



LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS TELECOMUNICACIONES.



Este documento ha sido elaborado gracias al financiamiento del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones - INDOTEL- con fondos del préstamo obtenido del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) o Banco Mundial con fondos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.





LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS TELECOMUNICACIONES.

El despliegue de las tecnologías de la Información y la nueva ordenación subsiguiente, en sus múltiples aspectos, han puesto de relieve la importancia del ordenamiento constitucional; tanto en lo que concierne al perfil del Estado regulador como un nuevo tipo de Estado, como en los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos que resultan afectados por la comunicación. Libertades clásicas, como la libertad de expresión y comunicación o el secreto de las comunicaciones son aspectos esenciales a considerar; como también, una nueva generación de derechos que es preciso reconocer y tutelar, tales como el derecho a la privacidad e intimidad en sus múltiples facetas.

UNIDAD DIDACTICA 15

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN TELECOMUNICACIONES

SUMARIO.

INTRODUCCIÓN.

I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

- A.- Concepto y fundamento.
- B.- Estructura y contenido.
- C.- Titulares y obligados.
- D.- Intervenciones y límites.
- E.- Garantías específicas.

II. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD COMO LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

- A.- Honor, intimidad y propia imagen.
- B.- Protección civil y penal.
- C.- Algunos criterios jurisprudenciales para la solución de conflictos.

III. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.

- A.- Concepto y fundamento.
- B.- Estructura y contenido.
- C.- Titulares y obligados.
- D.- Intervenciones y límites.
- E.- Garantías específicas. En especial, en el sector de las telecomunicaciones.

IV. LA PROTECCIÓN DE DATOS.

- A.- El derecho a la autodeterminación informativa.
- B.- Normativa general sobre protección de datos.
- C.- Normativa específica sobre protección de datos en el sector de las telecomunicaciones

BIBLIOGRAFÍA DEL MÓDULO III.

1.- Unidad didáctica redactada en colaboración con el Dr. Guillermo Escobar Roca.

INTRODUCCIÓN

Como cualquier otra rama del ordenamiento jurídico, el Derecho de las telecomunicaciones, que a efectos de este capítulo entenderemos en sentido amplio (inclusivo de las telecomunicaciones en sentido estricto y de los servicios audiovisuales), se encuentra condicionado, en primer lugar, por las normas constitucionales. Entre estas ocupan un lugar destacado los derechos fundamentales. Aunque su importancia para el sistema constitucional es seguramente menor a la propia de los valores y principios (Estado de Derecho, democracia, Estado social, dignidad de la persona), su trascendencia práctica es mucho mayor, a la vista de su reforzada justiciabilidad y de la previsión legislativa de un completo sistema de garantías, encaminado a lograr una protección privilegiada para esta categoría jurídica.

Según la concepción clásica, los derechos fundamentales son, en primer lugar, derechos de defensa, que protegen al individuo de agresiones externas a su ámbito de autonomía. En aplicación a nuestro campo de estudio, defienden sobre todo frente a los ataques de los poderes públicos (singularmente la Administración) y, cada vez de forma más frecuente, de los poderes privados (singularmente, los grandes operadores de telecomunicaciones, radio y televisión), dirigidos a impedir el ejercicio de la libertad de expresión, en su más amplio sentido, o a penetrar en reducidos de la intimidad del individuo, que no sólo abarcan hoy su esfera íntima en sentido estricto sino también sus comunicaciones o sus datos personales.

Manteniendo esta concepción original, en la actualidad el significado de los derechos fundamentales se ha expandido a nuevos ámbitos, reconociéndose unánimemente su capacidad para obligar al Estado a realizar actuaciones positivas, sea en forma de prestaciones económicamente cuantificables, sea mediante la creación de normas de organización o de procedimiento. En esta dirección podríamos hablar de un deber estatal a proteger activamente los derechos de defensa y, sobre todo, de garantizar que el proceso de la comunicación, pública o privada, se desarrolle de forma adecuada a las necesidades de la sociedad del siglo XXI. Esta última faceta de los derechos fundamentales, más novedosa, se entremezcla en nuestro ámbito de análisis con la función del Estado en el sector, muchas veces de discutible justiciabilidad. Aquí la novedad de las categorías, aún no consolidadas en la Dogmática, impide llegar a conclusiones categóricas: por ejemplo, no está claro si el acceso a Internet es un derecho exigible judicialmente por los ciudadanos, derivado de la Constitución, o una mera obligación de actuación administrativa, por citar un problema especialmente discutido.

En esta Unidad Didáctica ofreceremos una panorámica general de los derechos fundamentales que, de una u otra forma, tienen incidencia en el ámbito de las telecomunicaciones. Se trata de realizar una síntesis de las cuestiones básicas que, en general, plantea cada figura de derecho (la exposición se asemejaría entonces a la propia de un manual de Derecho constitucional), acompañada de un mayor desarrollo de las cuestiones específicas que se plantean en el Derecho de las telecomunicaciones. En la relación sistemática de derechos hemos incluido tan sólo los que no ofrecen duda sobre su carácter fundamental, dejando para otros epígrafes o capítulos derechos cuya *fundamentalidad* podría discutirse².

Un **primer bloque** (libertad de expresión y sus límites) guarda relación, sobre todo, con el Derecho audiovisual, y especialmente con problemas centrales de éste, tales como la creación de empresas audiovisuales y la regulación de los contenidos audiovisuales. Un **segundo bloque** incide básicamente sobre el Derecho de las telecomunicaciones estrictamente considerado, en el cual el problema de la libertad de expresión apenas se plantea y donde los primeros bienes a

2.- El derecho de rectificación se estudia en la Unidad didáctica 16. El derecho de autor, en relación con Internet, en la UD 20.

garantizar son la protección de la esfera íntima, en su más amplio sentido, y de los datos sobre las personas. En un **tercer bloque** se abordan cuestiones nuevas, escasamente planteadas y mucho menos resueltas por el ordenamiento jurídico o por la doctrina, como son las relacionadas con los derechos fundamentales en Internet, a caballo (como la propia naturaleza de la red) entre los derechos característicos del sector audiovisual y los propios del sector de las telecomunicaciones en sentido estricto.

I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

A.- CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La libertad de expresión protege todas aquellas acciones que muestren la intención de sus autores de exteriorizar un mensaje o contenido (“pensamientos, ideas y opiniones” e “información”, según la terminología utilizada por la CE). Parece así preferible hablar de un único derecho fundamental con dos manifestaciones específicas (opinión e información), dotadas cada una de peculiaridades propias. Aunque una importante línea jurisprudencial ha defendido la autonomía de la libertad de información creemos más conveniente, de conformidad con la tendencia dominante en el Derecho comparado, hablar de una única figura (libertad de expresión a secas o en sentido amplio), por cuanto los pretendidas libertades autónomas de expresión e información compartirían un buen número de elementos comunes. Esto no quiere decir que la distinción entre expresión de pensamientos, ideas y opiniones por un lado y de información por otra carezca de toda consecuencia jurídica; por ejemplo, resultará relevante, como veremos, a la hora de realizar la ponderación con otros principios y derechos constitucionales.

El fundamento de la libertad de expresión es doble:

a) Desde su origen sirve ante todo al objetivo de hacer posible un **debate público**, útil para toda la comunidad, lo que después se irá transformando en elemento esencial (constitutivo y no meramente útil) del Estado democrático, a medida que esta forma de Estado va consolidándose en las sociedades occidentales. Esta concepción de la libertad de expresión ha tenido gran éxito en Europa, por influencia sobre todo de la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos. En palabras del Tribunal Constitucional español, la libertad de expresión “garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que [...] es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política”.

b) El principio de dignidad de la persona parece exigir en todo caso una atención a los intereses propios de quien se expresa, claramente minusvalorados en la concepción recién referida. En este sentido, la consideración de la libertad de expresión como instrumento al servicio de la **auto-realización individual** pasa a un primer plano. El hombre es un ser sociable por naturaleza y uno de los rasgos esenciales (si no el definitorio) de la condición humana es precisamente su necesidad de comunicación, de expresar a otros sus ideas, como lógica continuación de su libertad ideológica. El derecho fundamental hunde así sus raíces en la esencia del constitucionalismo originario, fundado en la filosofía liberal y en el reconocimiento de ciertos derechos de autonomía de la persona, que operan básicamente como límites al poder del Estado.

Desde este último punto de vista puede afirmarse que la libertad de expresión se ejerce también en el ámbito privado (p. ej., en una comunicación telefónica), aunque en él se planteen más bien otros problemas jurídicos, relacionados sobre todo con la intimidad de las personas. De hecho, la

doctrina tradicional de la libertad de expresión toma en cuenta tan sólo la comunicación en el ámbito público y, por ello, un sector de la doctrina prefiere hablar de **libertad de comunicación** para referirse a esta nueva concepción ampliada de la libertad de expresión.

