más calladas y difusas como las relacionadas con la divulgación, la elaboración de instrucciones sobre modos de proceder tanto en el sector privado como en el público y, en fin, la tarea de persuadir a todos sobre el inexcusable deber de prestar la debida protección a un derecho fundamental del que muchos no tienen siquiera conciencia de que exista.

III

Este último aspecto que acabamos de mencionar, el de la generalizada falta de información sobre la existencia misma de este "derecho fundamental a la protección de los datos personales" reconocido como tal en la STC 292/2000, acaso constituye la causa más determinante de que los mecanismos de protección habilitados en la LOPD de 1999 no hayan desplegado todos sus efectos.

muy graves, el artículo 45 LOPD establece un catálogo de sanciones que van desde 100.000 pesetas (601,01 euros) hasta 100.000.000 pesetas (601.012,1 euros), disponiendo el artículo 45.4 que la cuantía de la sanción a imponer en cada caso "...se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de tratamientos afectados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad, a la reincidencia, a los daños y perjuicios causados (...) y a cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuricidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora".

¹¹ En el catálogo de infracciones que recoge el artículo 44 LOPD se incluyen tipificaciones tan poco precisas como las que se refieren a conductas consistentes en: "tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo..." (art. 44.3.d LOPD); "tratar los datos de carácter personal de forma ilegítima o con menosprecio de los principios y garantías que les sean de aplicación, cuando con ello se impida o atente contra el ejercicio de derechos fundamentales (art. 44.4.f); o la que tipifica como infracción "la obstrucción al ejercicio de la función inspectora" (art. 44.3.j).

Los ciudadanos se muestran todavía escasamente beligerantes en la defensa de este derecho fundamental de nuevo cuño. De otro modo no se explica el número relativamente bajo de denuncias que se formulan ante la Agencia de Protección de Datos frente al masivo cúmulo de infracciones de las que somos testigos o víctimas casi a diario. Así, sin necesidad de acudir a ejemplos que han tenido trascendencia en los medios de comunicación¹², cada vez que recibimos un envío publicitario personalizado remitido por alguien a quien no hemos facilitado nuestros datos estamos en presencia de una posible infracción grave o muy grave por tratamiento o cesión in consentidos de datos de carácter personal; también hay materia para investigar una posible vulneración de derechos cuando la anotación en un fichero de morosos es inexacta o se prolonga en el tiempo después de que el deudor haya regularizado su situación, cuando un colegio profesional o una empresa ceden a un tercero sus listas de colegiados o de clientes sin el consentimiento de éstos o cuando una base de datos o un determinado fichero incorporan datos personales sin justificar su procedencia y sin acreditar que provengan de fuentes accesibles al público¹³. Y, sin embargo, no sólo no se produce un número de denuncias medianamente proporcionado al cúmulo de infracciones potenciales sino que en la mayoría de los casos el ciudadano afectado ni siquiera es consciente de que pueda haber existido una vulneración de sus derechos.

Esta falta de concienciación resulta especialmente llamativa cuando se constata que una parte significativa de los procedimientos tramitados por irregularidades o vulneraciones en la protección de datos de carácter personal vienen motivados por la actuación de entidades y órganos administrativos —singularmente de la Administración Local— y de otras corporaciones de derecho público¹⁴, siendo así que todas estas entidades integradas en el sector público están igualmente sujetas a las disposiciones de la Ley Orgánica 15/1999, aunque con las

¹² Piénsese en los listados de llamadas telefónicas correspondientes a varios teléfonos particulares que la prensa publicó en relación con la crisis vivida en la Asamblea de Madrid tras las elecciones celebradas en mayo de 2003. Y no nos referimos, claro es, a las llamadas realizadas desde los teléfonos de determinado partido político o grupo parlamentario sino a las correspondientes a teléfonos estrictamente particulares cuyas relaciones de llamadas también fueron publicadas.

¹³ Según lo dispuesto en los artículos 6.2 y 11.2.b de la Ley Orgánica 15/1999 no resulta necesario el consentimiento de los afectados para el tratamiento y cesión de sus datos personales cuando tales datos hayan sido recogidos de una fuente accesible al público, encargándose la propia ley de definir lo que se entiende por fuentes accesibles al público (art. 3.j LOPD). Ahora bien, como la mayoría los que se ven sorprendidos manejando ficheros de datos cuya procedencia no ha quedado debidamente justificada alegan en su defensa que los han obtenido de fuentes accesibles al público, tanto en las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos como en las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional existe una variada gama de pronunciamientos en los que se aplica e interpreta aquella definición legal. Sirvan de muestra las sentencias de la Sala de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2001 (Recurso 531), 10 de enero de 2002 (Recurso 211/01) y 22 de noviembre de 2002 (Recurso 881/00).

