

El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales

(The right to informative self-determination and the protection of personal data)

Lucas Murillo de la Cueva, Pablo
Eusko Ikaskuntza. Miramar Jauregia. Miraconcha, 48.
20007 Donostia – San Sebastián

BIBLID [1138-8552 (2008), 20; 43-58]

Recep.: 30.08.04

Acep.: 17.10.08

El derecho a la autodeterminación informativa o a la protección de datos de carácter personal se reconoce en la Carta de los Derechos Fundamentales UE. El TC desde el 2000 lo considera expresamente derecho fundamental; en opinión del autor la misma conclusión se desprendía implícitamente ex art. 18.4 CE.

Palabras Clave: Derecho a la autodeterminación informativa. Protección de datos. Carta de los Derechos Fundamentales y protección de datos. Jurisprudencia y protección de datos.

Informazio-autodeterminaziorako eskubidea eta izaera pertsonaleko datuen babesa Europar Batasuneko Oinarrizko Eskubideen Gutunean jasota daude. 2000. urtetik, Epaitegi Konstituzionalak oinarrizko eskubidetzat du; egilearen arabera, ondorio bera azaltzen zuen inplizituki Espainiar Konstituzioko 18.4 artikulua.

Giltza-Hitzak: Informazio-autodeterminaziorako eskubidea. Datuen babesa. Oinarrizko eskubideen gutuna eta datuen babesa. Jurisprudentzia eta datuen babesa.

Le droit à l'autodétermination informative ou à la protection des données personnelles est reconnu dans la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE. Depuis l'an 2000, le Tribunal Constitutionnel considère expressément ce droit fondamental. Selon l'auteur, cette même conclusion apparaît implicite dans l'art. 18.4 CE.

Mots Clé : Droit à l'autodétermination informative. Protection des données. Charte des Droits Fondamentaux et protection des données. Jurisprudence et protection des données.

EXPLICACIÓN PREVIA

Hablar del derecho a la autodeterminación informativa es hablar de la protección de los datos de carácter personal, del mismo modo que tratar de la protección de datos de carácter personal es tratar del derecho a la autodeterminación informativa. Hay, pues, plena coincidencia y la diferencia de denominaciones obedece a que una, la primera, acuñada por Alemania y utilizada por su Tribunal Constitucional Federal en su Sentencia de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo, se fija en la principal facultad que encierra este derecho: la de que su sujeto, su titular, es decir, cualquier persona, decida, consienta de forma informada y libre el uso por terceros de datos que le conciernen. En cambio, la segunda denominación que, como veremos, es la acogida por la LOPD, por nuestro Tribunal Constitucional y por el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, utiliza una expresión que pretende denominar el conjunto de medios jurídicos a través de los cuales se satisface aquella facultad.

Personalmente, he preferido hablar de autodeterminación informativa porque, si bien se trata de una fórmula poco estética, es, sin embargo, más precisa pues apunta al núcleo del derecho, a su aspecto sustantivo, mientras que la protección de los datos personales es su manifestación instrumental y, por eso, tiene un carácter técnico que le priva de capacidad significativa. No obstante, como lo que realmente importa es el alcance efectivo de este derecho fundamental y, visto que no hay contradicción entre estas denominaciones, lo que procede es examinar los términos en los que se ha configurado efectivamente, dejando al margen las consideraciones nominales.

Aclarado este extremo, lo siguiente que es preciso decir es que se trata de un nuevo derecho que no está previsto expresamente en nuestro ordenamiento jurídico. Basta con su lectura para apreciarlo a simple vista. Ahora bien, ha sido extraído de ella, concretamente de su artículo 18.4 por el Tribunal Constitucional, el cual se validó, a la hora de identificarlo, de los instrumentos con los que el artículo 10.2 de la Constitución quiere que se interpreten las normas sobre derechos fundamentales y libertades que contiene. En particular, el Tribunal Constitucional ha utilizado, especialmente, el Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para llegar a la afirmación, efectuada en las Sentencias de 292 y 290, ambas de 30 de noviembre de 2000, del derecho fundamental a la protección de datos personales. La forma en la que se ha producido el alumbramiento de este nuevo derecho exige que, antes de proceder al examen de su régimen jurídico, establezcamos su sentido, precisemos el bien jurídico que subyace a él y lo distingamos del derecho a la intimidad, con el que se le ha confundido en la mayor parte de los casos¹.

1. Sobre las cuestiones que a continuación se tratan, me remito con carácter general a mis libros *El derecho a la autodeterminación informativa*. Tecnos, Madrid, 1990 e *Informática y protección de datos personales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. También, con una interesante reconstrucción de las elaboraciones doctrinales norteamericanas y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Ricard Martínez Martínez, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*. Civitas, Madrid 2004.

1. INTIMIDAD Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Uno de los problemas originados por lo novedoso de esta materia es el relacionado con la identificación del bien jurídico que subyace a este derecho fundamental. Me refiero a la falta de claridad y a la frecuente confusión que he predominado hasta hace poco sobre el particular. A ese respecto, las dificultades principales han girado en torno a su distinción del derecho a la intimidad. Veamos en qué términos.