B.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO

La libertad de expresión es, como su mismo nombre ya nos indica, una libertad, esto es, tiene por primera finalidad impedir al poder público y a los particulares que prohíban, dificulten o castiguen las acciones incluidas en su contenido. Aunque cabe una práctica cotidiana del derecho (los ciudadanos se expresan continuamente, sin caer en la cuenta de que están así ejerciendo un derecho fundamental), este cobra sobre todo su sentido con la aparición de intervenciones, esto es, de prohibiciones, condicionantes y castigos (de “formalidades, condiciones, restricciones o sanciones” habla el art. 10.2 CEDH) contra quienes han decidido expresar un determinado mensaje o contenido.

Cuestión discutida es si la libertad de expresión admite *también* una faceta prestacional, esto es, si cabe exigir constitucionalmente al Estado una serie de actuaciones positivas encaminadas a garantizar los intereses característicos del derecho fundamental, sea atribuyendo derechos subjetivos a los individuos directamente afectados, sea mediante otras técnicas de control de la inactividad del Estado. Atendiendo al doble fundamento del derecho antes referido, toda apunta en favor de esta faceta prestacional, pues sin la intervención del Estado no se lograría ni la consecución del debate público plural exigido por el Estado democrático (resultarían necesarios entonces medios públicos en los que este debate fuera posible, ayudas o subvenciones para la creación de canales de interés social, actuaciones positivas en defensa del pluralismo, etc.) ni el ejercicio del derecho por los ciudadanos en condiciones de igualdad (harían falta previsiones sobre el acceso a los medios de comunicación, garantizar el acceso universal a Internet, etc.).

La determinación del contenido de la libertad de expresión exige, por otra parte, la concreción del tipo de mensajes que se encuentran constitucionalmente garantizados. Desde nuestro concepto inicial (recordemos, “pensamientos, ideas y opiniones” e “información”) podemos afirmar que **prima facie** cualquier contenido expresivo está constitucionalmente protegido. Este punto de partida pretende evitar el problema del “sesgo cultural”, esto es, la exclusión ab initio de determinados contenidos, considerados al margen de las pautas por las que deberían discurrir los mensajes. En España la jurisprudencia viene a asumir en la práctica esta concepción amplia del contenido de los mensajes, que sólo admite dos excepciones, aplicadas en muy escasas ocasiones: las expresiones vejatorias innecesarias para la emisión del mensaje y las “amenazas o intimidaciones”.

Conviene destacar sin embargo que en relación con un determinado tipo de mensajes alguna norma constitucional o legal, como en España la Constitución de 1978, se esfuerza en precisar algo más el ámbito protegido. Es el supuesto del mensaje informativo, que ha de ser “veraz”, por los que las informaciones no veraces quedarían fuera del derecho. Se entenderá entonces que el concepto de veracidad resulte clave a la hora de determinar el contenido de la libertad de expresión cuando el mensaje emitido sea una información. Ello exigiría una doble operación:

- a) Determinar qué mensajes son “información”. Aunque no siempre será fácil distinguir entre hechos y opiniones, parece que por contenidos informativos cabe entender aquellos que pretenden primordialmente la descripción de hechos, sin introducir valoraciones personales sobre los mismos. Las materias sobre las que los hechos versen no adquieren, en la determinación inicial del contenido del derecho, relevancia alguna.
- b) Determinar qué informaciones merecen el calificativo de veraces. Se trata de un asunto difícil, que ocupa buena parte del centro de discusión de la Teoría del conocimiento. En España, siguien-

do aquí el ejemplo de los Estados Unidos, la jurisprudencia ha eludido enfrentarse directamente al problema, utilizando para ello el fácil expediente de identificar veracidad con algo en apariencia bien distinto, la diligencia del emisor. En palabras del Tribunal Constitucional español, “cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que pueden resultar erróneas [...] cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aunque su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la “verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía sería el silencio”.

Otra cuestión controvertida es la inclusión en el contenido del derecho de otras actuaciones no directamente expresivas, pero encaminadas, bien a hacer después posible el ejercicio de la libertad de expresión, bien a facilitar su más amplio desenvolvimiento. Estas actuaciones tienen la particularidad de que, por lo general, podrían encontrar también sustento en el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa. Veamos los dos supuestos principales:

a) Para la creación de medios audiovisuales el Estado exige la obtención de una autorización o concesión administrativa. Nos encontraríamos así en presencia de una intervención que podría operar, bien como un condicionante, bien como una prohibición del ejercicio del derecho. En este caso, consideramos que la actividad consistente en poner en funcionamiento un nuevo medio de comunicación debe entenderse comprendida dentro del contenido de la libertad de expresión, dado su carácter de instrumento imprescindible para el ejercicio, por un amplio número de sujetos, de este derecho fundamental. De esta tesis se desprende que el Estado no podrá prohibir la creación de un medio, aunque sí subordinarla al cumplimiento de determinados requisitos, siempre que éstos aparezcan dotados de fundamento constitucional y resulten respetuosos del principio de proporcionalidad.

b) En relación con la actividad de difusión de los mensajes, debe considerarse que, bien expresa (como en la CE), bien implícitamente, esta actividad se encuentra protegida por la libertad de expresión, pues de entender lo contrario el sentido de este derecho quedaría notablemente reducido.

Por último, conviene destacar que, en tanto derecho de libertad, la libertad de expresión tiene también un contenido negativo, consistente en la posibilidad de no expresarse. En consecuencia, un hipotético derecho del público a recibir una determinada información entraría, en principio, en colisión con la libertad de expresión, circunstancia ésta que no debe sorprender, pues no hay derechos absolutos y todos se limitan recíprocamente en su ejercicio.

C.- TITULARES Y OBLIGADOS

La libertad de expresión sirve para la autorrealización individual y, por tanto, pertenece por igual a todos los individuos, afirmación ésta frecuentemente destacada en por la jurisprudencia, en especial a la hora de negar a los periodistas el ejercicio exclusivo o privilegiado de este derecho. En consecuencia, también las denominadas categorías especiales de personas son titulares de la libertad de expresión: los extranjeros, los menores y quienes se encuentran en una relación de sujeción especial con la Administración, y ello con independencia, en este último caso, de que puedan aparecer límites específicos que justifiquen las intervenciones sobre el ejercicio del derecho fundamental por estos sujetos (la jerarquía administrativa, por parte de los funcionarios o la independencia judicial, por parte de los jueces y magistrados).

Seguramente el problema principal que plantea la titularidad de este derecho es el de la expresión colectiva y de personas jurídicas. Cuando son varias personas concretas las que aparecen como firmantes de un mensaje no se plantean especiales problemas, pues todas ellas pueden considerarse titulares del derecho. Más discutible resulta el caso de mensajes suscritos por personas jurídicas, sin mención a persona física alguna (p. ej., el editorial de un periódico o un comunicado emitido por una asociación), pero podemos admitir su legitimidad, al menos a la vista de la jurisprudencia constitucional sobre la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas.

Las personas jurídico-públicas, por su parte, sólo serían titulares de la libertad de expresión si admitiéramos la ficción de que pudieran expresarse; en realidad quienes exteriorizan los correspondientes mensajes son los titulares concretos del cargo (p. ej., un ministro que realiza unas declaraciones públicas) o un número determinado de los miembros de un órgano (p. ej., una declaración institucional, aprobada por el Pleno de un Ayuntamiento). En relación con los mensajes emitidos por órganos administrativos habrá de tenerse en cuenta la posible afectación al principio de imparcialidad de los funcionarios.

Por lo que a los obligados o sujetos pasivos de la libertad de expresión se refiere, baste aquí con señalar que, junto a los poderes públicos, los particulares están también obligados al respeto del derecho, lo que debería traducirse en la inconstitucionalidad de cualquier impedimento o prohibición, procedente de un poder privado, a la libre emisión de los mensajes.

D.- INTERVENCIONES Y LÍMITES

Las intervenciones sobre la libertad de expresión se justifican, en primer lugar, en límites directos, enunciados expresamente por la norma suprema al reconocer el derecho.

Por su parte, para el artículo 10.2 CEDH, la libertad de expresión tiene como límites “la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos”, la confidencialidad de determinadas informaciones y la “autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. Ahora bien, conviene realizar dos advertencias: en primer lugar, los límites mencionados ni son los únicos que cabe utilizar para justificar las intervenciones sobre la libertad de expresión (cualquier otra norma constitucional puede hacerlo) ni ocupan una hipotética posición privilegiada (que permitiera, p. ej., otorgarles una primacía en la ponderación o una mayor importancia que otros límites); en segundo lugar, la utilización de estos bienes jurídicos como límites de la libertad de expresión deberá encontrar sustento en una norma constitucional concreta, lo que no sucede en relación con todos los bienes mencionados. En el apartado siguiente de este capítulo volveremos más detenidamente sobre esta cuestión.

