

Comentari jurisprudencial

DRET PÚBLIC I TECNOLOGIES DE LA INFORMACIÓ I LA COMUNICACIÓ

Antoni Roig*

Sumari

- I. Introducció
- II. La incidència de les tecnologies de la informació i la comunicació (TIC) en els drets fonamentals
 1. TIC i dret a la intimitat
 2. TIC i dret a la protecció de dades personals
 3. TIC i secret de les comunicacions
 4. TIC i llibertat d'expressió
 5. TIC i dret a la llibertat sindical
 6. TIC i dret a la salut
- III. La tensió entre el dret a la protecció de dades i el dret d'accés a la informació pública
- IV. Conclusions: simple evolució o transformació de la jurisprudència sobre drets fonamentals i noves tecnologies?

* Antoni Roig, professor titular de dret constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona, Edifici B, Campus de la UAB, 08193, Cerdanyola del Vallès, Antoni.Roig@uab.cat.
Article rebut el 7.05.2007.

I. Introducció

La incidència de les noves tecnologies sobre els esquemes habituals dels juristes és creixent. En aquest estudi s'analitzen algunes de les sentències més significatives que han tractat diversos aspectes relacionats amb el dret públic. Les decisions del Tribunal Constitucional espanyol hi tenen un lloc destacat, però no exclusiu, ja que tant la jurisprudència dels principals tribunals ordinaris espanyols com, en ocasions, la d'alguns tribunals estrangers poden ser objecte d'anàlisi.

Començarem resumint les decisions, principalment del Tribunal Constitucional espanyol, sobre els drets fonamentals i les noves tecnologies. Un cop haguem establert aquest marc, ja podrem valorar les resolucions que han tractat del dret d'accés a la informació en relació amb els poders públics, així com la tensió entre aquest dret i el dret a la protecció de dades. Acabarem el nostre recorregut intentant valorar tot aquest conjunt jurisprudencial, i concloure si creiem que les noves tecnologies de la societat de la informació han transformat qualitativament alguns aspectes del dret públic o bé l'han fet simplement evolucionar.

II. La incidència de les tecnologies de la informació i la comunicació en els drets fonamentals

1. TIC i dret a la intimitat

La implantació i la posada en funcionament d'un nou sistema de control horari a l'Administració pública càntabra consistent en la lectura biomètrica de la mà ha generat dubtes sobre el respecte d'aquesta mesura al dret a la intimitat. Diverses SSTSJ de Cantàbria, Sala Contenciosa Administrativa, de 10 i 23 de gener, i de 28 de març de 2003, han considerat que no existia cap vulneració de la intimitat.¹ L'informe del fabricant de l'aparell ha estat determinant, ja que s'hi afirma que es computa informació de la llargada, l'amplada, el gruix i l'àrea de su-

1. SSTSJ de Cantàbria, Sala Contenciosa Administrativa, de 10 de gener de 2003 (rec. 760/2002 i rec. 822/2002); STSJ de Cantàbria, Sala Contenciosa Administrativa, de 23 de gener de 2003 (rec. 166/2002), i STSJ de Cantàbria, Sala Contenciosa Administrativa, de 28 de març de 2003 (rec. 759/2002).

perfície de la mà, però no s'emmagatzema cap imatge ni marca dactilar. Fins i tot es podria fer ús de la mà esquerra invertida en el lloc de la dreta. Tampoc hi ha risc per a la salut, ja que s'usa una llum infraroja semblant a la dels comandaments a distància dels televisors. A més, la mesura es justifica pel caràcter imperfecte dels sistemes de control alternatius més usuals, consistents en rellotges i targetes. El Tribunal Constitucional no ha admès el recurs d'empara subsegüent, al·legant primer que la mà no és una part del cos que es vulgui amagar i, per tant, no es vulnera el dret a la intimitat corporal; en segon lloc, el Tribunal considera que tampoc no s'infringeix la intimitat personal, atès que no es descobreix cap àmbit reservat o desconegut del recurrent; i, finalment, tampoc no es vulnera el dret a la protecció de dades perquè es compleixen, segons l'alt tribunal, totes les garanties que preveu la Llei orgànica de protecció de dades personals (LOPD).² Més matisos ha merescut, fora del nostre país, l'ús de dades biomètriques, concretament la creació d'una base de dades d'empremtes dactilars digitals. Així, el Tribunal de Grande Instance de París ha considerat desproporcionada la creació d'una base de dades d'empremtes dactilars digitals amb la finalitat de controlar l'horari de treball.³ Així doncs, no és tant el recurs a les dades biomètriques el que es considera inconstitucional, sinó les circumstàncies concretes i la justificació al·legada: en el cas concret ni era imprescindible, ni era proporcionada, atès que es recollien dades que permetien identificar característiques físiques que són úniques i permanents en cada individu. Potser, en això, el sistema més senzill de Cantàbria és més respectuós i podria superar el test de proporcionalitat.

D'altra banda, l'ús del correu electrònic i de l'ordinador per part del treballador a l'empresa ha generat un nombre important de sentències, de vegades contradictòries, en què s'afirmava el necessari respecte a la intimitat. El control empresarial s'ha justificat, tot i que, en general, s'exigeix que darrere hi hagi una finalitat legítima i que sigui proporcional (eficaç, necessari i beneficiós).⁴ En ocasions, es demana a més que s'informi prèviament el treballador, o que estigui present el treballador o un representant dels treballadors en el moment de fer l'actuació fiscalitzadora.⁵

2. ATC 57/2007, de 26 de febrer, FJ 6.

3. TGI de París, decisió de 14 d'abril de 2005.

4. STSJ de Catalunya, Sala Social, de 29 de juny de 2001 (rec. 1332/2001). Menys clara és la STSJ d'Andalusia, de Sevilla, Sala Social, de 9 de maig de 2003 (rec.591/2003).