El derecho a la intimidad puede ser definido como el derecho a que nos dejen en paz. Así lo presentaron, a fines del siglo XIX, que es cuando se formula por vez primera en sus términos modernos, Warren y Brandeis a partir de materiales del *common law* anglosajón². Antes, a principios de esa centuria, Constant puso de manifiesto que las libertades de los modernos se distinguían por su perfil negativo frente a la concepción que de las mismas se tuvo en el mundo grecorromano, en el que lo determinante de la idea de libertad era la participación en la vida pública³. El autor suizo contrapuso, en su archicitada conferencia, los dos modos en que se han entendido históricamente los rasgos definitorios de la posición del individuo en la sociedad: uno, positivo, vinculado a la publicidad y a la participación y otro, negativo, enlazado a la reserva o al secreto y al desenvolvimiento autónomo de cada uno en esa esfera sustraída al escrutinio público. Naturalmente, esta distinción no conduce a la contraposición entre ambas ideas de libertad. Es solamente un apunte de la diferente percepción de su significado en contextos históricos y sociales bien distintos y no impide que, contempladas las cosas en nuestro tiempo, en lugar de formas de concebir la libertad que se excluyen entre sí, reconozcamos lo que de valioso una y otra encierran. Por eso, cuanto se dice a continuación no puede entenderse en el sentido de que desconoce o minusvalora la faceta participativa que en la sociedad democrática tiene la noción de libertad. Simplemente, apunta a otro plano que cabe distinguir dentro de ella.

Así, en el mundo contemporáneo, en la sociedad de la información, en la que se ha visto la publicidad, lo público, no sólo como elemento básico de garantía en la conformación de las instituciones y en la actuación de los gobernantes, sino, incluso, como condición de la moralidad, es donde la reivindicación de reserva o secreto, de lo privado y apartado de la vista de los demás, ha alcanzado un valor desconocido antes. Eso se debe a que la vida privada se asocia a la propia libertad en unas condiciones de convivencia que se caracterizan por la urbanización y la masificación y por la existencia de medios que permiten conocer y divulgar sin límites todo tipo de información. Excluir parcelas de nuestra vida del conocimiento ajeno se ha convertido en una forma de ser libres.

2. Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, *El derecho a la intimidad*, (traducción de Benigno Pendás y Pilar Baselga del original "The right to privacy", publicado en la *Harvard Law Review* en 1890). Civitas, Madrid, 1996.

3. Benjamín Constant, "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos", en *Escritos Políticos*. Estudio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sánchez Mejías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, págs. 259 y sigs.

El bien jurídico que representa esa necesidad básica, esa aspiración, es lo que hemos llamado intimidad. Y de su modernidad, de su relación con las condiciones de la existencia en las sociedades contemporáneas, es buena prueba su acceso tardío a las Constituciones, en unos casos, o su construcción jurisprudencial en otros. De lo primero, la experiencia española o la portuguesa, muy próximas en el tiempo, son buenos ejemplos, ya que en las Constituciones europeas anteriores no aparece reconocido en cuanto tal. Aunque ya la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclame en 1948 el derecho a la vida privada, serán el CEDH, al recoger, en su artículo 8, el derecho a la vida privada, y la jurisprudencia que producirá el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los que contribuirán a la afirmación constitucional de este derecho. Y, por lo que se refiere, a lo último, el ejemplo significativo lo ofrecen los Estados Unidos, cuya Constitución no lo contempla, sino que ha sido su Tribunal Supremo Federal el que ha ido trazando sus confines, sobre todo en asuntos relacionados con las relaciones sexuales, la contracepción y el aborto⁴.

En cualquier caso, cabe establecer que el entendimiento del derecho a la intimidad que ha prevalecido antes de la difusión de las potencialidades de la informática lo identifica con la pretensión del individuo de excluir del conocimiento ajeno cuanto guarda relación con sus relaciones sexuales, conyugales, paterno-filiales y familiares, con su cuerpo, con su salud, con su muerte, con sus pensamientos, creencias, aficiones y afectos⁵. Los distintos medios jurídicos puestos a disposición de su salvaguardia se ocupaban de ofrecer tutela penal, administrativa o civil frente a las eventuales amenazas o a las lesiones consumadas a tal derecho.

En los primeros momentos de despliegue de la informatización de la sociedad, se planteó la defensa frente a los riesgos específicos que comporta desde el baluarte que ofrecía el derecho a la intimidad⁶. Y todavía hoy se encuentran quienes siguen viendo en ella el *nomen iuris* desde el que responder a las agresiones que se perpetrán contra nuestros derechos mediante el uso incontrolado de información personal⁷. Sin embargo, paulatinamente se ha ido estableciendo que los rasgos indi-

4. Lucas Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit, págs. 57 y sigs.

5. Lucas Murillo de la Cueva, Pablo. "El derecho a la intimidad", en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Madrid: Tecnos, 1997, vol. I; pág. 520 y sigs.

6. Valga como botón de muestra que el legislador español dispuso que, en tanto no se dictase la ley a la que se refiere el artículo 18.4 de la Constitución, se aplicase 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, a los supuestos de intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática. Así se establecía en la disposición transitoria primera de esa Ley Orgánica, que permaneció prácticamente inédita.

7. Es de destacar que, frente a otras posiciones anteriores en las que el encuadramiento del derecho que nos ocupa en el seno del más amplio derecho a la intimidad se hacía acriticamente o, al menos, sin reparar en lo que de específico tiene la protección de datos personales, recientemente se han avanzado interpretaciones rigurosas en las que, razonando desde los presupuestos de estos derechos y considerando la técnica jurídica a través de la que se les defiende, sitúan en el ámbito de la intimidad el derecho del que estamos hablando. En este sentido, cfr. Martínez Martínez, *La protección constitucional de los derechos fundamentales frente a los usos de las nuevas tecnologías*, cit. Claro que esta asimilación se hace a costa de ampliar el concepto de derecho a la intimidad más allá de los confines que lo han definido. Recuerda la distinción que, en el curso de los trabajos

cados del derecho a la intimidad no permiten responder a los riesgos que proceden de la recopilación, tratamiento, almacenamiento y transmisión de datos personales por medio de las posibilidades que ofrecen la informática y la telemática o, si se prefiere, las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones.