E.- GARANTÍAS ESPECÍFICAS

Prueba de la importancia que la libertad de expresión adquiere en el ordenamiento constitucional es la existencia, bien en la propia Constitución, bien en su desarrollo legislativo, de mecanismos adicionales que tienen por finalidad reforzar su protección. Así, nos encontramos con:

a) **La prohibición de la censura previa.** Según la CE, el ejercicio de la libertad de expresión “no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”. El primer problema que plantea la prohibición es naturalmente el concepto de “censura previa”, que el constituyente parece entender en términos amplios, implícitos en la fórmula “ningún tipo”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español parece optar más bien por un concepto más restringido de censura, calificada ahora como “intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales”, cuya prohibición se dirige además

“en principio con toda su intensidad a la tradicionalmente denominada censura gubernativa y no a la posibilidad de que un Juez o Tribunal, debidamente habilitado por la ley, adopte ciertas medidas restrictivas” de la libertad de expresión. Por lo que aquí interesa, conviene sobre todo retener que una eventual censura procedente de poderes privados no sería, en rigor, censura, al menos en el sentido constitucional.

Un segundo problema, de más difícil solución, es el de dilucidar si la prohibición de la censura previa tiene o no un carácter absoluto, es decir, si admite excepciones en algún caso, mediando por supuesto justificación en otra norma constitucional. A nuestro entender, la mención expresa a la censura (una más de las intervenciones posibles sobre el derecho) y la fórmula “ningún tipo” parecen conducir a una comprensión absoluta de la prohibición, tesis que vendría avalada por el restringido concepto de censura mantenido por la más reciente jurisprudencia constitucional

b) **La prohibición del secuestro administrativo.** Según la CE “Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”, con lo que implícitamente se impide a la Administración hacer uso de una de las formas más típicas de impedir la difusión de los mensajes. En relación con esta garantía específica de la libertad de expresión se plantean tres problemas principales:

- a') Determinar cuáles son los “medios de información” cuyo secuestro resulta constitucionalmente ilegítimo. A nuestro entender, el término debe interpretarse en un sentido amplio, acorde con la finalidad perseguida por el derecho fundamental. Por ello, en principio cualquier forma de difusión de mensajes ha de encontrarse protegida, ya que la Constitución no distingue entre unas y otras. Desde luego, la difusión de páginas web en Internet estaría protegida por la garantía constitucional.
- b') Determinar el ámbito de la decisión judicial constitucionalmente permitida. Parece que el secuestro puede entenderse como sinónimo de retención física de los soportes materiales de determinados mensajes, que en todo caso deberá hacerse efectiva a través de los procedimientos judiciales oportunos en los que pretendan hacerse valer o defender, precisamente, los derechos y bienes jurídicos que sean límites de la libertad de expresión, así como con el necesario respeto a los límites generales a los límites de los derechos fundamentales (el principio de proporcionalidad, sobre todo).
- c') Determinar la relación entre el secuestro judicial y la prohibición de censura previa. En relación con este punto hay que señalar que la más reciente jurisprudencia viene a eliminar, en la práctica, los supuestos de censura previa de origen judicial, de forma tal que, por ejemplo, aquellos secuestros que deriven del examen del contenido del mensaje con arreglo a determinados valores abstractos con los que el mensaje se contrasta se encontrarían de entrada fuera de la prohibición constitucional. Ello no quiere decir, desde luego, que resulten constitucionalmente legítimos, pues continuamos aquí en presencia de una intervención sobre la libertad de expresión, que, como las demás, habrá de superar los criterios generales de control de su justificación.

II. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD COMO LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

A.- HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN

El límite más importante a la libertad de expresión viene constituido por los llamados derechos de la personalidad: honor, intimidad y propia imagen. Estos derechos, que inicialmente se habían mantenido en el estrecho ámbito del Derecho privado, son reconocidos en los primeros textos internacionales sobre derechos humanos, tales como la DUDH (art. 12) y el CEDH (art. 8), y después en la mayor parte de las Constituciones europeas (en España, art. 18 CE).

En España, la Ley Orgánica 1/1982 regula el ejercicio de los citados derechos de la personalidad sin distinguir con claridad entre unos y otros. Sin embargo, existen importantes diferencias entre ellos:

a) **El derecho al honor** alude a la consideración de la persona en cuanto a su integridad de ser humano, intrínseca al principio de dignidad. Para que se produzca una lesión del derecho al honor es necesario que se afecte a esta dignidad, al reconocimiento que los demás tienen de la persona, de su integridad moral o de su consideración social. Su principal peligro proviene de ataques de particulares.

b) **El derecho a la intimidad**, por su parte, hace referencia a la obligación, por parte de los poderes públicos y de los particulares, de respetar un ámbito de privacidad de la persona. En palabras del Tribunal Constitucional español, este derecho garantiza “un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a nuestra persona y familia, [...] pudiendo imponer a terceros, sean éstos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida”.

Desde este punto de vista, el honor y la intimidad, no se superponen sino que más bien se relacionan, pudiéndose ver atacados de manera conjunta o separada: no siempre la violación de la intimidad supone un descrédito del honor o viceversa y puede ocurrir que el descrédito se lleve a cabo mediante una lesión al derecho a la intimidad, cuando se revelen datos atinentes a la intimidad de la persona.

El derecho a la intimidad se puede definir como el derecho a no ser molestado y a guardar la conveniente reserva acerca de los datos de una persona que ésta no quiera divulgar. En otros términos, es el derecho a mantener una vida privada sin interferencias de otras personas ni del Estado. Conecta así con el ámbito de privacidad a que tiene derecho todo ciudadano en un Estado de Derecho, en riesgo sobre todo frente al poder del Estado (una nueva diferencia con el derecho al honor), principal propietario, junto con la industria multinacional, de la información y la acumulación de datos sobre la intimidad de las personas.

Desde esta perspectiva, el problema fundamental radica en la determinación del grado de confidencialidad a que viene obligado el Estado respecto de la vida privada de los ciudadanos. Debe tenerse en cuenta que la acumulación de datos por parte del Estado en ocasiones va más allá del mero interés en uno concreto, pues los datos, en sus combinaciones posibles, exceden de lo que en un principio se puede suponer que representan. Por ejemplo, la dirección postal de una persona, que parece un dato objetivo sin trascendencia en la intimidad, representa una información importante en cuanto al *status* social de las personas, que, combinado con otros, puede ocasionar lesiones del derecho a la intimidad.

La doctrina tradicional admitía tres grados de intimidad considerados como círculos concéntricos: la esfera privada, la intimidad confidencial y, por último, el secreto. Frente a esta tesis tradicional

surge recientemente la **teoría del mosaico**, que parte de la idea de que los datos, tal y como se estructuran desde la informática, no tienen sentido en sí mismos, pero sí lo tienen en cuanto se relacionan entre ellos. Por ejemplo, determinados datos que pueden ser intrascendentes en una entidad bancaria adquieren circunstancialmente importancia decisiva para otros usos, incluso para actos delictivos. A esta idea relacional de la informática es a la que se refiere la teoría del mosaico. En este sentido, con datos aparentemente triviales de la vida de las personas, podría llegar a violarse su intimidad.

c) Por último, el **derecho a la propia imagen** puede ser definido, también de forma autónoma a los dos anteriores, como la garantía del individuo frente a los intentos de un tercero de captar, reproducir o publicar su imagen sin autorización. La imagen protege, según el Tribunal Supremo español, “la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción, [lo que] puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad de inestimable valor para el sujeto y el ambiente social en que se desenvuelve, incluso en su proyección contra desconocidos sujetos”.

La Ley Orgánica 1/1982, que en esta ocasión regula separadamente el derecho fundamental, excluye de su ámbito protegido, en general, “las actuaciones acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante” y, en especial, los tres supuestos siguientes: la “captación, reproducción o publicación [de la imagen de una persona] por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público”; “La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social” y “La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria”.

En relación con el derecho a la propia imagen debemos hacer somera mención a su posible afectación (en concurrencia en ocasiones con el derecho a la intimidad) por **sistemas de videovigilancia**. En España esta cuestión se encuentra regulada por la Ley Orgánica 4/1997, que permite a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad “la utilización de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas o infracciones administrativas relacionados con la seguridad públicas”.

La Ley establece un mínimo procedimiento de autorización para la instalación de videocámaras, fijas o móviles, que concluye por resolución de la autoridad administrativa competente en cada caso, siempre tras el previo informe, no vinculante, de una denominada Comisión de Garantías de la Videovigilancia. Aprobada la instalación, la Ley indica, con buen criterio, que “la utilización de videocámaras estará presidida por el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima”.