5. STSJ de Cantàbria, Sala Social, d'1 de març de 2004 (rec. 103/2004), Jutjat Social núm. 1 de Santander, 1 de desembre de 2005 (proc. 811/2005); STSJ del País Basc, Sala Social, de 12 de setembre de 2006 (rec. 1270/2006).

També el caràcter obligatori fixat per conveni del teletreball a domicili ha donat lloc a alguna sentència que considera que vulnera el dret a la intimitat del treballador.⁶

2. TIC i dret a la protecció de dades personals

La STC 254/1993, de 20 de juliol, va representar un punt de partida confús en la interpretació de l'article 18.4 CE. En efecte, aquest precepte inclouria una garantia d'altres drets fonamentals, especialment el dret a l'honor i la intimitat, així com també seria un dret fonamental propi.⁷ Ara bé, aquest dret no es distingiria del dret a la intimitat (art. 18.1 CE), si no és que en representés un vessant «positiu», que s'anomena «llibertat informàtica». Aquesta última consistiria en el dret a controlar l'ús que es faci de les dades incloses en un programa informàtic (*habeas data*).⁸ En definitiva, l'article 18.4 CE és configurat no tant com una garantia de drets fonamentals, com la intimitat, sinó sobretot com un supòsit específic del dret a la intimitat –que podríem anomenar *intimitat informàtica*, tot i que el Tribunal Constitucional no usa aquesta expressió–, que desborda la seva tradicional concepció de dret de llibertat. En la STC 143/1994, de 9 de maig, es declara plenament constitucional el número d'identificació fiscal (NIF), ja que la finalitat que es persegueix és «clarament legítim[a] des de la perspectiva constitucional», i la seva regulació no resulta desproporcionada.⁹ En les SSTC 11, 33, 35 i 94, totes del 1998, es lliga la «llibertat informàtica» a la llibertat sindical (art. 18 CE). Els casos són semblants, ja que una base de dades d'afiliació de treballadors a certs sindicats, creada amb la finalitat de descomptar la quota sindical del salari, i enviar-la al sindicat corresponent, és usada per a altres finalitats. Concretament, es va usar la base de dades d'afiliats per retenir la part proporcional del salari relatiu al període de prova, en alguns casos sense que l'empresa comprovés si efectivament el treballador havia participat en la vaga. Aquest ús per a finalitats no autoritzades en el moment de la creació, ni sobre les quals hi hagi un posterior consentiment, va justificar la inconstitucionalitat de l'actuació empresarial. També la transmissió de dades tributàries entre administracions públiques ha estat analitzada pel Tribunal Constitucional. La

6. STS, Sala Quarta, Social, d'11 d'abril de 2005 (rec. 143/2005).

7. STC 254/1993, de 20 de juliol, FJ 6.

8. STC 254/1993, de 20 de juliol, FJ 7.

9. STC 143/1994, de 9 de maig, FJ 6.

STC 233/1999, de 16 de desembre, va qualificar l'actuació administrativa com a respectuosa del dret a la «intimitat informàtica», ja que el coneixement d'aquestes dades tributàries és «imprescindible per a l'adequat compliment del mandat constitucional recollit en l'article 31.1 CE».¹⁰ La creació d'una base de dades d'absentisme amb baixa mèdica és objecte de disputa en la STC 202/1999, de 8 de novembre. En aquesta base de dades, hi figuraven els diagnòstics de les malalties que van ocasionar una situació de baixa laboral per incapacitat temporal. Segons l'article 7 de la LORTAD, llavors vigent, les dades de caràcter personal que fan referència a la salut només admeten tractament automatitzat si tenim el consentiment exprés dels afectats o si, per raons d'interès general, així ho disposa una llei. En aquest cas, faltava el consentiment i la finalitat no era la preservació de la salut dels treballadors, sinó una altra de diferent: «en el fitxer en qüestió no es reflecteixen els resultats de la vigilància periòdica –i consentida pels afectats– sinó només la relació de períodes de suspensió de la relació jurídicolaboral dimanant d'una situació d'incapacitat del treballador».¹¹ Per tant, es vulnera la «llibertat informàtica», o més clarament, com es dirà a partir de dues sentències del 2000, el dret a la protecció de dades personals. Aquestes decisions van recaure sobre recursos d'inconstitucionalitat sobre la LORTAD de 1992 (STC 290/2000, de 30 de novembre) i la Llei orgànica de protecció de dades personals (LOPD) de 1999 (STC 292/2000), que la va substituir. El vot particular del magistrat Manuel Jiménez de Parga a la primera, i sobretot la STC 292/2000, separaran definitivament el dret de l'article 18.4 CE, anomenat ara *dret a la protecció de dades personals*, del dret clàssic a la intimitat, que ja no s'intenta forçar més fins a encabir, en un artificial vessant positiu, el que hem anomenat la *intimitat informàtica*. Els dubtes són ara si la reducció del dret de l'article 18.4 CE a la protecció de dades, tot i el guany en claredat, no ha sacrificat altres continguts, que podrien ser propis de nous drets fonamentals en la jurisprudència constitucional en un futur.¹²

10. STC 233/1999, de 16 de desembre, FJ 7.

11. STC 202/1999, de 8 de novembre, FJ 4, *in fine*.

12. En tot cas, el dret a la protecció de les dades personals dels funcionaris ja ha portat l'Agència de Protecció de Dades (APD) espanyola a condemnar importants. Així, es va condemnar el sindicat Comissions Obreres a pagar una multa de 6.000 euros per revelar dades dels prop de 60.000 funcionaris assistents a diversos cursos de formació a distància. Un treballador havia instal·lat en un ordinador que pertanyia a l'àrea de formació de la Federació de Serveis i Administracions Públiques de CCOO de Madrid un programa per compartir arxius a través d'Internet (P2P), en concret l'Emule. En els arxius accessibles constaven dades personals, com ara el DNI, el domicili, el lloc de treball, el centre, el telèfon, la formació acadèmica, l'antiguetat en el lloc de treball i el departament. També hi figuraven anotacions sobre justificacions d'absències, com ara «baixa mèdica», «mort d'un familiar», «problemes laborals» o «vacances» (abril de 2007).