En este nuevo cambio, los instrumentos de tutela de la intimidad no son útiles en la mayor parte de los casos. Desde luego no lo son en todos aquellos supuestos en los que la información personal que se recaba y utiliza con propósitos variados (desde la obtención de lucro, hasta el ejercicio del poder, o la preservación de la seguridad interna o externa) no pertenece a ninguno de esos círculos que componen la intimidad. Por eso, propusimos, a partir del artículo 18.4 de la Constitución y a la luz del Convenio nº 108, del Consejo de Europa, de 1981 sobre el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, la afirmación de un nuevo derecho fundamental que diera respuesta a esa nueva dimensión de la libertad que surge como necesidad derivada de las actuales condiciones de vida: el derecho a la autodeterminación informativa, o libertad informática⁸. Derecho que, tras abrirse paso, al principio tímidamente en la doctrina, fue penetrando en la legislación y en la jurisprudencia constitucional hasta lograr su reconocimiento pleno en España y, también, en la Unión Europea, como derecho fundamental.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido sensible a este movimiento encaminado al reconocimiento de un nuevo derecho fundamental. En efecto, interpretando el CEDH, ha establecido que el derecho a la vida privada y familiar que se reconoce en su artículo 8, comprende el derecho a la protección de datos de carácter personal. Ciertamente, la fórmula utilizada por el Convenio Europeo, el derecho a la vida privada y familiar, sin duda más amplia que el concepto de intimidad, ha facilitado el paso dado por el Tribunal de Estrasburgo, entre otras, en las Sentencias de 26 de marzo de 1987, caso Leander contra Suecia, 25 de marzo de 1998, caso Knopp contra Suiza, 2000/87, caso Amann contra Suiza, y más claramente, en la Sentencia 2000/130, de 4 de mayo, caso Rotaru contra Rumania. Esta última representa un cambio relevante en la medida en que atribuye una consistencia autónoma a la protección de datos frente al tronco constituido por la vida privada y familiar⁹.

En España la transición ha sido plena. Ya la LORTAD, me refiero a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal¹⁰, primera que cumplió el mandato del artículo

... realizados en el Reino Unido para establecer un sistema de protección de datos, se hizo en el *Younger Report* (1972) entre intimidad física e intimidad informativa, entendida esta última como “el derecho a determinar personalmente cómo y en qué medida se puede comunicar a otros información sobre uno mismo”, (véase la referencia en Lucas Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit. pág. 121) noción que se aleja tanto del entendimiento tradicional de la intimidad que viene a coincidir con el derecho a la autodeterminación informativa.

8. Cfr. Lucas Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit.

9. Véase esta jurisprudencia en Martínez Martínez, *La protección constitucional de los derechos fundamentales frente a los usos de las nuevas tecnologías*, cit., capítulo II.

10. Para su estudio pormenorizado, cfr. mi libro *Informática y protección de datos personales*, cit.

18.4 de la Constitución, en su exposición de motivos nos habló de un nuevo derecho, si bien tras anunciarlo, diluyó sus perfiles al referirse a la privacidad, barbarismo que no precisaba sus contornos. También, la jurisprudencia constitucional hizo lo mismo: apreciar la existencia de un nuevo derecho fundamental que, sin embargo, no identificaba con un nombre propio, salvo las referencias a la privacidad, a menudo relacionada o, incluso, confundida con la intimidad. No obstante, al enjuiciar la conformidad a la Constitución de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, (LOPD)¹¹ que ha sustituido a la LORTAD, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, estableció de forma terminante que se trata de un nuevo derecho fundamental, el derecho a la protección de datos de carácter personal, cuyo propósito no es otro que ofrecer a las personas los medios para controlar el uso ajeno de la información personal que les concierne. Derecho que tiene su fundamento constitucional en el artículo 18.4 de la Constitución, interpretado, como demanda su artículo 10.2, a la luz del Convenio nº 108, de 1981, del Consejo de Europa sobre el tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Y, casi a la vez, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, hacía lo mismo, al reconocer, en su artículo 8, ese derecho a la protección de datos, como una categoría diferente al derecho a la vida privada y familiar, reconocido en su artículo 7. Lo hace en los siguientes términos:

Toda persona tiene el derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines determinados y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

Se trata de un paso muy importante, con independencia del valor jurídico que deba atribuírsele a esa Carta¹², porque hasta ese momento, la Unión Europea, que había intervenido en la materia en 1995, mediante la Directiva 95/46/CEE, 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, había razonado a partir del dere-

11. Sobre la LOPD, cfr. María Mercedes Serrano Pérez, *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*. Civitas, Madrid, 2003. Además, Martínez Martínez, *La protección constitucional de los derechos fundamentales frente a los usos de las nuevas tecnologías*, cit. En torno a la elaboración de la LOPD, cfr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, "Las vicisitudes del Derecho Español de la Protección de Datos Personales" en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 58 (II)/2000, págs. 211 y sigs.