B.- PROTECCIÓN CIVIL Y PENAL

Inicialmente estos derechos eran protegidos por las cláusulas generales de responsabilidad extracontractual (en España, el art. 1902 del Código Civil), desde una tendencia claramente patrimonialista. En tiempos recientes es sin embargo frecuente la promulgación de normas especiales de protección.

En España la protección civil de estos derechos se contiene en la Ley Orgánica 1/1982, que remite, como norma general, a datos extrajurídicos para apreciar la vulneración (“La protección [...] quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”) y admite la renuncia

temporal de derechos (“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima [...] cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso”).

Esta normativa considera una serie de intervenciones ilegítimas en todo caso. Así, se prohíben:

- a) El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.
- b) La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro y reproducción.
- c) La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.
- d) La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
- e) La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo las excepciones legalmente previstas en relación con el derecho a la propia imagen, referidas líneas atrás.
- f) La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.
- g) La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

La garantía judicial civil (prestada por los tribunales ordinarios) protege al individuo, con un generoso plazo de caducidad de cuatro años, frente a las intervenciones aludidas u otras similares y comprende, según la Ley, “la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores”, añadiéndose que “Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como al reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados”. En todo caso, en la práctica, la finalidad principal de la demanda va a ser normalmente el logro de la indemnización, con lo cual no estamos muy lejos, pese a los buenos propósitos del legislador, del viejo sistema de marcado corte patrimonialista. En aras de una siempre difícil seguridad jurídica en la materia (hoy es notable la disparidad judicial al respecto) la Ley señala que “La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”.

Por su parte, la protección penal de estos derechos castiga fundamentalmente las ofensas más graves al derecho al honor, dentro de un sistema congruente con la óptica patrimonialista civil, pues la condena penal lleva normalmente aparejada la obligación de indemnización civil. De hecho, según la Ley Orgánica 1/1982, “En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito”.

El Derecho penal considera al honor un patrimonio personal que no debe lesionarse y, dentro de esto, se agravan especialmente los delitos en los que hay imputaciones perseguibles de oficio, o funcionarios públicos afectados, que gozan de una protección jurídica privilegiada en función de las peculiaridades de sus propios cometidos públicos. Esto adquiere singular relieve cuando se trata de autoridades, en las que la ubicación de delito cambia y se sitúa junto a los delitos contra la seguridad del Estado, dándose la ficción de considerar que toda injuria a cualquier funcionario público constituye una amenaza al Estado.

En España, el vigente Código Penal regula los delitos de injuria y calumnia en diferentes normas, según las instituciones contra las que se dirigen las conductas delictivas. El delito de calumnia se califica como la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. Las penas se gradúan en función de la publicidad y se prevé la *exceptio veritatis* en los términos siguientes: “El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”.

La injuria, por su parte, se define como “la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Del mismo modo que en las calumnias, se prevé una especie de *exceptio veritatis* para el acusado de injuria que pruebe la verdad de las imputaciones cuando se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas. En relación con el agraviado por los delitos de calumnia e injuria se prevén tipos cualificados en el caso del Rey o miembros de la Casa Real, las Cortes Generales o las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, los miembros del Gobierno de la Nación, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

C.- ALGUNOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El reconocimiento constitucional de la libertad de expresión impone un condicionante trascendental a la línea tradicional de protección de los derechos de la personalidad, y en especial del derecho al honor, invirtiéndose el esquema argumentativo tradicional. Antes los jueces ordinarios tenían como punto de referencia, a la hora de analizar una demanda, que se demostrase que había lesión al honor. Verificada está lesión, la libertad de expresión cedía ante el derecho al honor. La jurisprudencia constitucional va a invertir el orden de valoración: ahora la cuestión va a consistir en determinar si la libertad de expresión ha obtenido satisfacción, aun cuando tal conducta en principio haya sido presuntamente lesiva del honor.

Por influencia del modelo anglosajón del *balancing*, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la de los Tribunales Constitucionales europeos (así, el español), mantienen, al menos nominalmente, la tesis de la ponderación, según la cual “cuando del ejercicio de la libertad de opinión resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, [por lo que] se impone una necesaria y casuística ponderación”. Ahora bien, la ponderación judicial (al menos en España) no es libre, sino que debe partir de la tesis de que la libertad de expresión tiene un interés prevalente sobre el honor o la intimidad de las personas. Esto se debe a que la libertad de expresión es considerada, como vimos en el apartado anterior, “no sólo un derecho fundamental de cada persona, sino que también significa el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, elemento imprescindible del pluralismo político en un Estado democrático, que por lo mismo trasciende el significado común y propio de los demás derechos fundamentales”. En definitiva, en la ponderación hay que tener en cuenta dos procesos de intención a contrastar: el *animus iniuriandi*, o intención difamatoria, y el *animus informandi*. El *animus iniuriandi* cede si se demuestra que es prevalente el interés en informar, es decir, el *animus informandi*.

Más allá de estas genéricas afirmaciones, la jurisprudencia ha ido concretando los criterios de solución de los conflictos entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Siguiendo al Tribunal Constitucional español podemos hablar de los tres siguientes:

a) **El interés público de la información.** La contraposición entre los intereses particulares de los individuos aisladamente considerados, por una parte, y los intereses generales, por otra, ha de resolverse necesariamente a favor de los segundos, concluyéndose así que lo colectivo ha de primar sobre lo individual y lo público sobre lo privado. Esta tesis, sin embargo, no puede aceptarse sin matizaciones, pues no ha de olvidarse que lo privado configura una esfera de libertad que debe también respetarse, al menos en los supuestos límite. La solución al conflicto entre el interés público y el privado se verifica dogmáticamente a través de la categoría de la antijuridicidad. El hecho de que se produzca una información de carácter público opera como una causa de justificación que no opera en el ámbito subjetivo de la intencionalidad sino en el ámbito objetivo por razones de interés público. La conducta contraria a los derechos de la personalidad puede llegar a ser típica, pero que finalmente tropieza con una causa de justificación, que en el Código Penal español hallaría asiento en el cumplimiento de un deber, concretamente del deber de informar.

b) **La diligencia del informador,** que opera cuando está en juego el derecho al honor, no el derecho a la intimidad. El Tribunal Constitucional español, siguiendo aquí la tesis del Tribunal Supremo norteamericano (al menos desde *New York Times versus Sullivan*) considera que verdad objetiva y ofensa al honor no guardan entre sí una relación necesaria, tesis que se justifica en la necesidad de evitar el “efecto silenciador” que para los medios se derivaría de la opción contraria. Ahora bien, el hecho de que la veracidad sea relativa no la priva de toda trascendencia: como sabemos, el informador ha de contrastar las noticias que publica, deber de contraste que es más exigente en unos casos (afirmaciones graves contra el honor de una persona, fuentes no “oficiales” o poco fiables, etc.) que en otros, existiendo aquí una notable casuística. La diligencia que se exige a los profesionales del medio recuerda la diligencia del “buen padre de familia” en el Derecho privado.

c) Otro criterio relevante en la ponderación es la **naturaleza del mensaje** transmitido. Si estamos ante la libertad de opinión se concede una protección mayor, ya que la libertad de información está condicionada a la verificación de su veracidad (esto es, de la diligencia del informador), sin la cual quedaría exenta de protección constitucional.

IV. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

A.- CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La CE garantiza el derecho al “secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial” (art. 18.3). El bien constitucionalmente protegido es la libertad de expresión (en el sentido amplio al que aludíamos páginas atrás) o, si se quiere, la llamada libertad de comunicación. En palabras del Tribunal Constitucional español el artículo 18.3 CE “consagra implícitamente la libertad de comunicación y, expresamente, su secreto, lo cual presupone que el secreto es, precisamente, su condición previa, sin el cual no existe tal libertad”.

Siguiendo también al Alto Tribunal español puede afirmarse que “el secreto se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservados”. Este carácter formal lo diferencia respecto a la intimidad, pues lo comunicado es secreto independientemente del contenido que se comunica. Lo íntimo, es decir, aquello protegido por el derecho a la intimidad (al menos según su concepción tradicional), tiene, desde el punto de vista jurídico, un carácter material, es decir, afecta a aque-

llos aspectos concretos de la vida personal o familiar que el titular del derecho desea mantener ocultos al exterior. Frente a ello, el derecho al secreto de las comunicaciones protege frente a todo lo comunicado, sea o no de carácter íntimo.

B.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO

El secreto de las comunicaciones se configura como un clásico derecho de defensa, es decir, protege un ámbito en el cual la norma constitucional garantiza la no intervención.

De entrada, la comunicación puede ser definida como un proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio, natural o técnico. El término proceso presupone que la comunicación tiene un curso y es a lo largo del mismo (no antes ni después) cuando el derecho está protegido.