A escala europea, el cas *Copland vs. Regne Unit* ha comportat recentment una sanció per a un ens públic educatiu per infracció del dret a la protecció de dades.¹³ Concretament, trobem en el paràgraf 44 d'aquesta resolució que «la recopilació i emmagatzemament d'informació personal relativa a trucades telefòniques de la recurrent, així com als seus correus electrònics i a l'ús que ha fet d'Internet, sense el seu coneixement, infringeix el seu dret al respecte de la seva vida privada».¹⁴

3. TIC i secret de les comunicacions

Tot i que el correu electrònic genera problemes relacionats amb la possible vulneració del secret de les comunicacions, la jurisprudència ordinària i constitucional no ha avançat gaire en el dret al secret de les comunicacions informàtiques dels treballadors, a diferència del que succeeix amb l'ús del telèfon a l'empresa. En aquest sentit, s'han protegit aquests supòsits de manera molt més clara des del dret a la intimitat dels treballadors, com hem indicat anteriorment. A diferència dels treballadors individuals, podem trobar alguna sentència referida al secret de les comunicacions en l'acció sindical. Així, es nega aquest dret en els arxius adjunts en els missatges enviats fent ús de l'*infobuzón* de Telefònica, ateses les característiques públiques o obertes d'aquest instrument de comunicació, que és un portal de difusió de la informació.¹⁵

Més important sembla la STC 104/2006, de 3 d'abril, que justifica la proporcionalitat de mesures d'intervenció telefònica fent al·lusió precisament al fet

13. STEDH (secció quarta) *Copland vs. Regne Unit*, de 3 d'abril de 2007 (núm. de recurs 62617/00).

14. Es reconeix, doncs, una violació de l'article 8 de la Convenció Europea de Drets Humans, concretament per violació del dret a la vida privada o, si ho traduïm al dret espanyol, del dret a la protecció de dades personals. El cas és però més ampli, ja que està en qüestió el control de l'ens públic sobre el correu electrònic i la navegació dels seus empleats. Sobre aquest aspecte, la decisió només fa una proclamació molt general: es reconeix la facultat de control empresarial o de l'Administració sobre els seus empleats, amb condicions. Així, la fiscalització ha de ser «necessària en una societat democràtica» en certs casos, i ha de basar-se en una finalitat legítima. Quan se sap que els tribunals nacionals estan aplicant cas per cas el principi de proporcionalitat en casos semblants, podem anticipar que el TEDH segurament coincidirà amb aquests en el futur.

15. STS, Sala Quarta, Social, de 28 de març de 2003 (rec.81/2002).

que s'estaven utilitzant noves tecnologies en la comissió de delictes:¹⁶ «*En definitiva, en el juicio de proporcionalidad de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, además de la gravedad de la pena, del bien jurídico protegido y de la comisión del delito por organizaciones criminales, también puede ponderarse la incidencia del uso de las tecnologías de la información, pues su abuso facilita la perpetración del delito y dificulta su persecución*».¹⁷ Per tant, aquí les noves tecnologies s'integren com un factor més per a la determinació de la correcció de la mesura limitadora d'un dret fonamental.

4. TIC i llibertat d'expressió

La tendència general sembla ser l'extensió de les garanties i els límits de la llibertat d'expressió a Internet. Així, per exemple, la Sentència del JPI núm. 42 de Madrid, en decisió de 15 de juny de 2005, va resoldre sobre la utilització de l'adjectiu *puta* davant de les sigles de la SGAE per designar una pàgina electrònica (www.putasgae.org).¹⁸ El Jutjat aplica la doctrina habitual: el nom i les expressions publicades no es consideren emparades per la llibertat d'expressió o informació, ja que no són crítiques que, tot i ser dures, hagin de ser suportades, sinó que contenen aspectes ofensius innecessaris per expressar la disconformitat amb l'actuació de la Societat General d'Autors i del seu president.¹⁹ En definitiva, no es té en compte que a Internet el llenguatge habitual no és el mateix que el dels diaris, ni als efectes d'atenuant, ni com a matisació. En canvi, una resolució en l'àmbit penal, concretament la Interlocutòria de l'AP de Barcelona, núm. 339/2005 (secció 6a), de 24 de maig, sembla convidar a més matisacions. En efecte, la utilització d'expressions que poden implicar indirectament que s'atribueix la comissió d'un delictes, sense concrecions, i en un fòrum d'Internet des-

16. Sobre els requisits per tal que les limitacions del dret al secret de les comunicacions siguin legítimes, SSTSJ de Cantàbria, Sala Contenciosa Administrativa, de 10 de gener de 2003 (rec. 760/2002), podeu veure les SSTC 49/1999, de 5 d'abril; 167/2002, de 18 de setembre; 184/2003, de 23 d'octubre; 165/2005, de 20 de juny, i 261/2005, de 24 d'octubre, entre d'altres. Sobre la interceptació de telefonia sense fils, es pot consultar la STS (Sala Segona, Penal) de 22 de març de 2001 (rec. 3583/1999), que condemna els màxims responsables del CESID per un delictes continuat d'escoltes il·legals.