12. Cuestión que ha de contemplarse ahora desde una perspectiva radicalmente diferente desde el momento en que ha sido incluida en el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, aprobado por el Consejo Europeo de Bruselas en junio de 2004 y en trámite de ratificación por los Estados miembros de la Unión Europea.

cho a la intimidad. El cambio efectuado es, por tanto, de indudable trascendencia y confirma la entidad de primer orden que poseen las cuestiones relacionadas con la protección de datos de carácter personal. Al mismo tiempo, la Carta ofrece una noción del nuevo derecho fundamental que, a la vez, identifica su contenido esencial y ofrece un elemento adicional al Convenio nº 108 de 1981 y a la Directiva de 1995, sobre el cual construir un régimen jurídico homogéneo en los diversos Estados de la Unión.

2. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Así, pues, en la actualidad nos encontramos con que el legislador ha regulado el régimen general de un derecho al que la jurisprudencia ha atribuido posteriormente la condición de nuevo derecho fundamental en los términos que hemos visto. Un examen de la LOPD nos pone de manifiesto los elementos que lo integran, entre los que destaca, ante todo, la exigencia del consentimiento informado del afectado como regla que ha de observarse antes de proceder a un tratamiento de este tipo de datos. Consentimiento que solamente puede ser obviado cuando la ley así lo permita, bien autorizando ella misma tratamientos por exigirlo el interés público, bien estableciendo que ante determinados datos, como los procedentes de fuentes accesibles al público, y en determinadas condiciones, no es necesario recabarlos. Luego, está el reconocimiento a todos de facultades positivas y negativas sobre la información personal que les afecta y que sea objeto de tratamiento o se halle en ficheros automatizados. Es decir, el derecho a conocer la existencia de ficheros en los que se tratan datos personales y, en particular, los derechos a acceder a los que se refieran al afectado, rectificar los incorrectos y cancelar los excesivos, inadecuados a la finalidad para la que se recabaron u obtenidos en violación de las normas legales. También forma parte del contenido del derecho, el de oponerse a tratamientos de datos cuando éstos procedan de fuentes accesibles al público y el de no ser objeto de decisiones, públicas o privadas, que tengan como único fundamento un tratamiento automatizado de datos personales dirigido a evaluar la propia personalidad.

Como es natural, a estas facultades de los titulares de los datos personales, corresponden los correlativos deberes de quienes los acopian, tratan, transmiten, conservan o utilizan de cualquier manera. Existen, por otra parte, algunos datos que por su naturaleza particularmente sensible reciben una protección especial. Además, se han establecido reglas objetivas que han de presidir el tratamiento de los datos personales y, desde luego, se han creado instituciones, procedimientos e, incluso, sanciones específicas –penales y administrativas– para hacer efectiva tal protección y, a la postre, el derecho en causa.

Así, es de destacar la existencia de un órgano estatal, la Agencia Española de Protección de Datos, ente independiente regulado en la LOPD, encargado de velar por su correcta aplicación y, en general, de contribuir al respeto del derecho a la protección de datos personales. En este sentido, puede decirse que constituye un primer nivel de defensa especializada, sin perjuicio de la tutela judi-

cial y del eventual amparo constitucional. Es de advertir que junto a la Agencia Española existen otras que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de su autogobierno, han ido creando, las cuales tienen competencias sobre los tratamientos de datos efectuados en el ámbito de su propia Administración y en el de los entes locales de su territorio y han de actuar en estrecha coordinación con la estatal, que dispone de atribuciones a tal efecto. Hasta el momento son tres las que se han creado: la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (1995)¹³, la Agencia Catalana de Protección de Datos (2003)¹⁴ y la Agencia Vasca de Protección de Datos (2004)¹⁵.

Hay que decir, por otra parte, que, a partir de la LORTAD se procedió a un desarrollo reglamentario de las previsiones legales que, ahora, ya bajo la cobertura explícita de la LOPD completa el trabajo del legislador en lo que se refiere al régimen de la Agencia Española de Protección de Datos, a los procedimientos para el ejercicio de los derechos por los interesados y para la actuación inspectora y sancionadora de la Agencia, así como en lo relativo a las medidas de seguridad que deben adoptar quienes realicen tratamientos de datos personales. Por tanto, el conjunto normativo-institucional que se ha generado en torno a la protección de datos de carácter personal es significativo. Y, si se tienen en cuenta las previsiones legales encaminadas a extender expresamente su ámbito de aplicación al campo de las telecomunicaciones y al de la sociedad de la información, al igual que a la utilización de la firma digital, esa relevancia se acrecienta.

Parece, pues, llegado el momento de preguntarnos por el alcance real que ha tenido en la práctica esta importante transformación jurídica.

3. LA REALIDAD DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Es un lugar común en los trabajos que se vienen publicando sobre esta cuestión el gran desconocimiento que existe sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal. Las Memorias de la Agencia Española, a la que, no por casualidad, sus normas reguladoras le encomiendan la labor de difundir los derechos para cuya tutela ha sido creada, ponen de manifiesto esta circunstancia. Y, si bien reflejan un progresivo avance en este punto, paralelo al aumento de ficheros que se registran y, en general, al incremento de la actividad de esa institu-

13. Creada por la Ley 13/1995, de 21 de abril, de la Comunidad de Madrid, luego derogada por su Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid. Además, hay que tener presente el Decreto 22/1998, de 12 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid y el Decreto 67/2003, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de las funciones de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid de tutela de derechos y de control de ficheros de datos de carácter personal.

14. Creada por la Ley de la Generalidad de Cataluña, 5/2002, de 19 de abril, su estatuto se halla en el Decreto 48/2003, de 20 de febrero.