En palabras del Tribunal Constitucional español vulnera este derecho quien graba una conversación “de otros”, no quien graba una conversación “con otros”. El derecho garantiza, por tanto, la no interceptación del curso de una comunicación y tiene, por tanto, como objeto el no permitir a un tercero tener conocimiento total o parcial del mensaje o, incluso (al menos según la tradición continental europea), de la identidad de los comunicantes.

Por otra parte, la comunicación debe hacerse a través de un medio técnico, no en conversación directa entre personas. A modo ejemplificativo (“en especial”, dice el art. 18.3), la CE enumera las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, con lo que implícitamente se afirma que la protección se extiende a todo tipo de comunicaciones, sea cual sea el medio técnico empleado, afirmación de gran importancia hoy día, como veremos más adelante al hablar de Internet.

C.- TITULARES Y OBLIGADOS

Son titulares de este derecho tanto los nacionales como los extranjeros, sean personas físicas o jurídicas, incluidos menores de edad. Los sometidos a situaciones de sujeción especial en establecimientos penitenciarios son titulares de este derecho, aunque ven restringido su ejercicio, de conformidad con lo establecido en la legislación penitenciaria.

Los obligados por el derecho pueden ser tanto personas públicas como privadas. En la actualidad los riesgos (especialmente en estos tiempos de generalizada psicosis antiterrorista) para este derecho proceden sobre todo de los poderes públicos, si bien éstos han perdido últimamente las posibilidades de intervención directa con la desaparición del monopolio público de las telecomunicaciones, por lo que necesariamente habrán de contar con la colaboración de los operadores.

D.- INTERVENCIONES Y LÍMITES.

El secreto de las comunicaciones puede vulnerarse técnicamente de dos maneras: por la interceptación en sentido estricto (aprehensión del soporte del mensaje o captación del proceso de comunicación) o por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado.

El secreto de las comunicaciones es un derecho por definición relativo, ya que la propia Constitución permite levantar el secreto mediante resolución judicial. Esta intervención judicial está sujeta a importantes límites, especialmente cuando afecte a un número indeterminado de personas respecto de las cuales no hay razón alguna para la intervención.

En cuanto a los supuestos y procedimientos de la intervención judicial puede acudir al artículo 8.2 CEDH y, sobre todo, a su desarrollo jurisprudencial, que establece las condiciones y motivos de las intervenciones legítimas en el ámbito protegido por este y otros derechos. Esta amplia jurisprudencia se resume, a los efectos que aquí interesan, en tres principios:

a) **Principio de legalidad.** La ley debe tipificar el alcance y las modalidades de intervención judicial con suficiente claridad “para facilitar así al individuo la adecuada protección contra la arbitrariedad”, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este principio comporta, además, que las previsiones legales se encuentren suficientemente determinadas para evitar dejar excesivos márgenes a la discrecionalidad judicial. Recientemente, en España el Tribunal Constitucional (STC 184/2003) ha exhortado al legislador a establecer una legislación más precisa en esta materia, ya que la vigente, “adolesce de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos [por el derecho fundamental].”

b) **Principio de necesidad.** El mencionado artículo 8.2 CEDH establece que toda intervención sobre el derecho, para ser legítima, debe ser, “en una sociedad democrática, [...] necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”. Si bien todas estas finalidades son en gran medida indeterminadas sirven, no obstante, de mínimo parámetro de la resolución judicial, evitando los supuestos de arbitrariedad. En todo caso, debe recordarse que, en general, las intervenciones sobre los derechos fundamentales han de encontrarse justificadas en la necesidad de preservar otros bienes o derechos constitucionales. Además, el principio de necesidad implica que los fines perseguidos por la intervención no pueden conseguirse por otros medios, menos gravosos para titular del derecho fundamental.

c) **Principio de ponderación o de proporcionalidad** en sentido estricto, según el cual el juez debe equilibrar equitativamente los intereses en conflicto al efectuar la intervención, calibrando el interés público de la medida, que debe ser lo menos gravosa posible para el derecho fundamental. Por ejemplo, en España el tiempo máximo de la intervención judicial es de tres meses, si bien puede prorrogarse por iguales períodos de tiempo.

Volviendo a la intervención judicial, hay que subrayar el monopolio que posee el juez para determinar la intervención. Como regla general la competencia se encuentra en manos del juez de instrucción en el curso de un proceso para la investigación de un delito, si bien excepcionalmente, y siempre con finalidades probatorias, puede residir en el juez de guardia, en este caso si aún no se ha iniciado el proceso y la intervención resulta necesaria para iniciarlo, dada la existencia de indicios racionales de criminalidad. En cualquier caso, la intervención debe hacerse siempre mediante resolución motivada, lo que hace posible su control, al menos por el Ministerio Fiscal, la medida. Esta exigencia de motivación hace casi imposible la arbitrariedad judicial y permite, en su caso, el ejercicio posterior del derecho al recurso.

Por último, en España, el artículo 55 CE prevé dos supuestos de suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones, admitiendo en ambos la intervención no judicial de las comunicaciones:

a) **Estados de excepción y sitio.** La legislación de excepción permite que en estos supuestos la autoridad gubernativa pueda intervenir las comunicaciones “si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público, comunicándolo con posterioridad, aunque de forma inmediata, por escrito motivado al juez competente”.

b) En relación con las investigaciones **sobre la actuación de bandas armadas** o elementos terroristas, la legislación procesal común establece que la intervención de las comunicaciones de los presuntos criminales podrá ser ordenada por el Ministro del Interior o, en su defecto, por el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo motivadamente al juez, que la confirmará o revocará. La propia Constitución añade en este caso, como garantía frente al abuso de esta potestad extraordinaria de la Administración, que “La utilización injustificada o abusiva de [estas facultades] producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

E.- GARANTÍAS ESPECÍFICAS. EN ESPECIAL, EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

En general, la principal garantía específica del secreto de las comunicaciones es de naturaleza penal. Por ejemplo, el Código Penal español recoge diversos tipos delictivos que castigan a quien intervenga ilegítimamente las comunicaciones, contenidos en sus artículos 535 y 536 (responsabilidad penal del funcionario por intervención de comunicaciones) y 197 a 201 (delito de descubrimiento y revelación de secretos).

A estos preceptos se suma la importante jurisprudencia sobre la nulidad de la prueba realizada con violación del derecho al secreto de las comunicaciones, de acuerdo con la **doctrina del fruto del árbol envenenado**, de origen norteamericano. Recientemente esta doctrina ha sufrido importantes matizaciones en la jurisprudencia constitucional española, que tiende hoy a distinguir entre las pruebas originales obtenidas por violación de derechos y las pruebas derivadas de éstas, que pueden ser válidas siempre que no exista una relación natural con las primeras o no se dé entre ellas una conexión de antijuridicidad.

También inciden en este derecho diversas normas en materia administrativa que regulan el servicio de correos, los servicios postales y las telecomunicaciones. Al objeto de este capítulo interesa detenernos en estas últimas, contenidas básicamente en los **artículos 49 y 51 LGT**. El primero realiza una generosa remisión a la normativa reglamentaria, obligando a “los operadores que presten servicios de telecomunicaciones al público o exploten redes de telecomunicaciones accesibles al público” a “adoptar las medidas técnicas que se exijan por la normativa técnica en cada momento, en función de las características de la infraestructura utilizada”.

El artículo 51, por su parte, establece garantías para el supuesto de “interceptación de contenidos, cuando para la realización de las tareas de control para la eficaz utilización del dominio público radioeléctrico establecidas en el Convenio internacional de telecomunicaciones, sea necesaria la utilización de equipos, infraestructuras e instalaciones técnicas de interceptación de señales no dirigidas al público en general”.

El artículo 33 de la vigente LGT obliga, con una generosa remisión a la normativa reglamentaria, a “los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público” a “adoptar a su costa las medidas que se establezcan reglamentariamente para la ejecución de las interceptaciones”.

El artículo 35 LGT, por su parte, establece garantías para el supuesto de “interceptación de contenidos, cuando para la realización de las tareas de control para la eficaz utilización del dominio público radioeléctrico sea necesaria la utilización de equipos, infraestructuras e instalaciones técnicas de interceptación de señales no dirigidas al público en general”. Para este caso y para el supuesto de “vigilancia del adecuado empleo de las redes y la correcta prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas” se establecen dos obligaciones: en primer lugar, “La Administración de las telecomunicaciones deberá diseñar y establecer sus sistemas técnicos de interceptación de señales en forma tal que se reduzca al mínimo el riesgo de afectar a los contenidos de las comunicaciones”. En segundo lugar, “Cuando, como consecuencia de las interceptaciones técnicas efectuadas, quede constancia de los contenidos, los soportes en los que éstos aparezcan no podrán ser almacenados ni divulgados y serán inmediatamente destruidos”. Distintas figuras de infracciones administrativas de la propia LGT contribuyen a reforzar el carácter vinculante de estas obligaciones.