¹⁴ Durante el año 2002 la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid expedió a 48 instituciones públicas (ayuntamientos, colegios, centros deportivos,...) por conductas irregulares en el manejo de ficheros de datos personales. Información publicada en el periódico "El País" de 8 de abril de 2003.

particularidades que la propia norma establece, y que, colocándonos en una posición deliberadamente ingenua, de los entes públicos debe siempre esperarse un plus de diligencia en todo lo relativo a la protección de los derechos fundamentales.

Cabe mencionar dos circunstancias que sin duda favorecen estas carencias que venimos señalando, tanto la falta de efectividad en la protección como la escasa beligerancia en la defensa del propio derecho. De un lado, si antes hemos señalado que la LOPD contiene un elenco de sanciones económicas de considerable cuantía ahora debemos añadir que ninguna de éstas puede imponerse cuando el responsable de la infracción es una Administración Pública pues en tal caso el artículo 46 LOPD (y lo mismo sucedía con el artículo 45 de la antigua LORTAD) excluye la sanción económica y limita el alcance de la resolución a que por parte del Director de la Agencia de Protección de Datos se establezcan las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción y, en su caso, se proponga la iniciación de actuaciones disciplinarias contra la autoridad o funcionario responsable¹⁵. Pues bien, aunque a algunos puede parecer un gesto prudente esta decisión del legislador de excluir las sanciones económicas cuando el infractor es una Administración Pública, debe notarse que este trato privilegiado no deriva de una exigencia constitucional ni es consustancial al juego de las relaciones interadministrativas y, de hecho, no existe esa misma cautela o deferencia en otros ámbitos de la acción administrativa¹⁶. Todo indica que el legislador ha sido consciente de que el incumplimiento era (y es) masivo en este ámbito, y muy particularmente destacada la falta de cumplimiento por parte de las Administraciones Públicas, y ha preferido seguir respecto de éstas la vía de la persuasión para la paulatina implantación de nuevos modos de actuar en materia de protección de datos.

En esa misma línea, y ésta es la segunda de las circunstancias a que antes aludíamos, cabe señalar que junto a un plazo razonable de tres años que la vigente Ley Orgánica 15/1999 estableció para que “los ficheros y tratamientos automatizados” preexistentes se adecuasen a sus determinaciones (disposición adicional primera LOPD), la propia norma estableció un período mucho más amplio, nada menos que doce años a contar desde la entrada en vigor de la Ley 15/1999, para la adecuación de los “ficheros y tratamientos no automatizados”. El amplísimo período de tiempo al que se extiende esta moratoria —que no concluirá hasta finales del año

2011— puede ser considerado como una muestra de prudencia del legislador para que la implantación de la nueva normativa no resulte excesivamente perturbadora; pero también puede verse en la inusual duración de aquel período de carencia un indicio de falta de determinación a la ahora de asumir la efectiva implantación de aquellos principios y pautas de actuación que la LOPD proclama con el mayor énfasis.

IV

Resulta necesario mencionar aquí un factor cuya toma en consideración resulta inexcusable a la hora de calibrar las posibles inercias y resistencias que dificultan la efectiva aplicación de los mecanismos legales previstos para una protección efectiva de los datos de carácter personal. Me refiero al formidable volumen de negocio real o potencial que subyace —a veces no se conoce pero se intuye— en la creación, el tratamiento, el uso y la cesión de toda clase de ficheros y bases de datos personales.

Si la información es poder —y en este caso el tópico es enteramente certero— no cabe duda de que su valor se incrementa enormemente si aquélla se presenta y ofrece en el mercado debidamente sistematizada, clasificada y con toda clase de posibilidades de acceso, criterios de búsqueda y selección, etc. El vertiginoso avance de la ingeniería informática y de las técnicas de almacenamiento y tratamiento de la información ofrece hoy día posibilidades que era inimaginables hace unos años; y ello ha propiciado el nacimiento y desarrollo no menos vertiginoso de toda una industria tan dinámica y agresiva desde el punto de vista empresarial como reacia a que sus iniciativas y potencialidades se vean constreñidas por enojosos controles y trabas intervencionistas.