17. STC 104/2006, de 3 d'abril, FJ 4 *in fine*.

18. JPI núm. 42 de Madrid, en decisió de 15 de juny de 2005 (proc. 379/2004).

19. Íbidem, FJ3, en què es refereixen algunes expressions: «nuevos pícaros», «bandas mafiosas», «putos chorizos» o «sucios intereses».

tinat específicament a servir com a tribuna de queixes mereix la resposta judicial següent: «[...] resulta sumamente dudoso que las expresiones antes aludidas puedan ser tenidas como graves pues su proyección exterior se circunscribe a un marco muy concreto y en el entendido que todos son personas descontentas».²⁰

Als Estats Units s'ha vinculat al dret a la llibertat d'expressió, una facultat nascuda a la xarxa, a l'anonimat a Internet. Aquest consistiria en la possibilitat d'accedir a la xarxa i usar els seus serveis, sense necessitat d'identificar-se, ni de ser controlat.²¹ El Tribunal Constitucional espanyol no ha reconegut encara aquest suposat dret a l'anonimat a Internet, ni de manera autònoma, ni com a contingut de la llibertat d'expressió. En canvi, els tribunals nord-americans ja han resolt bastants casos en els quals una disposició prohibia la comunicació anònima. Un bon exemple n'és un cas resolt pel Tribunal Suprem Federal americà el 1960, *Talley vs. Califòrnia*.²² El supòsit discutit era el següent: una ordenança del Codi municipal llavors en vigor a la ciutat de Los Angeles prohibia la difusió de qualsevol escrit que no identifiqués els seus autors. Per tant, no és que s'exigís un registre previ, cosa ja declarada abans contrària a la llibertat d'expressió pel Tribunal Suprem americà:²³ s'exigia la identificació. Doncs bé, en aquesta decisió de 1960 se sosté la importància que han tingut històricament els pamflets, els escrits o fins i tot els llibres anònims per al progrés de la humanitat. Fins i tot els *Federalist Papers*, escrits a favor de l'adopció de la Constitució Federal americana, es van publicar amb pseudònims. Per tot això, conclou l'alt tribunal, hi ha moments i circumstàncies en els quals no es pot obligar certes persones que pertanyen a un grup que difon idees a identificar-se públicament. El recurrent havia estat sancionat per difondre un escrit anònim, infringint l'ordenança municipal ja mencionada, en el qual sol·licitava als ciutadans de la seva ciutat el boicot a certs establiments i empresaris que no ocupaven amb igualtat d'oportunitats els ciutadans negres, mexicans i asiàtics; així mateix, sol·licitava als lectors que es donessin d'alta com a socis de la *National Consu-*

20. Interlocutòria de l'AP de Barcelona, núm. 339/2005 (secció 6a), de 24 de maig, raonament jurídic segon.

21. Antoni Roig, «El anonimato en Internet y la libertad de expresión», a Lorenzo Cotino (ed.), *E-libertades*, Comunicacions i treballs del II Congrés «DerechoTICs», Tirant lo Blanch, València, 2005.

22. *Talley vs. California*, 362 U.S. 60 (1960). Ja amb anterioritat s'havia abordat el problema de la comunicació anònima a *Bates vs. Little Rock*, 361 U.S. 516 i *NAACP vs. Alabama*, 357 U.S. 449, 462. Pot trobar-se la primera decisió a <www.epic.org/free_speech/talley_v_california.html>.

23. Es declara la inconstitucionalitat del registre previ a *LOVELL vs. GRIFFIN*, 303 U.S. 444 (1938).

mers Mobilization. S'inclouïa finalment la frase: «crec que tot home ha de tenir oportunitats iguals d'ocupació, independentment de la seva ètnia, religió o lloc de naixement». En conclusió, la prohibició general de difusió anònima dels escrits és considerada inconstitucional.

En una altra decisió posterior, *McIntyre vs. Ohio Elections Comm'n* (1995), el Tribunal Suprem Federal considerarà que l'anonimat mereix especial protecció en les opinions polítiques manifestades durant els processos electorals o referèndums.²⁴ En aquests casos, el Tribunal aplica l'*exacting scrutiny*. Així, la restricció de l'anonimat només s'hauria d'admetre quan existís un interès general públic. Els fets són els següents: una ciutadana va distribuir a la porta d'un recinte en el qual havia de tenir lloc un acte a favor d'una disposició reglamentària sotmesa a referèndum, un pamflet que hi era contrari. La normativa estatal prohibia les manifestacions anònimes durant els processos electorals o referendaris. Així doncs, l'Estat d'Ohio creia que disposava d'interessos públics sobrats per desvirtuar la protecció especial de l'*exacting scrutiny*. Els seus arguments en el cas discutit eren la persecució de les falsedats i libels, d'una banda, i la informació de l'electorat, de l'altra. Quant a les falsedats, la prohibició d'anonimat no es considera una mesura idònia, ja que l'Estat ha de prohibir-les directament –de fet també ho fa– i, en tot cas, els perjudicis ocasionats superen els beneficis per a l'interès públic. Tampoc la millor informació per a l'elector, en segon lloc, és valorada com a suficient per fonamentar la limitació. En efecte, en molts casos, el nom d'un ciutadà particular no afegirà res a l'habilitat del lector per avaluar el document. Conclourem citant el Tribunal en aquest cas: «D'acord amb la nostra Constitució [la Constitució Federal americana de 1787], el pamflet anònim no és una pràctica fraudulenta i perniciosa, sinó una honorable tradició d'argumentació i dissentiment. L'anonimat és l'escut enfront de la tirania de la majoria».

5. TIC i dret a la llibertat sindical

El Tribunal Constitucional ha resolt sobre el dret a l'ús del correu electrònic de l'empresa amb finalitats sindicals en la important STC 281/2005, de 7 de novembre.²⁵ El punt de partida sembla restrictiu, ja que no es reconeix un dret a

24. *McIntyre vs. Ohio Elections Comm'n*, 514 U.S. 334 (1995).