V. LA PROTECCIÓN DE DATOS

A.- EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Los avances tecnológicos han abierto un nuevo y cada vez mayor ámbito de comunicación donde, como sucede con el secreto de las comunicaciones, ya no se protege la intimidad en sentido estricto, como mensaje cualificado, sino todo el contenido de la comunicación. Nos referimos a la protección de los datos personales informatizados, en tanto objeto de almacenamiento y tratamiento, sin que su titular tenga conocimiento de ello. El enorme crecimiento de las técnicas telemáticas (mediante las cuales se puede acceder a bases de datos y ficheros informatizados y combinar sus contenidos hasta límites hasta hace poco inimaginables) crea un problema nuevo en relación con los datos personales, que se han convertido hoy en un apreciado objeto de cambio de gran valor económico y en efectivo instrumento de control de los individuos en manos de los poderes públicos y privados.

La CE incluye a este respecto el artículo 18.4, según el cual “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Con este reconocimiento se pretende, partiendo de unos planteamientos claramente defensivos y sobre la base del concepto alemán de autodeterminación informativa, satisfacer una necesidad nueva sentida por la sociedad actual: la libertad de determinar, frente a las nuevas técnicas de obtención y tratamiento de información, qué informaciones sobre uno mismo son accesibles, por quién, en qué momento y bajo qué condiciones.

Todavía hoy la doctrina discute si este derecho es una concreción del derecho a la intimidad o un derecho autónomo, si bien la tendencia dominante camina más bien en esta segunda dirección. En palabras del Tribunal Constitucional español, que opta claramente a favor de la tesis de la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa, “Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad [...], atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos [...]. La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran”. Así, en primer lugar el derecho a la autodeterminación informativa tiene un objeto más amplio que la intimidad (al menos de la intimidad en su sentido tradicional), “pues no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal”. En segundo lugar, la protección de datos tiene también un contenido más amplio que la intimidad, pues mientras que el derecho a la intimidad “confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho a la intimidad y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer”.

B.- NORMATIVA GENERAL SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS

1.- Panorámica

El derecho a la autodeterminación informativa, hoy reconocido por la jurisprudencia constitucional de la mayor parte de los países europeos, refleja la preocupación que los efectos perniciosos de las nuevas tecnologías habían despertado en los foros internacionales desde hace ya algunas décadas: en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en la entonces Comunidad Económica Europea y, sobre todo, en el Consejo de Europa. Fruto principal de los trabajos de esta última organización internacional fue el Convenio del Consejo de Europa 108/1981, sobre protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que pretendió regular el tratamiento automatizado de datos personales en todos los sectores, instaurando los principios de recogida lícita y leal de los datos, de finalidad determinada de los mismos, de su proporcionalidad y calidad y de confidencialidad de los datos sensibles, así como los derechos de información, acceso y rectificación. El Convenio recogió también el principio de libre circulación de los datos personales entre los Estados firmantes, de forma tal que éstos sólo podían restringir la transmisión de datos hacia Estados cuyas legislaciones establecieran un nivel de protección menor o que no hubieran ratificado el propio Convenio. Sentados estos principios, El Consejo de Europa ha continuado con su labor normativa en la materia, en relación con las implicaciones en la vida privada de las personas del tratamiento de datos en sectores como la Medicina, la investigación, el marketing, la Seguridad Social o el correo electrónico, aprobando recomendaciones elaboradas por el Comité de Expertos para la Protección de Datos.

El vigente **Derecho comunitario** sobre protección de datos (formado, fundamentalmente, por las Directivas 95/46 y 2002/58) tiene un doble objetivo: en primer lugar, “respetar las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular la intimidad”, utilizando como parámetro de protección el CEDH y, en segundo lugar, evitar que las diferencias en la protección de dichos derechos puedan constituirse en obstáculo para el ejercicio de “una serie de actividades económicas a escala comunitaria, falsear la competencia e impedir que las administraciones cumplan los cometidos que les incumben en virtud del Derecho comunitario”. Se pretende así armonizar las obligaciones que incumben a las personas, autoridades públicas, empresas, agencias u otros organismos que efectúen tratamientos de datos, de forma tal que todas las legislaciones de los Estados miembros se acomoden a un patrón de protección mínimo.

La Directiva 95/46/CE, 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, ya ha sido traspuesta al ordenamiento español, por lo que eludiremos exponer aquí su contenido, remitiéndonos a lo que de inmediato diremos sobre la legislación española.

A pesar de la eficacia directa del derecho reconocido en el artículo 18.4 CE resultaba indudable la necesidad de dotar de desarrollo a este derecho. Por ello, aunque tardíamente, vio la luz la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos Personales (LORTAD), primera regulación española sobre la materia. Poco después la LORTAD fue sustituida por una nueva Ley, la **Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)**, cuyos rasgos generales se resumen como sigue:

a) La Ley se articula a partir de una serie de **principios**, que cabe concretar en los siguientes: precaución (que, entre otras cosas, limita la posibilidad de recoger o tratar datos de carácter personal a los casos en que éstos “sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”); adherencia del dato a la finalidad para la que fue recogido; calidad (según el cual “los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan como veracidad a la

situación actual del afectado)”; pertinencia (que opera tanto en el momento de obtención de los datos como en el de su destrucción, cuando no sean necesarios para la finalidad para la que fueron recabados los datos); seguridad (que exige que la recogida y el tratamiento de estos datos deben realizarse en condiciones aceptables de seguridad); consentimiento (según el cual, con carácter general el tratamiento y la cesión de datos requieren el consentimiento del afectado) y responsabilidad por el uso inadecuado de los datos (concretado en la responsabilidad civil, administrativa y, en su caso, penal).

b) En concreción de lo anterior se reconocen una serie de **derechos**, entre los que cabe citar, sobre todo, los tres grupos siguientes: el derecho a recibir información sobre la existencia de un fichero, el carácter obligatorio o facultativo de la información correspondiente, las consecuencias de la obtención de los datos, los derechos reconocidos por el ordenamiento y sobre la identidad del responsable del tratamiento; el derecho de disposición sobre los propios datos, que se proyecta sobre las operaciones de obtención, tratamiento y comunicación; así como los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos.

c) Por último, de la LOPD se desprende un conjunto de **obligaciones**, controladas, en su caso, por una Administración independiente especializada (la Agencia de Protección de Datos), entre las que cabe citar: un estatuto del responsable y encargado del tratamiento, plasmado en un amplio conjunto de deberes y sujeciones específicos, que sería prolijo enumerar aquí; un peculiar deber de secreto, que atañe a cuantos participan en el proceso de gestión de datos y que incluso se mantiene una vez extinguida la situación que justificó el acceso al fichero; así como la fijación de niveles de seguridad en función de la calidad de los datos, contenidos básicamente en el Real Decreto 994/1999.

2.- Su aplicación al sector de las telecomunicaciones

La gran expansión y la peculiar naturaleza de las telecomunicaciones, con la creciente capacidad de sus soportes característicos, hace necesaria una regulación específica de la protección de datos en el sector. De entrada, resulta aplicable la legislación general sobre la materia, contenida en España, en lo esencial, en la LOPD, según hemos visto. El objeto de la Ley comprende los datos (esto es, “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”) “de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga ser susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”. Por su parte, el tratamiento de datos es definido en como el conjunto de “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas interconexiones y transferencias”. Desde estos parámetros parece evidente la aplicabilidad de la LOPD al sector de las telecomunicaciones. Esta impresión inicial se confirma con el examen más detenido de la propia LOPD y de la legislación general de telecomunicaciones. Así:

a) La LOPD concreta su ámbito de aplicación a partir de una serie de criterios, que son básicamente los tres siguientes:

- **Criterio objetivo.** La LOPD es de aplicación a los datos de carácter personal recogidos en cualquier soporte (en el más amplio sentido del término) que los haga susceptibles de tratamiento, con el único requisito del carácter personal de la información, aunque la persona no sea inmediatamente identificable. Esta última precisión es relevante en el sector que analizamos, donde gran parte de la información personal transmitida, pese a su carácter aparentemente técnico e impersonal, puede ser utilizada para atribuir o descubrir información personal de un sujeto.

Por otra parte, la LOPD regula cualquier operación de tratamiento de datos, con independencia de su finalidad. Se prevén sin embargo algunas excepciones al ámbito regulado por la LOPD (supuestos de baja peligrosidad o regulados por leyes específicas), entre las que (es importante subrayarlo) no se encuentran los servicios de telecomunicación. Ciertamente es que en algún caso la LOPD remite a la normativa sectorial para el establecimiento de determinadas garantías, pero en esos supuestos la Ley continúa aplicándose, a modo de normativa supletoria y sin que con ello se permita disminuir su característico nivel de protección; entender lo contrario implicaría la vulneración de la reserva constitucional de ley orgánica, contenida en el artículo 81 CE. Uno de estos supuestos es el de las guías telefónicas (“Los datos que figuren en las guías de servicios de telecomunicaciones disponibles al público se regirán por su normativa específica”, art. 28.4 LOPD), al que nos referiremos más adelante.

- **Criterio territorial.** La LOPD tiene un marcado carácter territorial, que puede quedar fácilmente desbordado por la característica naturaleza transnacional de los servicios de telecomunicaciones. Para evitar este problema los Estados han seguido dos caminos: uniformar las distintas legislaciones internas y adoptar normas internacionales sobre la materia. A este respecto cabe aludir al ya citado Convenio 108/1981 del Consejo de Europa y, más recientemente, a las Directivas 95/46 y 2002/58.

- **Criterio subjetivo.** La LOPD no contempla la posibilidad de reducir su ámbito de aplicación por razón de la calidad subjetiva del titular del fichero, del responsable o del encargado del tratamiento. Por ello, tampoco cabría excluir la aplicación de la LOPD sobre la base de circunstancias subjetivas del operador de telecomunicaciones.

b) La legislación general de telecomunicaciones confirma plenamente la aplicación de la LOPD al sector. Dispone, en efecto, el artículo 34 LGT que “Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar, en el ejercicio de su actividad, la protección de los datos de carácter personal, conforme a la legislación vigente”. Los servicios de telecomunicación quedan así inequívocamente incluidos dentro del ámbito objetivo de aplicación de la LOPD. El cumplimiento de esta normativa se establece como una obligación específica de los operadores y no parece posible, conforme a las afirmaciones ya realizadas (fundadas sobre todo en la reserva de ley orgánica) sobre el ámbito de aplicación de la Ley, que la legislación sectorial (mucho menos el poder reglamentario) pueda disminuir el nivel de garantía ofrecido por la LOPD.

La tácita referencia del artículo 34 LGT a la LOPD es de indudable trascendencia, por lo que implica de entrada “natural” del sistema de protección de datos al ámbito de los servicios de telecomunicación. Gracias a ello, las garantías propias de la LOPD se insertan con normalidad como condiciones propias del servicio, de forma tal que pasan a formar parte del conjunto de obligaciones de cada operador, y ello hasta el punto de que la infracción de los deberes de protección de datos puede suponer la revocación del título (art. 56 LGT).

Más en concreto, el artículo 34 LGT establece un mecanismo específico de garantía de la protección de datos en virtud del cual se impone un deber (consistente en la garantía de preservación del nivel de protección previsto en la LOPD) a los operadores de servicios de telecomunicaciones al público o a los que exploten redes de telecomunicaciones accesibles públicas. Nos encontramos en presencia de un auténtico deber jurídico (formulado al margen de la condición del operador responsable o de encargado del tratamiento), que lógicamente implica la adopción de las medidas de seguridad necesarias para cumplir con las garantías previstas. Estas medidas pueden ser de orden jurídico, técnico o de organización, pero en todo caso han de cumplir con lo dispuesto en la LOPD y en su normativa de desarrollo. Así, han de incluir, por ejemplo, la advertencia de los posibles riesgos que puedan producirse en el servicio que se presta, atender a los niveles de seguridad establecidos en el RD 994/1999 para los ficheros de datos personales, utilizar la

mejor tecnología existente para adaptarse a las normas que en el futuro se aprueben en actualización de los actuales niveles de protección, etc.

C.- NORMATIVA ESPECÍFICA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.

El artículo 50 de la derogada LGT de 1998, que es sustituido por el actual artículo 34 de la ley de 2003 es desarrollado por el Título V del Real Decreto 1736/1998, que aprobó el denominado Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones, en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones (ROSP). Hay que tener en cuenta que en esta materia incide la reciente **Directiva 2002/58/CE**, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, que deberá ser incorporada al ordenamiento de los Estados miembros antes del 31 de octubre de 2003.

En este apartado estudiaremos únicamente las previsiones vigentes del ROSP, siguiendo la misma sistemática adoptada por la misma división en capítulos del Título V del Reglamento citado:

1.- Disposiciones generales

Inicialmente el ROSP determina su ámbito subjetivo de aplicación en materia de protección de datos, circunscrito a “los operadores con licencia individual o, en su caso, autorización general para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público o que exploten redes públicas de telecomunicaciones”. Esta regulación pasa así a formar parte del estatuto típico de estos sujetos. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, con carácter general, la responsabilidad de cada operador estará en función de su intervención en el proceso de recolección, gestión y transmisión de los datos protegidos. Normalmente el operador será sólo responsable del tráfico de información personal (y su almacenamiento temporal o permanente) necesario para el funcionamiento del servicio, tanto en el plano técnico (tráfico y encaminamiento) como económico (facturación).

Por su parte, para definir el ámbito objetivo de aplicación del ROSP basta acudir a la LOPD (recordemos, norma aquí de directa aplicación), si bien, negativamente, se excluye la aplicación del ROSP a los supuestos en que, “de conformidad con la normativa vigente, sea necesario adoptar medidas para la protección de la seguridad pública, la seguridad del Estado, la aplicación del derecho penal y la interceptación legal de las telecomunicaciones para cualesquiera de estos fines”.

De entrada, se impone a los operadores citados una genérica obligación de seguridad, en los términos siguientes: “[aquellos] deberán tomar las medidas adecuadas para salvaguardar la seguridad de sus servicios, cuando sea necesario, en colaboración con el operador de la red pública de telecomunicaciones. Dichas medidas deberán garantizar, en todo caso, un nivel de seguridad adecuado para el riesgo existente”. Con esta formulación se da entrada el principio de proporcionalidad, que exige aquí ponderar tanto las características de la información (los datos) como las condiciones del canal de comunicación y las circunstancias en las que se realice el servicio.

Esta obligación genérica de seguridad se completa con un amplio deber de información, formulado en los términos siguientes: “cuando exista un riesgo concreto de violación de la seguridad en la red, el prestador del servicio deberá informar a los abonados sobre dicho riesgo y las posibles soluciones, indicando su coste”.

Nada dice el ROSP sobre el deber de actualización previsto en el Derecho europeo. Sin embargo, este deber puede considerarse exigible desde el principio general de protección adecuada al riesgo existente en cada momento, lo que exigiría contar de forma permanente con las medidas tecnológicas, adecuadas y actualizadas, para paliar tales riesgos.

2.- Disposiciones especiales

a) En relación con los datos personales sobre el tráfico y la facturación, el ROSP indica que “Los operadores deberán destruir los datos de carácter personal sobre el tráfico relacionados con los usuarios y los abonados que hayan sido tratados y almacenados para establecer una comunicación, en cuanto termine la misma”.

Debe señalarse, no obstante, que el operador necesita tratar determinados datos para la gestión del tráfico del servicio y para la posterior facturación al abonado, circunstancia ésta que podría entenderse comprendida bajo una de las excepciones de la LOPD (“partes de un contrato o pre-contrato de una relación negocial, laboral, o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”). Por ello, el ROSP permite el tratamiento de determinados datos (entendiendo por tal el definido en la LOPD), siempre que se respete el principio de proporcionalidad (“exclusivamente con objeto de realizar la facturación y los pagos de las interconexiones”).

Los datos personales que pueden ser objeto de tratamiento son los siguientes: el número o la identificación del abonado; la dirección del abonado y el tipo de equipo terminal empleado para las llamadas; el número total de unidades que deben facturarse durante el ejercicio contable; el número del abonado que recibe la llamada; el tipo, la hora de comienzo y la duración de las llamadas realizadas o el volumen de datos transmitidos; la fecha de la llamada o del servicio y otros datos relativos a los pagos, tales como pago anticipado, pagos a plazos, desconexión y notificaciones de recibos pendientes. Este conjunto de datos podrán tratarse y almacenarse únicamente por el plazo durante el cual pueda impugnarse la factura o exigirse el pago, de conformidad con la legislación aplicable. Transcurrido dicho plazo, los operadores deberán destruir los datos en todo caso.

El ROSP permite también a los operadores tratar los datos antes referidos para la promoción comercial de sus propios servicios de telecomunicaciones, siempre y cuando el abonado haya dado su consentimiento previo. A estos efectos, los operadores deberán dirigirse a los abonados, al menos, con un mes de antelación al inicio de la promoción, requiriendo su consentimiento que, de producirse, será válido hasta que los abonados lo dejen sin efecto de modo expreso. Si en el plazo de un mes desde que el abonado reciba la solicitud, éste no se hubiese pronunciado al respecto, se entenderá que consiente.

Según el ROSP el tratamiento de los datos de tráfico y facturación debe realizarse por las personas que actúen bajo las órdenes del operador prestador del servicio o del explotador de la red que se ocupen de la gestión de la facturación o del tráfico, de las solicitudes de información de los clientes, de la detección de fraudes o de la promoción comercial de los propios servicios del operador, añadiéndose que “En todo caso, dicho tratamiento deberá limitarse a lo necesario para realizar tales actividades”.

b) En materia de facturación detallada, el ROSP reconoce el derecho de los abonados a recibir facturas no detalladas cuando así lo soliciten a los operadores que legalmente tengan la obligación de prestar dicho servicio, remitiendo a disposiciones administrativas inferiores la fijación de las modalidades de facturación detallada que los abonados pueden solicitar a los operadores, tales como la supresión de un determinado número de cifras en la factura de los números a los que se ha llamado o la no aparición en la factura de los números a los que se llama cuando el pago se haga con tarjeta de crédito, como mecanismos de garantía de la utilización anónima o estrictamente privada del servicio.

c) En cuanto a las guías de telecomunicaciones (en rigor, guías de servicios de telecomunicaciones disponibles al público) se indica que los datos personales que figuren en tales guías o que puedan obtenerse a través de servicios de información, ya sean impresas o electrónicas, deberán limitarse a los que sean estrictamente necesarios para identificar a un abonado concreto, remitiendo a disposiciones administrativas inferiores la determinación de las condiciones para hacer constar dichos datos. No obstante, el ROSP dispone que los operadores encargados de la elaboración de las guías podrán publicar otros datos personales de los abonados siempre que éstos hayan dado su consentimiento inequívoco, entendiéndose por que este existe cuando el abonado se dirigió al operador por escrito solicitándole que amplíe sus datos personales que figuran en la guía. También se producirá cuando el operador solicite al abonado su consentimiento y éste le responda en el plazo de un mes dando su aceptación. Si en dicho plazo el abonado no hubiese dado su consentimiento expreso, se entenderá que no acepta que se publiquen en la guía correspondiente otros datos que los estrictamente necesarios para su identificación.

De otro lado, el ROSP reconoce el derecho de los abonados a exigir a los operadores que se les excluya de las guías, que se indique que sus datos personales no puedan utilizarse para fines de venta directa o que se omita parcialmente su dirección. Los operadores requeridos deberán cumplir esta obligación sin coste alguno para los abonados.

d) El ROSP regula también la protección de datos en relación con las llamadas no solicitadas para fines de venta directa, indicándose que, si se efectúan mediante sistemas de llamada automática, a través de servicios de telecomunicaciones, sin intervención humana (aparatos de llamada automática) o facsímil (fax), sólo podrán realizarse a aquellos que hayan dado su consentimiento previo. En cuanto a las llamadas no solicitadas por los abonados con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos a los antes referidos, el ROSP dispone que podrán efectuarse, salvo que el usuario hubiese manifestado su deseo de no recibirlas.

3.- Servicios avanzados de telefonía

Por último, el ROSP prevé normas especiales de protección de datos en los llamados servicios avanzados de telefonía, y en concreto en relación con las facilidades de identificación de la línea llamante e identificación de la línea conectada. Por facilidad de identificación de la línea llamante el ROSP entiende “la prestación que permite que el usuario que recibe una llamada, obtenga la información del número telefónico de la línea desde donde se origina esa comunicación”; por su parte, la facilidad de identificación de la línea conectada se define como “la prestación que permite que el usuario que origina la llamada, obtenga información del número telefónico de la línea a la que ha sido conectada su llamada”. La utilización de ambos tipos de facilidades está sujeta a las siguientes condiciones:

a) Deber de información sobre el impacto que tales servicios pueden tener en relación con la intimidad de los usuarios. Esta obligación del operador debe realizarse de manera individualizada (no servirían los anuncios generales) y a todos los usuarios, antes del inicio de las operaciones (con un mínimo de 15 días de antelación). La información que vaya a realizarse debe ser previamente comunicada a la Agencia de Protección de Datos. El deber de información subsiste a lo largo de la prestación del servicio, a través de los servicios de información y consultas que tiene el deber de suministrar el operador.

b) Posibilidad de eliminación de la información relacionada con la línea llamante y la línea conectada. Este derecho de los usuarios adopta cuatro modalidades: supresión en origen llamada a llamada de la identificación de la línea llamante; supresión en origen por línea de la identificación de la línea llamante; supresión en destino de la identificación de la línea llamante y supresión de la identificación de la línea conectada. Los procedimientos técnicos para el ejercicio de estos derechos son, en todos los casos, obligatorios para los operadores, sencillos y gratuitos para los usuarios y reversibles en iguales condiciones.

c) Como limitaciones al ejercicio de los derechos recién mencionados se establecen los mecanismos siguientes:

- Medidas tendentes a impedir el abuso de derecho, pues la supresión de los datos que permiten identificar el origen de una llamada puede ser utilizada para actividades ilícitas o inconvenientes para terceros o para el interés general. En este sentido el ROSP permite el filtrado en destino de llamadas sin identificación en términos análogos a los establecidos para la supresión de la identificación de la línea llamante.

- La eliminación de la supresión de identificación de línea llamante puede realizarse unilateralmente por el poder público en relación con llamadas a entidades autorizadas para la atención de urgencias, en los supuestos de supresión de garantías del secreto de las comunicaciones y en relación con las llamadas maliciosas o molestas. Estas previsiones, que podrían afectar a la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, deben interpretarse de manera restrictiva.

- Por último, la legislación también prevé la supresión permanente en destino de la identidad de línea llamante, y ello para facilitar el acceso a determinados servicios.

d) Como garantía complementaria de las obligaciones y derechos relacionados con los servicios avanzados de telefonía el ROSP prevé la necesidad de comunicar a la Administración las características técnicas y los procedimientos a emplear para la efectividad estas medidas y la futura aprobación de una normativa técnica de referencia para el establecimiento de las distintas soluciones.

e) La responsabilidad de la implantación de las medidas citadas corresponde al operador del servicio. Esta obligación, consustancial al título habilitante que disfruta el operador, se proyecta sin perjuicio de la interconexión, de forma tal que el operador desde cuya red se origine la llamada responde de la generación y entrega en el punto de interconexión de la identidad de la línea llamante y el respeto de la posible marca de supresión que haya sido introducida por el usuario; por su parte, el operador cuya red sea el destino final de la llamada y preste la facilidad de identificación de la línea llamante deberá hacerlo atendiendo a la información recibida asociada a la llamada. En ambos casos, son responsables de la correcta provisión de las funcionalidades específicas que correspondan a su red. Por su parte, el operador cuya red realice exclusivamente servicios de tránsito de las llamadas debe transmitir en cada caso y de manera transparente la identidad de la línea llamante o de la línea conectada y sus marcas asociadas. Por último, se aplica, en relación con estas funcionalidades, el principio de puerto seguro, según el cual no es posible comunicar la identificación de línea llamante a países que carezcan un régimen adecuado de protección de datos de carácter personal.

BIBLIOGRAFÍA

BASTIDA, F.J. La libertad de antena, Ariel, Barcelona, 1990.

DE DOMINGO, T. ¿Conflicto entre derechos fundamentales?, CEPC, Madrid, 2001.

ESCOBAR ROCA, G. “Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss”, Revista Española de derecho Constitucional, nº 58, 2000.

- “Informe sobre la constitucionalidad de determinados preceptos del Proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio Electrónico”, en <http://www.kriptopolis.com>.

- “El Derecho de los periodistas”, Telos, nº 53, 2002.

FAYOS GARDÓ, A. Derecho a la intimidad y medios de comunicación, CEPC, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L. Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

LLAMAZARES CALZADILLA, M.C. Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático, Civitas, Madrid, 1999.

LLANEZA GONZALEZ P. La configuración constitucional del derecho de la intimidad, Tecnos, Madrid, 1995

MARTÍN MORALES, R. El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones, Civitas, Madrid, 1995.

ORTEGA GUTIÉRREZ, D. Derecho a la información versus derecho al honor, CEPC, Madrid, 1999.

PACE, A. “El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass media”, Revista Española de derecho Constitucional, nº 52, 1998.

RODRÍGUEZ RUIZ, B. El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

RUIZ MIGUEL, C. La configuración constitucional del derecho a la intimidad, Tecnos, Madrid, 1994.

RUIZ MIGUEL, C. El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1994.

SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M.T. Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños, Marcial Pons, Madrid, 1997.

VIZCAÍNO CALDERON, Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, Civitas, Madrid, 2001.

YZQUIERDO TOLSADA, M. “La Ley del honor, veinte años después”, La Ley, nº 5591, 2002.