15. Creada por la Ley del Parlamento Vasco 2/2004, de 25 de febrero, de ficheros de datos de carácter personal de titularidad pública y de creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

ción en todos los ámbitos en los que interviene, no dejan de llamar la atención sobre la gran tarea que todavía queda por hacer para que, al igual que todos sabemos, por ejemplo, que no podemos ser obligados a declarar sobre nuestra ideología, religión o creencias, también seamos todos conscientes de los derechos que nos asisten frente a la utilización por terceros de nuestros datos personales. Y es que, sin una extendida conciencia en la sociedad de los riesgos que depara el uso incontrolado de la información personal que nos afecta y, por tanto, sin que los propios interesados sean conscientes de los peligros que les acechan, ni asuman, por tanto, su defensa frente a ellos, será difícil lograr un nivel de tutela satisfactorio.

No es extraño que se produzca esta situación. La novedad de los problemas que están en el origen del reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa, lo explica. Por eso, no sólo resulta que los particulares no han tenido una noción precisa de lo que hablamos. Tampoco se ha percibido, por ejemplo, en la jurisprudencia. Así, si examinamos la del Tribunal Constitucional, hay que esperar hasta su Sentencia 254/1993 para que nos empiece a explicar la novedad que representa la protección de datos. No obstante, ni en esa Sentencia, ni, sobre todo, en la 143/1994 –que se ocupa del Número de Identificación Fiscal– se acierta a distinguir nítidamente la protección de datos de carácter personal del derecho a la intimidad. Será preciso esperar al grupo de Sentencias que se abre con la 11/1998, para que el Tribunal Constitucional profundice en el sentido que tiene el derecho reconocido por la LORTAD y vaya preparando su afirmación como derecho fundamental en la Sentencia 292/2000. En efecto, en esa Sentencia 11/1998 y en las que la siguen¹⁶, se fija en la conexión esencial que debe existir entre el consentimiento del interesado o la autorización legal para el tratamiento de sus datos personales y la finalidad legítima para la que se recaban. Conexión cuyo respeto determina los límites de la autorización, de tal manera que el uso de tales datos para fines distintos de los consentidos supone una infracción del derecho que el Tribunal Constitucional corrige concediendo el amparo que se le solicitaba¹⁷.

Y, por lo que se refiere al Tribunal Supremo, sucede otro tanto. Es a partir de la Sentencia de su Sala Tercera de 3 de marzo de 1995 –que se ocupa de precisar quién tiene la condición de interesado que faculta para acceder a las resoluciones judiciales– cuando se abre su jurisprudencia a los contenidos que ha introducido el legislador en 1992, pero es una apertura tímida, que no da lugar a decisiones significativas o, si se prefiere, innovadoras. Naturalmente, esto no quiere decir que el Tribunal Supremo sea ajeno a los problemas de este derecho. Al contrario. Incluso, en alguna de sus Sentencias, como la de 1 de julio de 2002 (casación 7999/1998), realiza una acertada reconstrucción del derecho a la

16. Se trata de las Sentencias del Tribunal Constitucional 33, 35, 45, 60, 77, 94, 104, 105, 106, 123, 124, 125, 126, 158, 198 y 223 de 1998. Y de las Sentencias 30, 44, 45 y 202 de 1999.

17. Sobre la inicial jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la materia, me remito a mi trabajo “La primera jurisprudencia sobre el derecho a la autodeterminación informativa”, publicado en *Datos personales.org. Revista de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, nº 1/2003.

libertad informática o a la autodeterminación informativa que no se reduce a una mera glosa de la jurisprudencia constitucional sobre su naturaleza y contenido, sino que la enriquece con consideraciones complementarias que, luego aplica al caso controvertido: la legalidad del Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en el punto relativo a la cesión por las aseguradoras al Fichero Informativo de Vehículos Asegurados de los datos relativos a los vehículos asegurados por ellas.

Lo único que sucede es que muy a menudo se ha movido en un terreno fronterizo entre el derecho a la intimidad y las novedades que traen consigo la LORTAD y la LOPD. No obstante, cuando se tiene que ocupar de controlar el uso que la Agencia Española de Protección de Datos hace de las atribuciones, particularmente de las sancionadoras, que la ley le atribuye, ajusta su doctrina a los principios que trae consigo la legislación protectora de los datos personales. Es decir, se preocupa por reforzar su papel garantista. Por lo demás, contribuye a explicar el relativo retraso con el que se abren paso en las Sentencias del Tribunal Supremo los conceptos, principios y reglas propios del derecho a la autodeterminación informativa, el crónico desfase que padece la jurisdicción contencioso-administrativa, que es la llamada a conocer de los recursos contra los actos de las Agencias de Protección de Datos. Retraso que hace que los recursos de casación se resuelvan en algunas ocasiones a diez años de distancia de los hechos impugnados en la instancia.

En cualquier caso, no es llamativo que suceda esto con la jurisprudencia, si se repara en que tampoco la doctrina se dedicó con especial empeño a esta cuestión. Fueron muy pocos los autores que antes de 1992 se ocuparon de los problemas relacionados con el desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución¹⁸. Y lo siguieron siendo después, aunque pronto se vieron acompañados de otros que se dedicaban a la exégesis, más o menos apegada al texto de la LORTAD. Pero lo significativo es que, a pesar del apreciable aumento de las publicaciones sobre el particular que se iba produciendo¹⁹, no había en la mayor parte de ellas elementos de construcción del régimen jurídico del derecho a la autodeterminación informativa. Ha sido con posterioridad a la LOPD y a las Sentencias del Tribunal Constitucional de 2000 cuando han empezado a publicarse monografías que profundizan en los distintos elementos de este derecho, entre las que se cuentan las mencionadas en estas líneas.

Del mismo modo que estas obras marcan un claro punto de inflexión en el campo académico, como lo han marcado en la jurisprudencia constitucional las Sentencias 292 y 290/2000, también podemos hablar de pronunciamientos de

18. Entre quienes se ocuparon de estos temas con anterioridad a la LORTAD merece una mención especial Antonio Enrique Pérez Luño, en cuyos trabajos se encuentra una preocupación especial por cuanto se refiere a la libertad informática y al *status* de *habeas data*. Además, Diego López Garrido, José Antonio Martín Pallín, Fermín Morales Prats, Fulgencio Madrid Conesa y Manuel Heredero Higuera hicieron contribuciones significativas.

19. Entre las que ocupan un lugar aparte las monografías premiadas y publicadas por la Agencia Española de Protección de Datos.

los Tribunales de Justicia que apuntan a cuestiones críticas para la adecuada garantía de este derecho fundamental.

4. LA REGLA DE LA FINALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

El hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no haya sido especialmente creativa en esta materia, no significa, sin embargo, que no se hayan producido decisiones judiciales significativas. Ciertamente, las hay y se han producido sobre asuntos de gran importancia. Lo que ocurre es que hay que buscarlas, sobre todo, en las Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. Precisamente, ha sido esta última la que ha abordado uno de los problemas que trajo consigo la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

Tal como he tenido la ocasión de señalar²⁰, entre las novedades que aporta la LOPD al régimen del derecho a la autodeterminación informativa figura una modificación de la regla de la finalidad. Tal como la recogía la LORTAD, en su artículo 4.2, entre los principios de la protección de datos, precisamente como uno de los determinantes de su calidad, consistía en la prohibición de utilizarlos para fines distintos de los que motivaron su recogida. La LOPD, si hemos de atender a los argumentos esgrimidos en el proceso de su elaboración por quienes propusieron y apoyaron este cambio, atendiendo a razones relacionadas con la transposición de la directiva comunitaria, sustituyó esta prohibición por otra: la de tratar los datos personales para finalidades incompatibles con las que originaron su captación (artículo 4.2). A nadie se le oculta que la nueva redacción facilita los tratamientos y debilita la relevancia del consentimiento o de la autorización legal ya que, de prosperar una interpretación literal de esta nueva regla, la autorización para recoger datos personales comprende mucho más que lo que abarcaba la LORTAD. Sin duda, la explicación última del cambio legislativo hay que buscarla en esa mayor receptividad a los intereses de las empresas que trabajan con datos personales que caracteriza a la LOPD, frente a la inclinación de la LORTAD a favor de los intereses públicos, plasmada en la amplitud con la que contemplaba las excepciones a los derechos de los afectados cuando se pretendía su ejercicio frente a los ficheros de titularidad pública²¹.

El caso es que, en mi opinión, esta modificación no se ajusta ni al Convenio nº 108 del Consejo de Europa ni a la propia Directiva 46/1995 en cuya transposición se quiso amparar. En realidad, ni siquiera es coherente con otras normas de la propia LOPD, aquéllas que se han mantenido sin cambios desde su recepción en la LORTAD procedentes, en última instancia, del de ese Convenio internacional. Es el caso de la regla recogida en el artículo 4.5, también entre los principios de la protección de datos que hacen referencia a su calidad. Tal como está formulada, impide conservar los datos personales –obliga a cancelarlos– cuando

20. Cfr. Lucas Murillo de la Cueva, “Las vicisitudes del Derecho Español de la Protección de Datos Personales”, cit.

21. *Ibidem*.

hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o recogidos. Aquí, según se aprecia, no se introduce ningún matiz de manera que la utilización de los datos para fines que no sean incompatibles con los que justificaron su captación no es razón para que se conserven una vez atendido el originalmente contemplado²². De ahí que, al menos, haya que pensar que la LOPD ha introducido en este punto una regulación oscura o, más bien, contradictoria, lo que se explica por la forma en que se elaboró. En efecto, después de mucho tiempo sin que avanzaran los trabajos legislativos encaminados a una mera reforma de la LORTAD dirigida a incluir las novedades puntuales de la Directiva, reforma que se inició mediante el correspondiente proyecto de ley orgánica en tal sentido, sin que mediaran explicaciones convincentes, en el trámite de ponencia en Comisión, se trasmutó ese proyecto de reforma en el de una nueva Ley Orgánica que, ahora sí, se tramitó con gran celeridad debido a que se acababa el plazo existente para transponer la Directiva Europea 46/1995 y se aprobó dando lugar a la vigente LOPD²³.

En esa tramitación finalmente acelerada hubo ocasión de apreciar, incluso, la intervención de grupos de presión a favor de unas y otras regulaciones, así como un método de trabajo poco propicio a la coherencia, tal como se puso de manifiesto en el mismo debate legislativo. Por tanto, el seguimiento del proceso de elaboración de la nueva Ley permite comprobar que no se siguió el mejor método de trabajo para evitar las ambigüedades o las contradicciones, incluso en aquellos puntos en que se estaban introduciendo reformas claramente polémicas. De ahí que no sea de extrañar que no reparasen plenamente quienes votaron a favor de esta novedad en las consecuencias no aparentes de su decisión. Me refiero a las que guardan relación con su papel en el seno del sistema diseñado para la protección de datos personales, especialmente, cuando, tras las Sentencias del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 2000, queda claro que esa técnica se integra en el contenido de un derecho fundamental de nuevo cuño. Sistema que contempla la tutela judicial efectiva de todos los derechos e intereses legítimos de las personas y, en especial, de los derechos fundamentales.

Y es que la contradicción o, al menos, oscuridad que comporta el artículo 4.2 de la LOPD en el conjunto de las normas que sienta para la protección de los datos de carácter personal tenía que activar la obligación que a los jueces corresponde de establecer una interpretación de la Ley que despeje esas insuficiencias desde la perspectiva, consagrada desde sus primeros momentos por la jurisprudencia constitucional, más favorable para la efectividad del derecho fundamental en cuestión, es decir del derecho a la autodeterminación informativa.

Esto es, precisamente, lo que ha hecho la Audiencia Nacional en su Sentencia de 11 de febrero de 2004. Enfrentada a la impugnación de una resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que había sancionado a Telefónica de España, S.A. por tratar los datos personales de sus abonados para

22. *Ibidem*.

23. *Ibidem*.

finés distintos de los de la prestación del servicio y de su posterior facturación, confirmó la legalidad de la actuación de la Agencia. En concreto, la empresa había utilizado los datos personales de los que disponía para promocionar, en lugar de sus propios servicios, los de otra sociedad anónima, Telefónica Data, sin solicitar, a tal efecto, el consentimiento del afectado. La Sala de lo Contencioso-Administrativo entendió que el consentimiento prestado inicialmente por el interesado con Telefónica de España, S.A. no podía amparar el tratamiento de sus datos para finalidades incompatibles con aquéllas para las que se recabaron. Y, a la hora de precisar qué ha de entenderse por tal incompatibilidad, rechazó la argumentación de la recurrente para quien la modificación efectuada por el artículo 4.2 de la LOPD de la anterior regla de la LORTAD ampliaba la posibilidad de la utilización de los datos obtenidos en el sentido en que lo había hecho.

Interesa llamar la atención sobre la circunstancia de que la Audiencia Nacional ya se había ocupado anteriormente del problema planteado por el artículo 4.2 de la LOPD. Lo hizo en la Sentencia de 8 de febrero de 2002²⁴. Es verdad que la resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos en ella enjuiciada se dictó en aplicación de la LORTAD. No obstante, la Caja de Ahorros recurrente invocó el cambio que el citado precepto aportaba y argumentó que esa circunstancia hacía que desapareciera la infracción por la que había sido sancionada. Entonces, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional procedió a interpretar sistemáticamente el precepto, cosa que juzgó necesaria a la vista de la ambigüedad de la expresión “finalidades incompatibles”. Para ello acudió, primero, al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, tomando nota de que, según dice, “incompatibilidad” significa “repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí”. De ahí dedujo que su entendimiento literal permitiría utilizarlos para cualquier tipo de finalidad distinta, siempre que no se produjera tal incompatibilidad,

lo cual podría significar que los datos de carácter personal objeto de tratamiento podrían usarse para las más variadas finalidades, ajenas por completo al fin con que se entregaron.

Por eso concluyó que “semejante interpretación conduce al absurdo y como tal ha de rechazarse”.

Este mismo criterio es el que sigue la Sentencia de 11 de febrero de 2004, que ya enjuicia una resolución dictada al amparo de la LOPD. Insiste, nuevamente, en que reducir el alcance de la prohibición del artículo 4.1 a los

24. Esta Sentencia de 8 de febrero de 2002 desestimó otro recurso, esta vez de una Caja de Ahorros, contra la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que le consideró responsable de una infracción de las tipificadas como graves por la LORTAD, en concreto en su artículo 43.3 d) por tratar de forma automatizada datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidas en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave. El tratamiento castigado consistió en incorporar a la tarjeta del afectado, sin contar con su consentimiento, la tarjeta “C./RED 6000”, cuando éste, al solicitar aquélla había ejercido su derecho a no cumplimentar el apartado destinado a la opción de incorporar la que la entidad financiera le confeccionó.

casos en que se dé la repugnancia que la Real Academia asocia a la palabra incompatibilidad abriría el uso de los datos para una gama indefinida e ilimitada de finalidades, lo que no puede admitirse por lo absurdo de sus consecuencias. Por eso, confirma el parecer ya expresado en la Sentencia de 8 de febrero de 2002. En ambos casos, la Sala tuvo en cuenta para desestimar los recursos y pronunciarse en el sentido indicado que el artículo 6.2 de la LOPD, que no cambia en este punto lo establecido por la LORTAD, no exige recabar el consentimiento del interesado para tratar los datos que se refieran a las partes de un contrato y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. Pues bien, dicen las Sentencias, la regla sobre las finalidades no incompatibles es una prescripción de carácter general que resulta desplazada por otra de carácter especial o particular. En este caso, la que se desprende a *contrario* del citado artículo 6.2 de la LOPD y que enuncian de este modo: “cuando los datos se usen con otra finalidad distinta se precisará del consentimiento del afectado”. Frente a ella no se puede invocar el artículo 4.2, porque entender que amplía los términos en que se consintió un tratamiento equivaldría a dejar sin contenido el artículo 6.2, cuya redacción no ha variado.

Hemos de reparar en que estas Sentencias no son ejemplos aislados. Al contrario, han sido dictadas junto a otras que también se dirigen a proteger los elementos básicos del derecho a la autodeterminación informativa. Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 1901/2002, de 27 de noviembre, que anuló parte de la orden de creación de un fichero de titularidad pública destinado a recoger los casos de SIDA en esa Comunidad porque pretendía que el tratamiento de datos además de para las finalidades de gestión y control sanitario e investigaciones científico-médicas, sirviese para “actividades análogas”. Es verdad que la Sala de Valencia razona desde la tutela del derecho a la intimidad, pero eso es explicable porque los datos a considerar en este caso, en cuanto datos relativos a la salud, tienen carácter sensible y los datos sensibles constituyen uno de los puntos de contacto entre los derechos fundamentales a la intimidad y a la autodeterminación informativa. No obstante, lo decisivo es que rechaza la aplicación de la analogía como medio para extender el ámbito de los tratamientos autorizados.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 90/2003, de 29 de enero, considera que la aplicación del artículo 4.5 de la LORTAD, en relación con su artículo 6.2, ambos reproducidos por la LOPD, hace ilícito el mantenimiento por una aseguradora, sin consentimiento expreso de la afectada, de datos relativos a su salud de los que disponía en virtud de un contrato anterior ya expirado. La extinción de la relación contractual hizo que desapareciera también la finalidad legítima para la que los datos podían usarse, de manera que si la empresa deseaba o tenía que seguir utilizándolos para desarrollar su actividad, razón por la que argumentaba que seguía existiendo la finalidad original, sólo podría hacerlo recabando el consentimiento informado de la afectada

pues aunque el dato relativo a la salud sea efectivamente de interés para la actividad de la empresa, no puede ya ser necesario para el cumplimiento de un contrato que ha sido resuelto.

5. LA RESISTENCIA DE LOS PRINCIPIOS Y SU GARANTÍA JUDICIAL

En definitiva, la posición asumida por la Audiencia Nacional conduce a diluir la pretendida carga innovadora del artículo 4.2 de la LOPD en el conjunto de la regulación destinada a proteger los datos de carácter personal. Y los otros casos que se acaban de mencionar ponen de manifiesto la fuerza normativa de los principios positivizados por el legislador que, sin duda, entrarán en juego en todas las ocasiones en las que, aún operando variables distintas de las que aquí se han dado, se vean cuestionados los fundamentos sobre los que descansa el derecho a la autodeterminación informativa. No puede ser de otro modo pues forma parte de la lógica del sistema que los derechos fundamentales, entre los que figura incluido, vinculen a los poderes públicos, como dispone el artículo 53.1 de la Constitución.

Con lo cual, reduciendo el derecho a los principios que conforman su núcleo, que es lo que la LORTAD y la LOPD han hecho, no se está sino confirmando la idoneidad de los que, hace mucho tiempo, en 1981, recogió el Convenio nº 108 del Consejo de Europa. Principios que las legislaciones europea y nacionales han desarrollado pero que siguen fundamentando y dotando de unidad el régimen jurídico de la protección de datos de carácter personal, como se pone de manifiesto cada vez que resultan ignorados. En esos supuestos son los Tribunales de Justicia los llamados a devolverles la efectividad de la que se vieron privados restableciendo así el respeto, no sólo al derecho del afectado, sino al ordenamiento que protege la autodeterminación informativa, cuya unidad recuperan. La elasticidad característica de los principios, en la medida en que pueden ser considerados como normas sin presupuesto de hecho concreto²⁵, les dota de una idoneidad especial para ser activados por la interpretación judicial. Son el instrumento que permite a los jueces resolver los problemas que originan las leyes cuando prescinden de la coherencia que las debe caracterizar e incurren en defectos como el que se ha puesto de relieve.

A la postre, los mecanismos del Estado de Derecho, entre los que la garantía judicial ocupa un lugar decisivo, funcionan y contribuyen no sólo a depurar las actuaciones antijurídicas de los sujetos públicos y privados, sino también a sortear las insuficiencias en que por defecto o por exceso incurre el legislador. Esta virtualidad, en la que otra ocasión confiábamos como defensa frente a los excesos en que incurrió la LORTAD al menoscabar los derechos de los afectados frente a los ficheros de titularidad pública²⁶ se ha evidenciado también respecto de la LOPD. Sobre todo, cuando el Tribunal Constitucional, en su Sentencia

25. Tal como los entiende Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*. Einaudi, Turín, 1992, págs. 147 y sigs.

26. Lucas Murillo de la Cueva, *Informática y protección de datos personales*, cit. págs. 12 y 13, 98 y 99 y 111.

292/2000 declaró inconstitucionales sus preceptos más clamorosamente contrarios al texto fundamental. Pero también, en cada ocasión en que los Tribunales de Justicia, han tutelado, aplicando los principios de la protección de datos, a los afectados frente a los excesos que se han querido justificar mediante interpretaciones que los desconocen.

Principios y tutela judicial que son especialmente importantes en un contexto en el que cada día se aprecia que la protección de datos debe extenderse a nuevos ámbitos –las telecomunicaciones, la videovigilancia, los servicios de la llamada sociedad de la información, el mundo de *Internet*– y a nuevos peligros, como los que pueden deparar las llamadas etiquetas inteligentes, los *chips* incorporados a personas, los brazaletes electrónicos, el uso de datos biométricos como mecanismos de seguridad en la identificación de individuos, extremos todos ellos considerados en la *Relazione* que en 2003 el Garante italiano para la protección de datos personales, Stefano Rodotà, elevó al Presidente de la República, en la que reflexiona sobre la necesidad de dar una respuesta en términos de tutela del derecho fundamental a los efectos potencialmente nocivos que derivan del innegable progreso tecnológico. En estos casos, en tanto se diseñan y aprueban las normas necesarias para prevenirlos o impedirlos, es en la aplicación judicial de los principios en donde residirá una de las principales líneas de defensa.