25. Podeu veure, amb anterioritat, altres pronunciaments de tribunals ordinaris, com per exemple, SAN, Sala Social, de 29 d'abril de 2004 (rec. 17/2004).

disposar de correu electrònic per dur a terme la tasca sindical: «[...] *no hay obligación de acción positiva del empresario en orden al establecimiento para uso sindical del sistema informático*».²⁶ Per tant, el sindicat no pot reclamar que l'empresa es doti de correu electrònic, i posi aquest a la seva disposició per poder així realitzar tasques sindicals. Ara bé, el dret a enviar informació sindical forma part del contingut essencial del dret a la llibertat sindical (art. 28.1 CE). A més, el dret es menysté si se sotmet a limitacions que el fan impracticable, el dificulten més enllà d'allò que és raonable o li treuen la protecció que li és necessària. I cal tenir en compte que el correu electrònic facilita molt la difusió de la informació sindical. Per això, si l'empresa ja té una xarxa informàtica en funcionament, destinada en principi a tasques empresarials, pot ser contrari al contingut essencial del dret a la llibertat sindical que no se'n permetin usos raonables per a finalitats sindicals, sempre que no alterin el normal funcionament de la producció i no impliquin costos addicionals.²⁷ Per tant, es podran establir condicions per a l'ús del correu electrònic sindical, amb la finalitat que la xarxa informàtica segueixi sent útil als efectes productius que van ser la seva raó de ser. El que vulnera el dret a la llibertat sindical és, doncs, impedir injustificadament als sindicats l'ús del correu electrònic empresarial preexistent per a les comunicacions sindicals, fins i tot en el context actual d'absència d'obligació legal concreta en la legislació laboral.

6. TIC i dret a la salut

El principi de precaució o cautela en la regulació reglamentària de les restriccions i les mesures de protecció enfront de emissions radioelèctriques sembla que donarà lloc a un nombre creixent de decisions sobre riscos i TIC.²⁸

III. La tensió entre el dret a la protecció de dades i el dret d'accés a la informació pública

No tindrem en compte, en aquest resum jurisprudencial, aquelles decisions que tractin sobre el dret a l'accés als documents públics però que no els relacionin amb el dret a la protecció de dades o amb les noves tecnologies. Els temes ome-

26. STC 281/2005, de 7 de novembre, FJ 6.

27. STC 281/2005, de 7 de novembre, FJ 7 i 8.

28. STS, Sala Tercera, Contenciós Administratiu, Secció 3a, de 19 d'abril de 2006 (rec. 503/2001).

sos són, doncs, amplis: documents referits a la lluita contra el terrorisme, excepcions de protecció de l'interès públic, irrellevància de l'afectació personal del demandant i altres aspectes interpretatius del Reglament 1049/2001, relatiu a l'accés del públic als documents del Parlament Europeu, del Consell i de la Comissió, entre molts d'altres.²⁹

Centrem-nos, per tant, en el nostre objecte d'estudi. L'Associació Judicial Francisco de Vitoria va interposar en el seu moment un recurs contenciós administratiu contra l'Acord del Ple del Consell General del Poder Judicial de 16 de desembre de 1998, que desestimava la petició que s'entregués a aquesta Associació una llista actualitzada dels membres de les altres associacions judicials. Aquest litigi, amb prou interès intrínsec, ens serà a més molt útil per descriure com els òrgans jurisdiccionals han donat resposta a la tensió existent entre el dret d'accés a la informació pública i el dret a la protecció de dades. La jurisprudència del Tribunal Constitucional sobre la limitació de drets fonamentals, per exemple la STC 57/1994, guia la resolució del Tribunal Suprem en el cas:³⁰ tot acte o resolució que limiti drets fonamentals ha de garantir que les mesures restrictives siguin adequades (és a dir, eficaces per obtenir el que es vol), necessàries (és a dir, que no existeix una mesura igualment eficaç que sigui en canvi menys limitadora de drets fonamentals) i proporcionada en sentit estricte (que el sacrifici final del dret no sigui molt gran en relació amb l'objectiu modest assolit). És el que es coneix com a test o principi de proporcionalitat. En el cas concret, la petició de l'Associació Judicial Francisco de Vitoria de les llistes d'afiliats de les altres associacions judicials té com a finalitat aconseguir una major transparència econòmica de les subvencions. La mesura és adequada, però en canvi innecessària, ja que existeix, en opinió del Tribunal Suprem, una alternativa menys costosa i suficient: el Consell General del Poder Judicial pot gestionar les llistes d'afiliats com a requisit previ a la sol·licitud de subvenció, i respondre afirmativament a les peticions de certificació sobre el nombre total d'afiliats i, si és el cas, sobre l'absència de duplicitats. Amb això ja es pot complir adequadament la finalitat de transparència econòmica, sense necessitat de tenir una relació particular de cada un dels afiliats. La dada relativa a l'associació concreta a la qual pertany cada jutge no és, doncs, imprescindible per a la finalitat

29. Es pot veure, sobre la qüestió, la Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (Sala Primera), d'1 de febrer de 2007 (ref. TJCE 2007\28, cas C-266/05 P).

30. STS, Sala Tercera, Contenciós Administratiu, Secció 7a, de 13 de setembre de 2002 (rec. 92/1999).

esmentada. Això sí, es pot recórrer judicialment contra la resposta del Consell General, o contra la quantia de les subvencions, si es creu que la gestió no és correcta.

De totes maneres, molts autors es queixen que el dret a la intimitat, d'acord amb la previsió legal de l'article 37.2 LRJPC, se sobreprotegeix enfront del dret «administratiu» d'accés als documents públics. No entrarem a analitzar la discussió doctrinal, ja que no ens pertoca en aquest estudi jurisprudencial, però sí que esmentarem que a escala europea tampoc s'utilitza sempre el test de proporcionalitat o ponderació d'interessos (*Balancing Test*), sinó el més desequilibrat o garantista (per a la intimitat) anomenat *test del dany* (*Harm Test*). Vegem ara supòsits concrets que il·lustrin aquesta hipòtesi inicial.

Un bon exemple el tenim en l'accés als exercicis d'altres candidats en procediments concurrents en matèria de personal ja conclosos. Així, la STSJ de Madrid, de 2 d'octubre de 1997, denega l'accés no ja als exercicis, sinó als mèrits avaluable en un procediment de concurs.³¹ Concretament, es considera que la revelació de dades relatives al seu expedient acadèmic i al seu currículum poden afectar la intimitat de la persona, i es considera suficient el resultat de la valoració d'aquestes dades, amb la puntuació dels mèrits generals i específics i el total obtinguts per la persona que concursa. Ara bé, la STSJ de Galícia, de 28 d'abril de 1998, reconeix el dret d'un recurrent a accedir a les dades sobre jubilació d'una persona que era arrendatària d'un local propietat seva, al·ludint al fet que la condició o no de jubilat no és una dada que afecti la intimitat.³² La jurisprudència italiana s'ha mostrat més favorable al dret a l'accés en aquests casos.³³ Així, en la Sentència del Consell d'Estat italià de 13 de gener de 1995 s'afirma que la redacció dels exercicis destinats a ser confrontats amb els d'altres candidats en un concurs públic no es poden reduir a la relació entre candidat individual i Administració pública, sinó que impliquen un judici de relació entre si, i per tant és legítim l'exercici del dret a l'accés en aquests supòsits.

Això sí, la doctrina italiana sol considerar que l'accés hauria d'anar acompanyat de mesures addicionals de garantia. En primer lloc, caldria acreditar la

31. STSJ de Madrid (Secció 7a), de 2 d'octubre de 1997 (recurs 826/1995).

32. STSJ de Galícia de 28 d'abril de 1998 (RJCA 1717).

33. Vegeu un resum de la doctrina italiana a Fernández Salmerón, Manuel, *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 177-191.

necessitat de defensar-se, i demostrar que l'única manera de fer-ho és tenint accés a la documentació sol·licitada.³⁴ En l'accés a proves acadèmiques en l'ensenyament públic s'ha autoritzat en ocasions un accés parcial (*accesso parziale*), per exemple amb l'omissió de la identificació de l'autor de la prova.³⁵ En altres ocasions, s'ha preferit un accés diferit (*accesso diferido*) fins a un moment en el qual es valorarà si han desaparegut ja les raons que impedièren la publicitat. Una altra garantia estudiada per la doctrina italiana és el consentiment de la persona afectada per tal d'accedir a les seves dades íntimes. La rellevància del consentiment no ha estat reconeguda en l'article 37.2 LRJPC, tot i que es pot trobar alguna resolució judicial que el menciona. Així, la STSJ d'Andalusia, de 23 de desembre de 1999, reconeix que es podria haver concedit a un pensionista la informació sobre lesions, malalties o possibles deformacions d'altres pensionistes si hagués tingut el consentiment d'aquests darrers.³⁶

Un exemple força conegut de tensió entre el dret d'accés i difusió de documents públics i el dret a la protecció de dades personals pot ser la difusió de les sentències condemnatòries per delictes de violència domèstica a la Comunitat Autònoma de Castella-la Manxa. Aquesta comunitat va decidir adoptar la Llei 5/2001, de 17 de maig, que volia donar resposta a la necessitat de prevenció i assistència a les dones víctimes de maltractaments.³⁷ Doncs bé, el primer Informe presentat pel Govern a les Corts de la comunitat incloïa 18 de les 41 sentències condemnatòries fermes dictades entre maig i desembre del 2001. L'Agència Espanyola de Protecció de Dades va arxivar l'expedient sancionador en considerar que la publicació d'aquestes sentències es feia en un suport físic no susceptible de tractament automatitzat posterior i, per tant, quedava al marge de la LOPD. En canvi, la STS de 12 de febrer de 2002 va anul·lar el text íntegre de l'ar-

34. Sobre l'accés indispensable, vegeu la Sentència del Consell d'Estat italià (secció V), de 3 de juliol de 2003, núm. 4002.

35. Sentència del Consell de Justícia Administrativa de la Regió Siciliana de 25 d'octubre de 1996, núm. 384.

36. STSJ d'Andalusia (Sevilla), Secció 4a, de 23 de desembre de 1999 (recurs 141/1994).

37. Article 11 de la Llei 5/2001, de 17 de maig, de Castella-la Manxa: «*El Gobierno remitirá a las Cortes, al menos con carácter anual, un Informe en el que preceptivamente se contengan: d) [...] La reproducción de las Sentencias firmes condenatorias sobre violencia doméstica cuando se cuente con el consentimiento de la víctima, cuando ésta no pudiere prestarlo, con el consentimiento de las personas perjudicadas. En todo caso, se respetará la intimidad de la víctima, su entorno familiar y fundamentalmente la intimidad de los menores afectados*». En la disposició addicional única de la mateixa Llei es prohibeix la inclusió de les dades de l'informe en cap fitxer, així com el tractament o la cessió, d'acord amb la LPDP.

ticle 21 del Reial decret 1828/1999, de 3 de desembre, pel qual es va aprovar el Reglament del Registre de Condicions Generals de Contractació.³⁸ Aquest article 21 preveia la publicació anual de les sentències judicials inscrites, a càrrec del registrador i classificades per sectors. Doncs bé, el Tribunal Suprem, a més de considerar que no es tracta de funcions pròpies del registre, fa un pronunciament general en el seu fonament jurídic 16: «*la publicación íntegra de sentencias judiciales implica dar a la publicidad datos contenidos en el cuerpo de la sentencia que no recogen en el fallo y sí pueden afectar a aspectos amparados por la Ley 15/1999 [Llei de protecció de dades personals] y el artículo 18.4 de la Constitución*».

Un altre supòsit concret el tenim en l'accés a la informació cadastral que incorpora dades personals. Doncs bé, les característiques econòmiques i jurídiques dels béns immobles individualitzats, incloent-hi dades personals, estaran a disposició d'aquelles persones que acreditin el consentiment dels titulars dels béns immobles o, si no n'hi ha, un interès legítim i directe, i no podran ser cedides ni utilitzades amb una altra finalitat que la indicada. L'interès directe no s'acredita només amb el fet d'obtenir un avantatge, sinó que cal que aquesta actuació sigui el mitjà legalment adequat per obtenir l'avantatge que el dret li reconeix. Tampoc la mera defensa de la legalitat és interès legítim.³⁹ El dret a l'accés a la informació, o transparència informativa, no és incompatible amb l'exigència de peticions de dades concretes sobre els documents que se sol·liciten. Un bon exemple el trobem en la Sentència del Tribunal Suprem de 14 de novembre de 2000, que conté fins i tot un vot particular sobre aquest aspecte.⁴⁰ Concretament, es discuteix si la petició podia ser més precisa o no sense que els recurrents coneguessin el contingut dels documents que demanaven.

La petició d'informació mediambiental ha donat lloc també a nombroses resolucions judicials. En la majoria de casos es debaten qüestions de legalitat en l'actuació administrativa, com per exemple si la sol·licitud és massa genèrica,

38. STS de 12 de febrer de 2002 (RJ 2562).

39. STSJ de Castella-la Manxa núm. 434/2001 (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a), de 4 de juny.

40. STS (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 6a) de 14 de novembre de 2000 (ref. RJ 2001\425). Vot particular del ponent Juan Antonio Xiol Ríos, al qual s'adhereixen altres magistrats.

cosa que impedeix contestar el que es demana.⁴¹ En altres casos, en canvi, les noves tecnologies cobren interès. Així, se sosté que si bé el dret a la informació s'ha de reconèixer individualment en cas de sol·licitud puntual, quan el contingut de la informació pretesa siguin dades d'informació periòdica mediambiental, el dret és a una difusió periòdica. I és aquí on les noves tecnologies de la informació, com la xarxa Internet, poden tenir un paper destacat.⁴²

IV. Conclusions: simple evolució o transformació de la jurisprudència sobre drets fonamentals i noves tecnologies?

La jurisprudència sobre drets fonamentals i noves tecnologies parteix preferentment de les estructures tradicionals per incorporar-hi progressivament els reptes nous que van apareixent. En ocasions, la tensió entre la institució tradicional i les situacions fins ara no previstes provoca una necessitat de crear noves figures. En aquest sentit, l'exemple més clar és el reconeixement del dret a la protecció de dades personals (art. 18.4 CE), separant-lo del dret a la intimitat (art. 18.1 CE) amb el qual va conuiu fins a la STC 292/2000. Ara bé, aquests canvis puntuals o concrets no semblen suficients. La problemàtica generada per les noves tecnologies sobre els drets fonamentals creix tant que difícilment serà possible no incloure mecanismes nous per fer-hi front. És en aquest sentit que es parla de nous drets fonamentals o «ciberdrets». No s'hauria de témer el seu progressiu reconeixement cada cop que calgui protegir aspectes que no puguin ser situats en un dret tradicional sense forçar excessivament les seves característiques. Ara bé, crec que els drets tradicionals, com per exemple la intimitat o la llibertat d'expressió, poden oferir perfectament garanties enfront de vulneracions tec-

41. Sentència del Jutjat Contenciós Administratiu de Bilbao, núm. 315/2006, de 26 d'abril (ref. JUR 2006\166879). Altres casos sobre peticions d'informació mediambiental, per exemple: STS, Sala Tercera, Contenciós Administratiu, Secció 5a, de 3 d'octubre de 2006 (rec. 2424/2003) i STS, Sala Tercera, Contenciós Administratiu, Secció 5a, de 7 de febrer de 2004 (rec. 3457/2000). L'ús d'Internet per divulgar els documents ha estat considerat en algun cas com un abús de procediment (Sentència del Tribunal de Primera Instància de les Comunitats Europees de Luxemburg, Sala Quarta ampliada, de 17 de juny de 1998, ref. TJCE 1998\146). Un altre exemple de sol·licitud d'informació, en aquest cas a un ajuntament, denegada per considerar, indegudament, la petició massa genèrica és el resolt en Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Las Palmas (Sala Contenciosa Administrativa, secció 2a), de 16 de juliol (ref. JUR 2004\266497). Es demanaven aquí informacions relatives a llicències urbanístiques de certes edificacions.

42. STS, Sala Tercera, Contenciós Administratiu, Secció 5a, de 4 d'abril de 2006.

nològiques. Això sí, cal fer l'esforç d'estudiar i conèixer les possibilitats infractores de les noves tecnologies.

Per ara, la problemàtica del reconeixement o no de nous drets fonamentals no preocupa generalment els juristes. Potser estem encara en una etapa de transició entre el model de drets fonamentals tradicional i el que acceptarà drets de la societat de la informació. En aquesta etapa actual, el dret a la protecció de dades sembla omnipresent i, al meu parer, sobredimensionat. En efecte, d'una banda, l'Administració electrònica sembla frenar algunes de les seves possibilitats per la inseguretats en la interpretació de la Llei de protecció de dades. De l'altra, les possibles vulneracions d'altres drets fonamentals que no estiguin estrictament relacionades amb les bases de dades, com ara el dret a la intimitat, el dret al secret de les comunicacions o el dret a la llibertat d'expressió, romanen en un segon terme.

De forma més general, el dret públic s'està transformant profundament a causa de les tecnologies de la informació i les comunicacions. L'Administració electrònica està possibilitant la tramitació íntegra de molts procediments administratius. Les noves tecnologies no només permeten que es reproduïxin els procediments tradicionals de forma no presencial, sinó que possibiliten, a més, que es transformin els mateixos procediments fins a adoptar formes inexistents en la tramitació administrativa presencial. S'ha arribat a dir que l'Administració electrònica està duent a terme una autèntica reforma de l'Estat tal com el coneixem ara. Si això és cert, les garanties jurídiques han d'adaptar-se també a aquests canvis si es vol que el dret segueixi sent un instrument real i efectiu de limitació del poder i de defensa de drets.

RESUM**Revista catalana de dret públic**, 35, ISSN 1885-5709, 2007

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

004.7

Antoni Roig, professor titular de dret constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona

ca Dret públic i tecnologies de la informació i la comunicació

p. 337-356

Aquesta recopilació jurisprudencial pretén il·lustrar amb exemples la incidència de les noves tecnologies sobre els drets fonamentals. Els tribunals han intentat adaptar-se als nous supòsits a partir del bagatge conceptual tradicional. A poc a poc, els casos més forçats sembla que obliguen a introduir novetats, que de moment són molt limitades. El resultat final és un àmbit de protecció desigual, on certs drets són prioritzats, com de manera destacada ho és el dret a la protecció de dades, en detriment d'altres que queden més en un segon pla. S'ha afirmat, per cloure l'estudi, que potser podríem considerar la situa-

ció actual com una situació transitòria cap a una jurisprudència que, segurament amb guies legislatives més precises, concreti nous drets apareguts en el marc de la societat del coneixement. La tasca del dret és adaptar-s'hi per seguir oferint nivells de protecció equivalents com a mínim als drets tradicionals. Les transformacions de l'Administració electrònica, d'altra banda, podrien tenir repercussions més profundes del que aparentment només és una simple actualització dels procediments administratius amb les tecnologies de la informació.

Paraules clau: drets fonamentals; tecnologies de la informació i la comunicació (TIC); dret públic; dret d'accés als documents públics; protecció de dades personals; dret a la intimitat; dret al secret de les comunicacions; llibertat d'expressió; dret a la llibertat sindical; anonimats.

RESUMEN

Revista catalana de dret públic, 35, ISSN 1885-5709, 2007

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

004.7

Antoni Roig, profesor titular de derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona

ca Dret públic i tecnologies de la informació i la comunicació

es Derecho público y tecnologías de la información y la comunicación

p. 337-356

Esta recopilación jurisprudencial pretende ilustrar con ejemplos la incidencia de las nuevas tecnologías sobre los derechos fundamentales. Los tribunales han intentado adaptarse a los nuevos supuestos a partir del bagaje conceptual tradicional. Poco a poco, los casos más forzados parece que obligan a introducir novedades, que de momento son muy limitadas. El resultado final es un ámbito de protección desigual, donde ciertos derechos son priorizados, como de manera destacada lo es el derecho a la protección de datos, en detrimento de otros que quedan más en un segundo plan. Se ha afirmado, para concluir el estudio, que quizás podría-

mos considerar la situación actual como una situación transitoria hacia una jurisprudencia que, seguramente con guías legislativas más precisas, concrete nuevos derechos aparecidos en el marco de la sociedad del conocimiento. La tarea del derecho es adaptarse para seguir ofreciendo niveles de protección equivalentes como mínimo a los derechos tradicionales. Las transformaciones de la Administración electrónica, por otra parte, podrían tener repercusiones más profundas de lo que aparentemente sólo es una simple actualización de los procedimientos administrativos con las tecnologías de la información.

Palabras clave: derechos fundamentales; tecnologías de la información y la comunicación (TIC); derecho público; derecho de acceso a los documentos públicos; protección de datos personales; derecho a la intimidad; derecho al secreto de las comunicaciones; libertad de expresión; derecho a la libertad sindical; anonimato.

ABSTRACT**Revista catalana de dret públic**, 35, ISSN 1885-5709, 2007

Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)

Key words source: Key words are given by the authors

004.7

Antoni Roig, tenured professor of Constitutional Law at the Autonomous University of Barcelona

ca Dret públic i tecnologies de la informació i la comunicació

en Public Law and Information and Communications Technologies

p. 337-356

This case law compilation aims to illustrate the impact of new technologies on fundamental rights by means of examples. The law courts have tried to adapt to the new situations by drawing on the traditional conceptual background. Little by little, the most extreme cases seem to call for the introduction of innovations, which so far are very limited. The final result is an uneven scope of protection, where certain rights are given priority, among which the right to data protection stands out, against the interest of others which are left aside. To conclude this study, it has been stated that perhaps the current si-

tuation could be considered as transitional leading towards a case law which, probably with more precise legislative guides, will specify the new rights which will have arisen in the knowledge society. The task of law is to adapt itself in order to carry on offering levels of protection equivalent, at least to those of traditional rights. Furthermore, the transformations of the electronic administration could have a deeper impact than what appears to be a mere updating of the administrative proceedings to the information technologies.

Key words: fundamental rights; Information and Communications Technologies (ICTs); public law; access to public records; protection of personal data; right to privacy; communications privacy; freedom of speech; trade union freedom; anonymity.