Es fácil imaginar, aunque las cifras son en realidad inimaginables, el considerable volumen de negocio que se mueve en torno a los ficheros de datos, listados de clientes, bases de datos selectivas referidas a segmentos de población clasificados por edad, profesión, poder adquisitivo, ... o cualesquiera otros criterios que definan el perfil de potenciales clientes y usuarios. Ello por no mencionar los archivos de solvencia patrimonial y ficheros de morosos, que al margen de movilizar un importante negocio basado en el valor intrínseco de la información que gestionan, ejercen una influencia determinante en las operaciones comerciales, financieras y crediticias de las personas o entidades titulares de los datos que allí se contienen. Pues bien, dejando sentado que muchas de las empresas dedicadas a las actividades mencionadas cumplen de manera satisfactoria los requerimientos de la normativa sobre protección de datos personales, es lo cierto que otras muchas —sobre todo empresas medianas y pequeñas cuya existencia es a veces efímera— operan al margen de aquellos controles. Y el fenómeno es grave porque no se trata ya de que incurran en acciones infractoras más o

¹⁵ Aparte de esta singularidad en materia sancionadora la LOPD de 1999 contiene una serie de normas específicas sobre ficheros de titularidad pública como son las relativas a su creación, modificación o supresión (art. 20) y a la comunicación de datos entre Administraciones Públicas (art. 21). También contiene la LOPD disposiciones referidas a los ficheros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (art. 22) y regula determinadas excepciones o restricciones de los derechos de los ciudadanos (derechos de acceso, rectificación y cancelación) con relación a los ficheros de datos policiales o de la Hacienda Pública (arts. 23 y 24).

¹⁶ Es relativamente frecuente, por ejemplo, la imposición de sanciones a Ayuntamientos que realizan o toleran vertidos no autorizados con el consiguiente quebranto para el dominio público hidráulico.

menos aisladas sino que toda la actividad de la empresa está instalada en la ilegalidad por ser éste precisamente el presupuesto de su existencia o, al menos, de su abultado margen de beneficio. Sucede que hacerse con una base de datos de clientes, de usuarios, de profesionales, etc. para luego comerciar con ella en el mercado es cosa bien asequible a condición de que no se tenga el escrúpulo de querer saber la procedencia de los datos ni se pretenda constatar que se ha recabado el consentimiento de los afectados. En cambio, la confección de esa misma base de datos es mucho más difícil —y su explotación, por tanto, menos rentable— si ha sido elaborada con las debidas garantías y con plena observancia de los requerimientos de información y consentimiento de los afectados que exige la legislación sobre protección de datos personales.

Igual que ocurre con la reproducción ilegal de discos compactos y de películas en formato *dvd*, el hecho de que la infracción sea tan asequible y el margen de rentabilidad tan grande son factores que determinan que el mercadeo de los ficheros de datos de carácter personal se produzca con demasiada frecuencia al margen de la legalidad. Además, el riesgo de sanción no es tan disuasorio como debiera pues ya hemos visto que la escasa concienciación ciudadana sobre la necesidad de protección de este derecho fundamental hace que no abunden las denuncias; y, por otra parte, la cuantía de las multas, con no ser desdeñable, no garantiza que vaya a quedar enteramente neutralizado el beneficio ilegalmente obtenido¹⁷.

V

Termina aquí este comentario que no pretende ser sino una breve reseña, más descriptiva que analítica, sobre el estado en que se encuentra la protección de datos de carácter personal en el sistema jurídico español. Queda para otra ocasión un examen algo más detenido sobre aspectos concretos de aquella regulación como son los relativos a los principios que la inspiran, las particularidades de la acción sancionadora en este ámbito o las normas específicas sobre ficheros de titularidad pública.

Para finalizar este recorrido panorámico cabe concluir que, aun reconociendo que desde la promulgación de la LORTAD de 1992 y luego con la LOPD de 1999 se han obtenido logros significativos, estamos aún lejos de alcanzar un nivel razonable de efectividad en la protección de los datos de carácter personal. Y para que tal cosa suceda será necesario, antes que una nueva reforma legal, la decidida utilización por parte de la Agencia de Protección de Datos de todos los instrumentos y vías de actuación que el legislador ha puesto en su mano; una mayor sensibilización de las Administraciones Públicas en cuanto a la necesidad de registrar sus ficheros de datos y de ser respetuosos con la normativa sobre medidas de seguridad y garantías en los procedimientos de recogida, tratamiento y cesión de tales datos; y, en fin, una paulatina concienciación de los ciudadanos sobre la relevancia del derecho a la protección de sus datos personales y sobre la importancia de ser beligerantes en la reivindicación y defensa de este derecho fundamental.

¹⁷ Aunque el importe de los beneficios obtenidos por el infractor es un de los criterios previstos en la norma para la graduación de las sanciones en materia de protección de datos personales (art. 45.4 LOPD) lo cierto es que las multas tienen en todo caso un tope cuantitativo máximo (apartados 1, 2 y 3 del propio artículo 45), por lo que en caso de beneficios abultados la infracción puede resultar rentable a pesar de la sanción. Esto nos lleva a evocar la prevención establecida en otros ámbitos de la acción administrativa sancionadora, por ejemplo la legislación urbanística, donde la constatación de que el beneficio derivado de la conducta infractora es superior a la cuantía de la sanción permite incrementar el importe de la multa hasta hacerlo equivalente al beneficio ilícito (art. 231 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril).