

CONCEPCIÓN CONDE ORTIZ

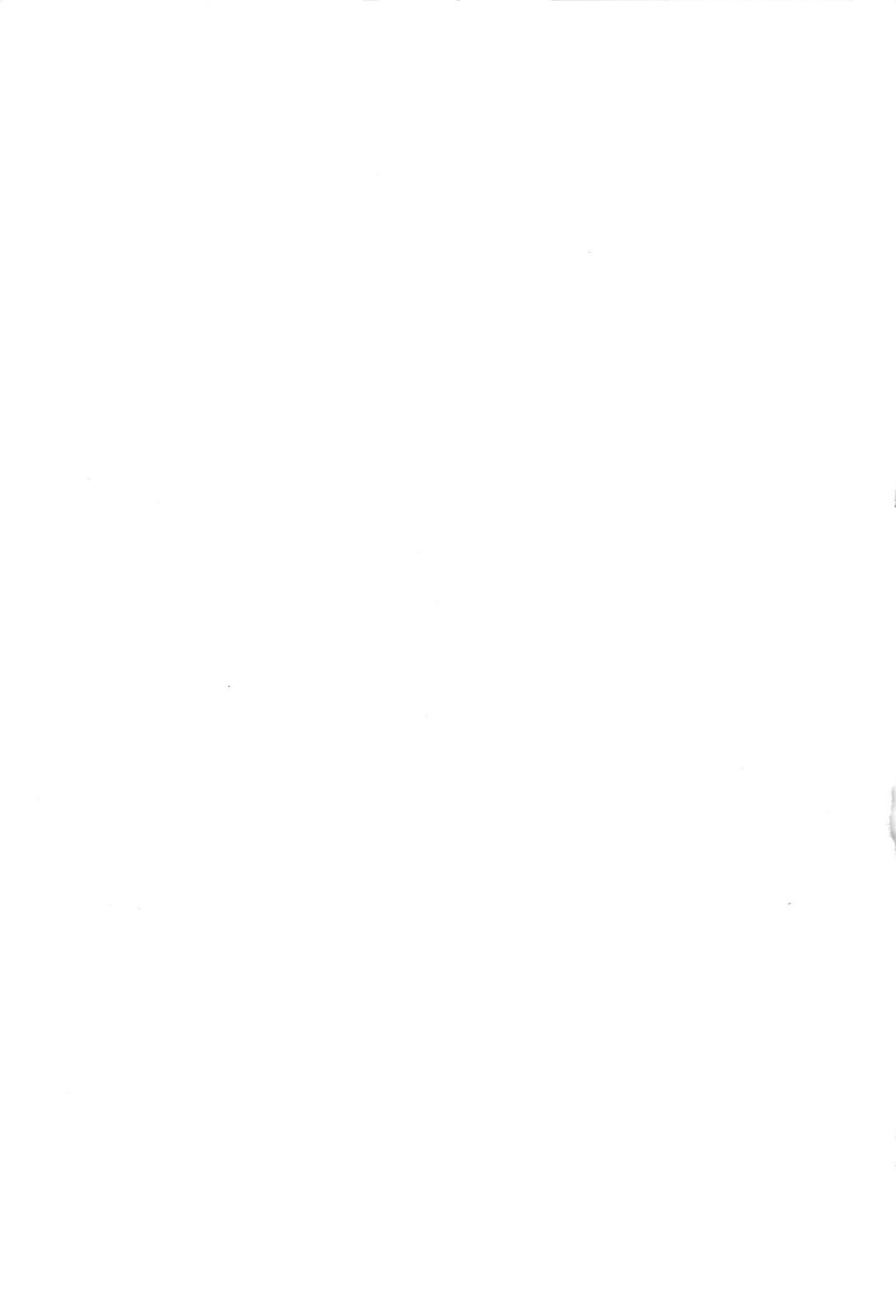
# LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

*Un derecho autónomo con base  
en los conceptos de intimidad y privacidad*

 UCA | Universidad  
de Cádiz

Servicio de Publicaciones  
2005

 Dykinson, S.L.





**LA PROTECCIÓN DE DATOS  
PERSONALES: UN DERECHO  
AUTÓNOMO CON BASE EN LOS  
CONCEPTOS DE INTIMIDAD Y  
PRIVACIDAD**



CONCEPCIÓN CONDE ORTIZ

**LA PROTECCIÓN DE DATOS  
PERSONALES: UN DERECHO  
AUTÓNOMO CON BASE EN LOS  
CONCEPTOS DE INTIMIDAD Y  
PRIVACIDAD**

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistemas de recuperación, sin permiso escrito del AUTOR y de la Editorial DYKINSON, S.L.

© Copyright by  
Concepción Conde Ortiz  
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69  
e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 84-9772-597-2  
Depósito Legal: SE-827-2005 en España

*Maquetación:*  
BALAGUER VALDIVIA, S.L.  
Telf.: 950 482476

*Impresión: Publidisa*

*A mis hijos Daniel, Antonio, Inmaculada,  
Pablo y Rafael, a los que tanto quiero y a mis  
padres, Antonio († 1993) y Conchita († 2004), que  
supieron inculcarme entre otros muchos valores, el  
espíritu de trabajo, perseverancia y superación.*



# ÍNDICE

*Pag.*

I. LA APARICIÓN DE LA INFORMÁTICA Y LOS INICIOS DE SU REGULACIÓN POR LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS .....	13
1. La aparición de los bancos de datos .....	15
II. LA INTIMIDAD: SU FÁCIL VULNERABILIDAD CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS .....	19
1. El derecho a la intimidad y la informática .....	19
2. Una aproximación al concepto de intimidad .....	21
3. La intimidad y el concepto de privacidad .....	23
III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES .....	27
1. Concepto .....	27
2. Límites .....	29
3. Libertad de información y protección de datos .....	31
IV. LA APARICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS .....	33
1. Su significado .....	33
2. El artículo 18.4 de la Constitución Española de 1978. El proceso de su conflictiva redacción .....	35

	<i>Pag.</i>
V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE AL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES .....	39
1. El origen jurisprudencial .....	39
2. Evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional .....	40
3. Reconocimiento definitivo de la protección de datos personales como derecho autónomo .....	43
VI. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EN EL ÁMBITO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL .....	49
1. El Convenio 108 y su significado .....	50
2. La Directiva 95/46/CE .....	52
A. Origen: La propuesta de Directiva .....	53
B. Aprobación .....	54
C. Justificación .....	55
3. Nuevas perspectivas del derecho a la protección de datos personales: el Proyecto de Constitución Europea .....	56
VII. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 95/46/CE AL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL: LA LEY ORGÁNICA 15/1999, DE 13 DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL .....	59
1. Objeto .....	61
2. Ámbito de aplicación .....	62
VIII. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS CONCEPTOS RECOGIDOS POR LA LEY 15/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARACTER PERSONAL .....	65
1. Concepto de dato personal .....	65
A. Problemas que plantean el concepto de dato personal y la dirección de correo electrónico .....	67
B. Los datos especialmente protegidos .....	69
C. Los datos relativos a la salud. Su definición y tratamiento .....	71
D. Los datos personales y los datos genéticos .....	73





## I. LA APARICIÓN DE LA INFORMÁTICA Y LOS INICIOS DE SU REGULACIÓN POR LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

El Derecho Informático o Derecho de la Informática es una materia inequívocamente jurídica, conformada en el sector normativo de los sistemas jurídicos contemporáneos, integrado por el conjunto de disposiciones dirigido a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es decir, la informática y la telemática, y que tiene por objeto la aplicación de la tecnología de la información al Derecho<sup>1</sup>. La doctrina más reciente prefiere el término Derecho de las Nuevas Tecnologías al anterior, dada la estrecha vinculación existente entre la Informática y las Comunicaciones. Su definición es la siguiente: “Disciplina jurídica formada por el conjunto de normas y principios que regulan los actos y relaciones jurídicas constituidas por medio de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y el uso y abuso de estas tecnologías en cuanto afecte a los derechos y libertades de los ciudadanos o a los intereses generales”. Y se afirma rotundamente que estamos ante la aparición de una nueva disciplina jurídica con un objeto de estudio y características propias<sup>2</sup>.

El término “informática” nace en Francia en 1962, como contracción de dos términos, las palabras *información automática*. Si se adiciona el uso de la informática a los modernos medios de telecomunicación, se llega al concepto de *telemática*<sup>3</sup>. La Informática, como ciencia del tratamiento automático de la información, ofrece tales posibilidades de tratamiento y almacenamiento de documentación y recuperación de información que puede llegar a convertirse verda-

---

<sup>1</sup> PEREZLUÑO, A. E. : *Manual de Informática y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 18-22.

<sup>2</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos*, Edisofer, Madrid, 2001, pp. 44 -53.

<sup>3</sup> Cfr. PIERINI, A., LORENCES, V., TORNABENE, M.I. : *Hábeas Data: Derecho a la Intimidad*, Edit. Universidad, Buenos Aires, 1999, p.130-136.

deramente en un instrumento de presión y control social.<sup>4</sup> Aún no habían aparecido comercialmente los ordenadores y eran pocos los estudios referentes a la Cibernética, cuando Wiener en el año 1948, ya define a esta como la ciencia del control y la comunicación en el animal y en las máquinas, y es considerada como punto de partida del posterior desarrollo tecnológico y fuente de la informática.<sup>5</sup> En ese mismo año, se exponía que información y comunicación van ligadas a la difusión y ampliación del patrimonio cultural de la humanidad.<sup>6</sup>

Algunos apuntan a que el inventor del ordenador fue el matemático Howard Aiken,<sup>7</sup> que entre 1937 y 1943 desarrolló el primitivo modelo Mark I<sup>8</sup>. Casi al mismo tiempo, en la universidad de Iowa, a Atanasoff se le ocurrió utilizar interruptores electrónicos para gobernar series binarias de números, y partiendo de este trabajo los profesores Mauchly y Eckert, construyen en 1943 para el ejército de Estados Unidos el ENIAC<sup>9</sup>. Otros autores consideran su inventor a John von Neumann, matemático húngaro, que en 1945 publicó el manual básico para su construcción, después de un exhaustivo estudio del mismo, creando el EDVAC.<sup>10</sup> En 1951 los montadores del ENIAC desarrollan un ordenador más “comercial”, el UNIVAC. Es en 1957 cuando aparecen las computadoras de segunda generación. El primer circuito integrado se crea en 1959 y aprovechando sus ventajas IBM, construyó su serie 360<sup>11</sup>. Gracias a la aparición de los circuitos integrados a principios de los 70, el tamaño de los ordenadores se redujo y con la aparición del microprocesador se extendió el uso de la informática. Los norteamericanos Wozniak y Steven P. Jobs<sup>12</sup>, en Marzo de 1976, desarrollaron el ordenador Apple I<sup>13</sup>, prototipo de lo que denominaron un “ordenador personal”. Pero fue el 12 de Agosto de 1981 cuando IBM presentó el modelo 5150, al que enseguida se añadieron las siglas PC de “Personal Computer”. Posteriormente Bill Gates y Paul Allen crearon Microsoft, dedicados a la fabricación del

<sup>4</sup> DAVARA RODRIGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, 3ª edición, Aranzadi, Madrid, 2001, pp.43-47.

<sup>5</sup> WIENNER, N.: *Cibernética o el control y comunicación en animales y máquinas*, 1948. Traducción de F. MARTÍN, Tusquets, Barcelona, 1985.

<sup>6</sup> SHANON, C.: “Una teoría matemática de la comunicación”, *Bell System Technical Journal* (27), Nueva York, 1948, pp. 379-423.

<sup>7</sup> PIMENTEL M.: “Los pioneros de la informática”, *Diario de Cádiz*, 12 de Julio de 2001, p. 8.

<sup>8</sup> Este ordenador podía sumar hasta tres sumas por segundo, restar, multiplicar y dividir, necesitando kilómetros de cable y numerosos interruptores. Medía quince metros de longitud y pesaba varias toneladas.

<sup>9</sup> Cuyo peso se estimaba en más de treinta toneladas.

<sup>10</sup> HERREROS A. : “Ordenador personal”, <http://www.iaa.upf.es>.

<sup>11</sup> Esta serie fue destinada a la Administración y a la gran empresa.

<sup>12</sup> Estos creadores fomentaron la idea de que todo el mundo podía llegar a tener su propio ordenador.

<sup>13</sup> De este ordenador se vendieron alrededor de 200 unidades.

software. Aparecieron entonces los primeros ordenadores “compatibles”, y con el progresivo abaratamiento de los costes se llega a la llamada “sociedad de la información”, donde el ordenador está presente de manera masiva y surgen, por tanto nuevas situaciones y problemas que exigen una respuesta por parte de los ordenamientos jurídicos. En ella se permite ampliar la capacidad de conocimiento, de comunicación y de crítica de aquellos ciudadanos y grupos sociales capaces de asumir sus responsabilidades.<sup>14</sup>

El futuro inmediato de las nuevas tecnologías se va a caracterizar por Internet, la red de redes que permite conectar a millones de usuarios. Su origen lo tenemos en Arpanet, creado por militares estadounidenses en 1969 con fines estratégicos y de información militar. La Red está configurada como tierra de nadie, ajena a todo gobierno y sin una regulación clara y unitaria. A partir del final de los 80 se empezó a tener conciencia de la necesidad de su regulación sin que se haya logrado hasta la fecha, hecho reconocido incluso por los legisladores españoles, que admiten la “imposibilidad de regular algo que no admite ningún tipo de control”<sup>15</sup>. No obstante, se hace patente la necesidad de acomodar los ordenamientos jurídicos estatales para llegar a dar una solución a los problemas jurídicos que Internet llega a plantear especialmente en el Derecho Internacional Privado.

Por tanto, y desde un punto de vista cronológico, es a fines del siglo XX cuando las cuestiones tecnológicas propician nuevas cuestiones jurídicas que conllevan cambios trascendentales en el tráfico jurídico. Estos nos conducen a una situación similar a la acaecida a finales del siglo XIX en Europa y los EE. UU. de América, cuyas consecuencias llegan hasta nuestros días, donde a causa de la revolución industrial y de la aparición de las nuevas tecnologías se produjo un fenómeno de cambio en las estructuras jurídico-económicas al irrumpir de forma organizada y generalizada la gran empresa, con la consiguiente ampliación del número de clientes, de consumidores y de usuarios, en definitiva, del denominado tráfico en masa.<sup>16</sup> Uno de los frutos de los avances tecnológicos está constituido, en concreto, por las bases de datos personales, cuya protección ha propiciado diversos problemas, aunque la respuesta normativa ha sido llevada a cabo con relativa prontitud, por la conciencia del legislador de la insuficiencia de la misma .

## 1. LA APARICIÓN DE LOS BANCOS DE DATOS

Los avances científicos y los cambios económicos y sociales, con sus readaptaciones y alteraciones en el aspecto jurídico, se producen con una rapidez va-

<sup>14</sup> PEREZ LUÑO, A. E. : *Manual de Informática y Derecho*, cit, pp. 103-105.

<sup>15</sup> Declaraciones hechas por Esteban González Pons, portavoz del Partido Popular en el Senado, en la entrevista publicada por el diario ABC, el Lunes 23 de julio del 2001, p. 59.

<sup>16</sup> GALÁN BALLESTEROS, A. I. y otros : *Protección de Datos de Carácter Personal. Legislación y jurisprudencia, Práctica de Derecho S. L.*, Valencia, 2001, pp.19-20.

riable, y en muchas otras ocasiones, las mutaciones jurídicas no tienen una sola manifestación sino que afectan a campos muy diferentes del sistema jurídico. Se ha observado que mientras la sociedad industrial tuvo como objetivo prioritario la producción de bienes materiales, la sociedad postindustrial informatizada se acoge a un modelo de organización socioeconómica que se basa en la producción y transmisión de informaciones. A la sociedad informatizada la definen los bancos de datos y las redes de información. Las bases o bancos de datos jurídicos constituyen una de las modalidades más relevantes del sector, por su importancia social y política y amplitud de la documentación que elaboran. Se trata del aspecto pionero de la Informática jurídica, hasta el punto de que se identifican las bases de datos jurídicas con la Informática jurídica en su conjunto.<sup>17</sup>

En Europa, el Comité de Ministros del Consejo de Europa en Septiembre de 1973, recomendó a los gobiernos de sus Estados miembros respecto a la creación de bancos de datos en el sector privado<sup>18</sup>, tener precauciones sobre el mal empleo de la información, para un año más tarde, en Septiembre de 1974, realizar una recomendación similar respecto a la creación de bancos de datos en el sector público<sup>19</sup>. Los principios y derechos que se reconocían en aquellos escritos, adecuados y adaptados a la evolución tecnológica y social, siguen teniendo vigencia y plena actualidad hoy en día. Los aspectos a tener en cuenta para tomar precauciones contra el abuso o mal empleo de la información se pueden resumir en los siguientes puntos<sup>20</sup>:

- 1) La información debe ser exacta, mantenida al día, apropiada para el fin con el que fue almacenada y obtenida legalmente.
- 2) El derecho a conocer la información que se tiene almacenada sobre uno mismo es un derecho de todo ciudadano.
- 3) Todas las personas que operan sobre las bases de datos tienen que mantener el secreto y su conducta debe prevenir el mal uso sobre los mismos.
- 4) La seguridad se debe extremar al máximo, con el fin de impedir el acceso a las bases de datos a las personas no autorizadas o evitar el desvío de información hacia sitios no previstos.
- 5) Si la información se utiliza con fines estadísticos, se hará de tal forma que no sea posible relacionarla con la persona en particular.

---

<sup>17</sup> PEREZ LUÑO, A. E. : *Manual de Informática y Derecho*, cit., pp. 130-142.

<sup>18</sup> Resolución 73 (22) de 26 de septiembre de 1973 del Consejo de Europa, respecto a "la protección de la vida privada de las personas físicas frente a los bancos de datos electrónicos en el sector privado".

<sup>19</sup> Resolución 74 (29) de 20 de septiembre de 1974 del Consejo de Europa, respecto a "la protección de la vida privada de las personas físicas frente a los bancos de datos electrónicos en el sector privado".

<sup>20</sup> DAVARA RODRIGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, cit., pp. 65-66

El artículo 8 de la Convención Europea para la defensa de los derechos del Hombre y de las libertades fundamentales dispone que “toda persona tiene el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> C. MOLINERO, *La información y los derechos personales*, Col. Técnico-Universitario nº 6, Dirosa, Barcelona, 1977, p. 61.



## II. LA INTIMIDAD: SU FÁCIL VULNERABILIDAD CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

### 1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA INFORMÁTICA

Numerosas reflexiones aparecen en la doctrina sobre la necesidad de modificar los esquemas jurídicos con la intención de dar protección legal a los derechos que puedan ser dañados a partir de los nuevos inventos de reproducción de la imagen y la voz, y la creciente posibilidad de comunicación de los mismos. Comienza así la necesidad de protección de los datos que revelen la personalidad de un individuo.<sup>22</sup> La controversia jurídica nace precisamente, del deseo de reforzar las garantías que los derechos del hombre conceden a la persona y a su vida privada. Durante el siglo XIX, los derechos proclamados en 1789 son recogidos en las constituciones de los países liberales, transformándose lentamente en normas de derechos positivo que ofrecen las garantías para el ejercicio de las

---

<sup>22</sup> *Cfr.* “La aparición de técnicas de registro de la voz y de reproducción de la imagen modificará el existente esquema jurídico. Durante muchos años, los nuevos inventos están dedicados exclusivamente al mundo del espectáculo, donde hay una contradicción de mutuos intereses, o bien a la información de acontecimientos públicos, donde se presume el consentimiento de los que aparecen en los hechos reseñados. La protección de los derechos comenzará a utilizarse cuando en la transmisión de sonido o de imagen no se tiene el consentimiento de la persona implicada, y, especialmente, cuando esta palabra o esta imagen son grabadas en la ignorancia de la persona, confiada en la intimidad de su vida privada. Un cierto amparo de la imagen se vincula con la presencia física en relación con el lugar donde se encuentra. La noción de vida privada se relaciona así con el domicilio. La voz y la palabra, producto de una comunicación personal, está unida a la expresión de un pensamiento dirigido exclusivamente a su destinatario. La captación por otra persona de este mensaje es una violación de correspondencia. La tutela de la vida privada reúne todas las disposiciones legales existentes para asegurar y garantizar la libertad de las relaciones individuales.” El párrafo pertenece al Dr. D. Bécourt, abogado y profesor en la Universidad de Nanterre, en la Comunicación dirigida a la Convención Europea de Derechos del Hombre, Vie privée et Droits de l’homme.- Actes du Troisième Colloque International pur la Convention Européenne des Droits de l’homme. Bruylant, Bruxelles, 1973, p. 1.397 ss.

libertades. Poder y libertad no deben estar en lucha, al constituir la base y existencia para el hombre y su libertad.<sup>23</sup>

Sin duda, uno de los bienes jurídicos más susceptibles de ser lesionado o puesto en peligro por el uso de las nuevas tecnologías es la intimidad. Nuestro ordenamiento proclama en el artículo 10.1 CE que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social, y garantiza expresamente la intimidad personal y familiar en el artículo 18.1 CE, ordenando que 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 en el artículo 18.4 CE. Es unánime la denuncia de que las nuevas tecnologías suponen un serio peligro para la intimidad, ya que la facilidad con que ésta puede verse vulnerada va en aumento, a medida que avanzan, se perfeccionan y simplifican las técnicas de grabación, captación de imágenes, reproducción y transmisión de datos.<sup>24</sup> Incluso la misma Agencia Española de Protección de Datos<sup>25</sup> sostenía la misma opinión, por la facilidad de su vulneración, en el logotipo del lema que la acompañaba<sup>26</sup>:



**AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS**  
*Evita que la Informática invada tu intimidad*

Es necesaria una protección jurídica de la intimidad, como un límite a la utilización de la informática y las comunicaciones ante la posibilidad de que se pueda agredir a la intimidad de los ciudadanos y con ello se pueda coartar el ejercicio de sus derechos.<sup>27</sup> No es la informática, sino la utilización que se puede hacer de la misma la que podría afectar a los derechos fundamentales.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> MOLINERO, C., *op. cit.*, pp. 15-17.

<sup>24</sup> HERRERO-TEJEDOR, F.: *La intimidad como derecho fundamental*, 1ª edición, Colex, Madrid, 1998, pp. 22-24.

<sup>25</sup> En virtud del artículo 79 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, el día 1 de Enero de 2004 la Agencia de Protección de Datos pasa a denominarse a denominarse Agencia Española de Protección de Datos.

Se dispone asimismo que las referencias a la Agencia de Protección de Datos realizadas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, así como en las normas a las que se refiere su disposición transitoria tercera y cualesquiera otras que se encuentren en vigor deberán entenderse realizadas a la Agencia Española de Protección de Datos.

<sup>26</sup> En diciembre del 2003 cambia radicalmente la estructura del contenido de la página web de la Agencia Española de Protección de Datos, así como el lema que la acompañaba.

<sup>27</sup> DAVARA RODRIGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, cit., pp. 46-47.

<sup>28</sup> FREIXAS GUTIERREZ, G.: *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*, Bosh, Barcelona, 2001, p. 37.

## 2. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INTIMIDAD

Definir lo que es intimidad no es una cuestión fácil, aunque en nuestro tema se convierte en ineludible y los intentos por llegar a un consenso sobre su significado han sido innumerables<sup>29</sup>. Los autores suelen coincidir en la dificultad de determinar su contenido y las definiciones que se han dado giran alrededor del factor aislamiento, separación de lo privado y lo público<sup>30</sup>. Destaca la diversidad de la terminología empleada: Los italianos hablan preferentemente de “riservatezza”, en Francia se prefiere la expresión “vie privée”, los países anglosajones emplean el término “privacy” y en Alemania se habla de “privatsphäre”.<sup>31</sup> Las primeras manifestaciones de lo que se vino a llamar “privacy”, tuvieron, fundamentalmente un origen anglosajón. Será en la segunda mitad del siglo XIX, cuando generalizada la burguesía y convertida ésta en clase social dominante, propiedad e intimidad se separan; la intimidad deja de ser un derecho perteneciente a una clase social con un sentido patrimonial.

Este concepto se atribuye a los juristas Warren y Brandeis nacido en un famoso artículo llamado “The right to privacy” que publicaron en la “Harvard Law Review”, el 15 de Diciembre del año 1890<sup>32</sup>, en el que trataron de argumentar el derecho a ser dejado sólo de carácter subjetivo, en el sentido de excluir a los demás del conocimiento de noticias, especialmente frente a la prensa. Pero el artículo no es solamente la exposición de un problema que se iniciaba en Occidente, sino que los autores habían comprendido el naciente conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y trataron de establecer los límites precisos a la coexistencia equilibrada entre ambas necesidades.<sup>33</sup> Así, la intimidad, ese right to privacy, que fue considerada por el juez Cooley<sup>34</sup> como *the right to be alone*, traducida por el derecho a estar solo, a ser dejado en paz, fue reivindicada inicialmente, como un derecho autónomo, independiente del

---

<sup>29</sup> URABAYEN, M. : *Vida Privada e información: un conflicto permanente*, Eunsa, Pamplona, 1977, pp. 347-349.

<sup>30</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p. 58.

<sup>31</sup> HERRERO-TEJEDOR, F., *op. cit.*, pp. 19-22.

<sup>32</sup> WARREN-BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 15 diciembre, 1890, pp. 193 a 219. Traducción castellana de Benigno Pendás y Pilar Balsega : *El derecho a la intimidad*, Madrid, Civitas, 1995. Vid. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa. La protección de los datos personales ante el uso de la informática*, Tecnos, Madrid, 1990, 57-59; ORTI VALLEJO, A.: “El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática. (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)”, *DPC*, núm. 2, 1994, pp. 310-311.

<sup>33</sup> URABAYEN, M., *op. cit.*, pp. 90-93.

<sup>34</sup> La cita se debe al Juez norteamericano Thomas A. Cooley en *The elements of torts* escrito en 1873 y aparece en *A treatise on the law of torts or the wrongs which arise independently of contract*, 4<sup>o</sup> ed., vol. I, Chicago, 1932, p. 34.

concepto que hasta entonces prevalecía y la relacionaba con el derecho de propiedad, con la protección de lo que ocurría en el interior del domicilio y con el secreto de la correspondencia. Con su artículo, los autores pretendían dar respuesta a un nuevo fenómeno social: el poder que ejercía la prensa, ya en estos años del final del XIX y su capacidad para lesionar la vida privada, con una mayor intensidad que antes de la difusión de los periódicos. Por tanto, pusieron de relieve las consecuencias de las intromisiones ilegítimas llevadas a cabo por los medios de comunicación social.<sup>35</sup> Reflexionan sobre como “fotografías instantáneas y empresas periodísticas han invadido los recintos sagrados de la vida privada y doméstica y numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer buena la predicción según la cual lo que se susurra en el gabinete será proclamado desde lo alto de las casas”. Aunque prevalecen las ideas de autonomía y asilamiento, se obtiene como resultado que el derecho a la intimidad se caracteriza por el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada.<sup>36</sup> Se convierte en un derecho inherente a toda persona, como derecho de todo hombre a verse libre de injerencias e intromisiones no deseadas en su esfera privada.<sup>37</sup>

La intimidad consiste en “el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado”<sup>38</sup>. Más tarde se la ha definido como aquel modo de ser de la persona que consiste en la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la persona misma.<sup>39</sup> O bien el derecho en virtud del cual excluimos a todas o a determinadas personas del conocimiento de nuestros pensamientos, sentimientos, sensaciones y emociones, exclusión que se realiza en razón de su contenido íntimo o privado.<sup>40</sup> Igualmente se define la esfera íntima como “ese ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad”<sup>41</sup>

El Tribunal Supremo la definió como “el derecho a mantener intacta, desconocida, incontaminada e inviolada la zona íntima, familiar o recoleta del hom-

<sup>35</sup> HERRERO-TEJEDOR, F., *op. cit.*, pp.23-24.

<sup>36</sup> WARREN, S. y BRANDEIS, L., *op. cit.*, p. 195- 196. Sus afirmaciones nos sirven para encuadrar los problemas que suscita la informática y que afectan al derecho a la intimidad

<sup>37</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, pp. 55-59.

<sup>38</sup> ALBALADEJO, M.,: *Derecho civil. Introducción y Parte General*. Vol. II, Bosh, Barcelona, 1977, p. 59.

<sup>39</sup> DE CUPIS: *I diritti della personalità*, Milano, 1982, p. 257.

<sup>40</sup> ROMERO COLOMA, A. M. : *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: Honor, intimidad y presunción de inocencia*. 1ª edición, Civitas, Madrid, 2000 , p. 41.

<sup>41</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Protección del honor y la intimidad”, *VV.AA. Comentarios a la Legislación Penal*, tomo I, Madrid, 1982, p. 101.

bre”.<sup>42</sup> Nuestra jurisprudencia en su STC 231/1998, de 2 de diciembre, extiende la intimidad personal y familiar no sólo a aspecto de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial vinculación, como es la familiar, aspectos que por la relación o el vínculo existente entre ellas inciden en la esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 de la Constitución protegen.

Frente al concepto tradicional de la intimidad otras teorías<sup>43</sup> han puesto de manifiesto la relatividad de ésta, partiendo de que el individuo debe cumplir diversas funciones en la sociedad para cuyo ejercicio debe suministrar información necesaria. Y otros autores han pretendido delimitar el derecho a la intimidad mediante la concurrencia de una serie de elementos, como son que se trate de manifestaciones que son sustraídas al conocimiento de personas ajenas al círculo familiar, que estos hechos provocan una perturbación moral en el afectado en el sentido del pudor o recato y que el sujeto no desea que sean conocidos.

En definitiva, lo que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza es el derecho a poseer la intimidad, “a tener vida privada disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a nuestra persona y familia”. Por tanto “el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a su 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”.<sup>44</sup>

Al mismo tiempo, el Derecho Internacional, que tanta influencia tiene en el tema que estamos tratando, va poniendo las bases de un ordenamiento, que se irá volviendo cada vez más homogéneo en materia de protección de datos personales. Así, el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos humanos proclamada por la asamblea general de la ONU el día 10 de diciembre de 1948 determina que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Con la redacción y aprobación de este artículo, se reconoce por vez primera la protección de la vida privada como un derecho del hombre, reconocido por el Pacto relativo a los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, en 1966 y 1969, respectivamente.<sup>45</sup>

### 3. LA INTIMIDAD Y EL CONCEPTO DE PRIVACIDAD

Son términos cuya acepción y aceptación no es unánime en nuestra doctrina, y generan polémica y discusiones en torno a su distinción desde sus comien-

<sup>42</sup> Vid. STS de 8 de marzo de 1974.

<sup>43</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, pp. 64-65.

<sup>44</sup> SSTC 144/1999, de 22 de julio y 134/1999, de 15 de julio.

<sup>45</sup> ROMERO COLOMA, A. M., *op. cit.*, p. 38

zos. Sirva como ejemplo la distinción que se hacía entre ambos términos: “Vida privada e intimidad no son términos sinónimos en su acepción exacta porque lo íntimo es un núcleo más interno que lo meramente privado, es el corazón del corazón de cada persona.”<sup>46</sup> El concepto de vida privada, lo mismo que la intimidad es de difícil delimitación por ser un concepto multiforme, variable e influido por situaciones contingentes de la vida social.<sup>47</sup>

La traducción e introducción en nuestro ordenamiento del término *privacy*, contribuyó, aún más, a las contradicciones y posturas encontradas de la doctrina en cuanto a la existencia o no del derecho a la protección de datos. *Privacy* es un término perteneciente al derecho anglosajón, y para entender su significado tendremos que asomarnos al mismo.

En Estados Unidos, la tutela de los derechos personales se fundamenta en la “*privacy*”, derecho constitucional no expresamente reconocido en la Constitución americana, y cuyo concepto se correspondería con el castellano *intimidad*, pero entendiendo ésta de manera más amplia que el mero poder de exclusión del conocimiento de los demás de la esfera personal, que es la idea que todavía hoy está extendida entre nosotros. Este concepto se ha ido ampliando hasta introducir una nueva acepción de la *privacy*. Se trata de la *privacy of autonomy* o *informational privacy*, con la que se intenta señalar el atentado a la persona perpetrado por la simple recogida y catalogación de informaciones, que se une al concepto tradicional de *privacy* o *disclosure*, en el que se engloban los atentados provocados por la difusión y revelación de noticias y datos personales cuyo conocimiento está limitado a un círculo restringido. En Estados Unidos, de ninguna manera se afirma la existencia de un nuevo derecho fundamental de carácter informático, y mucho menos de un nuevo derecho de la personalidad (teoría, sobre estos, desconocida en el mundo anglosajón). Allí, la tutela frente a la informática, deviene por tratarse de un atentado al derecho fundamental y existente, cual es la intimidad (*privacy*), pero adoptando un concepto de intimidad ampliado o extenso por su conexión a la libertad<sup>48</sup>. Efectivamente, en el ámbito de la informática, y sobre todo, frente al Estado, el sujeto que dispone del control de los datos que aquél maneja sobre él, puede desarrollar más ampliamente su libertad.

En nuestra doctrina se insiste en esta idea afirmando que existe un concepto o dimensión positiva de la intimidad, elaborado principalmente por la doctrina y la jurisprudencia de los Estados Unidos, que considera la *privacy* como el *poder de ejercer un control sobre las informaciones que le atañen a uno*, teoría que

<sup>46</sup> Así lo expresa en sus “Conclusiones” URABAYEN, M., *op. cit.*, p. 347.

<sup>47</sup> REVERTE NAVARRO A.: “Prólogo” de GARCIA GARCIA, C. Y GARCIA GOMEZ, A.: *Colisión entre el Derecho a la intimidad y el Derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*, Murcia, 1994.

<sup>48</sup> ORTI VALLEJO, A., *op. cit.*, p. 312.

viene a considerar la intimidad como el derecho a poder participar y controlar las informaciones que conciernen a cada persona<sup>49</sup>. Así se afirma que aunque la protección de los datos personales está suficientemente protegida en las modernas legislaciones mediante el derecho a la intimidad, es cuando surge la informática y la posibilidad del tratamiento automatizado de los datos y su transmisión cuando parece una nueva relación entre datos y personas, y el sujeto necesita ser protegido más allá de las normas referentes a la intimidad. El derecho a proteger no es solamente el de la intimidad, sino algo con mayor profundidad, lo que en los ordenamientos de ámbito anglosajón se ha dado en llamar “privacy” y que se ha castellanizado como “privacidad”.<sup>50</sup>

La Real Academia Española ha admitido recientemente el término en su diccionario<sup>51</sup>, definiéndolo como “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”. No parece que privado e íntimo sean sinónimos. La intimidad es el conjunto de sentimientos, pensamientos e inclinaciones más internos, como la ideología, religión o creencias, las tendencias personales que afectan a la vida sexual, problemas de salud que deseamos mantener en secreto u otras inclinaciones. Normalmente, a los asuntos relacionados con este ámbito se les denomina en plural, intimidades. Mientras que privacidad hace referencia al ámbito de la persona formado por su vida familiar, aficiones, bienes particulares y actividades personales. Todos estos aspectos, además de los íntimos, constituyen una esfera que se debe proteger de la intromisión.<sup>52</sup>

En la doctrina italiana existe unanimidad en considerar la protección de los datos personales frente a la informática, como una temática conexas en mayor o menor medida con la privacy, tal como se entiende en el derecho norteamericano. Y se inspira hasta tal punto en el modelo americano, que el término privacy ha conseguido suplantar al latino riservatezza<sup>53</sup>. Algo parecido ocurrió con la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal<sup>54</sup> al introducir el término privacidad en su Exposición de Motivos, introduciendo una nueva categoría<sup>55</sup>, conceptualizada

<sup>49</sup> RUANO ALBERTOS, S.: “Existencia o no de vulneración de los artículos 18.4 y 28.1 de la Constitución Española (Comentario a la STC 11/1998, de 13 de enero)”, *RTS*, núm. 88, 1998, p. 58.

<sup>50</sup> Vid. DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, cit., pp. 54-55. Idem.: “Libertad de información y derecho fundamental a la protección de datos”, *La voz del experto*, núm. 29, 5 de abril de 2002, [www.bcentral.es/boletines/experto29.asp?a=printable](http://www.bcentral.es/boletines/experto29.asp?a=printable).

<sup>51</sup> Diccionario de la Real Academia Española, edición 2001.

<sup>52</sup> DIAZ ROJO, J. A.: “Privacidad”, *El cajetín de la lengua* en la dirección de Internet <http://www.ucm.es/info/especulo/cajetin/privacid.html>.

<sup>53</sup> Para mayor abundamiento, ver ORTI VALLEJO, A., *op. cit.*, pp. 315-322.

<sup>54</sup> Publicada en el BOE núm. 262, de 31 de octubre de 1992. En adelante LORTAD.

<sup>55</sup> SANCHEZ BRAVO, A.: “La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal: Diez consideraciones en torno a su contenido”, *REP*, núm. 111, 2001, pp. 201-202.

como “un conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad, que aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”.<sup>56</sup> La actual LOPD carece de una Exposición de Motivos y el término privacidad no aparece en ninguna parte de la ley.

En Italia quizá su utilización esté justificada, pero no ocurre lo mismo con el término castellano *intimidad*, pues a diferencia de la expresión reserva (que es sinónimo de aislamiento, exclusión, apartamiento), admite un sentido positivo de cierta apertura, que es lo que ocurre con la *privacy* norteamericana. Y por tanto continúa siendo suficiente el concepto de intimidad, resultando distorsionadora la introducción al castellano del término privacidad. Por un lado, si lo que se propone es afirmar que la privacidad es un derecho distinto al de la intimidad, este punto de vista es insostenible, dicen algunos autores<sup>57</sup>, con sólo recordar el contenido que posee la *privacy* norteamericana, cuyo núcleo es el respeto a la intimidad. Y por otro, no es argumento suficiente que el concepto de privacidad se aplique a la informática exclusivamente.

---

<sup>56</sup> En la Exposición de Motivos de la LORTAD se distingue entre la intimidad y la privacidad, en su párrafo 1.

<sup>57</sup> Estos argumentos le dan pie a Orti Vallejo para criticar la postura de Lucas Murillo de la Cueva.

### III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

#### 1. CONCEPTO

El derecho a la intimidad “informática”<sup>58</sup>, el derecho a la privacidad, el derecho a la autodeterminación informativa<sup>59</sup>, el derecho a la protección de datos personales, son términos frecuentes en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia y todos ellos hacen alusión a un derecho que se ubica en el artículo 18.4 de la Constitución. Con ello se desplaza, en lo que se refiere a la cuestión de los datos personales, el derecho a la intimidad.<sup>60</sup> Su estudio se sitúa en el campo de los derechos fundamentales y pretende explicar la inclusión en el catálogo de los mismos de un derecho nuevo, el derecho a la autodeterminación informativa.

La doctrina relativa al derecho a la intimidad va evolucionando y partiendo de un derecho pasivo de primera generación que proclamaba la “no injerencia en la vida privada” del individuo, llega a reivindicar un derecho de libertad informática o control de los datos personales incluidos en un fichero informático.<sup>61</sup> En efecto, la doctrina distingue tres generaciones de derechos humanos:

- En la primera se configuran las libertades individuales frente a la injerencia de los poderes públicos, exigiendo sus límites y se tutelan por la observancia de derechos individuales.

---

<sup>58</sup> SARDINA VENTOSA, F.: “El derecho a la intimidad informática y el tratamiento de datos personales para la prevención del fraude” *AIA*, núm. 25, 1997, p. 3.

<sup>59</sup> Especial énfasis han puesto en su defensa el constitucionalista P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y el profesor A. PÉREZ LUÑO.

<sup>60</sup> GONZALEZ MURUA, A. R.: “El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L. O. 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos Personales”, *WP*, núm. 96, Barcelona, 1994, pp. 3-16.

<sup>61</sup> SARDINA VENTOSA, F., *op. cit.*, p.1.

- En la segunda, desde el Estado Social de Derecho frente al Estado Liberal de Derecho, los derechos económicos, sociales y culturales exigen una política activa que garanticen su ejercicio.
- En una tercera generación, se incluye la libertad informática como un nuevo derecho del individuo a tutelar su propia identidad informática, concretándose en las garantías de acceso y control de las informaciones procesadas en bancos de datos por parte de las personas a las que conciernen.<sup>62</sup>

Y de este tercer momento, van a surgir las denominadas **generaciones de leyes de protección de datos personales**.<sup>63</sup> No obstante, los principio y derechos que se pretenden proteger siguen teniendo vigencia en gran parte y solo se trata de actualizarlos con ocasión de la aplicación e interpretación real por los órganos jurisdiccionales de las leyes vigentes en la materia.

El tema es relativamente reciente en nuestro ordenamiento jurídico, y su primera base positiva es el artículo 18.4 CE.<sup>64</sup> Más tarde, se produjeron *diversos proyectos de ley* para dar cumplimiento a este artículo de la Constitución: Ley de Bases para una Ley de Protección de la intimidad frente a las técnicas informáticas (propuesta de Jiménez Escobar); Ley de Protección de Datos (propuesta de Heredero Higuera); proyecto de Ley Orgánica sobre Informática y Derechos Fundamentales (Pérez Luño); el de la Asociación pro Derechos Humanos (APDH); el anteproyecto de Ley Orgánica de 1984 de la Presidencia del Gobierno; la proposición de ley de protección al honor y a la intimidad frente a la utilización de la base de datos, del Grupo Popular, de 1987; la del Grupo Mixto, de 1989. Esta serie de iniciativas que no llegaron a desarrollar una ley de protección de datos, hicieron pensar que tanto el mandato constitucional como la firma en 1982 y ratificación en 1984 del Convenio del Consejo de Europa, suponían para nuestro representantes sólo una formal declaración de voluntad sin que existiera una intención de ponerla en práctica.<sup>65</sup> Todos estos proyectos son anteriores al mismo Proyecto de Ley<sup>66</sup> de la ya derogada Ley Orgánica de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal de 1992<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> PEREZ LUÑO, A. E.: *Manual de Informática y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

<sup>63</sup> Vid. PEREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1991 y DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, cit., p. 66.

<sup>64</sup> LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit, pp. 17-21.

<sup>65</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, cit, p. 64.

<sup>66</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 59-1, de 24 de julio de 1991.

<sup>67</sup> GARCIA GARCIA, C. Y GARCIA GOMEZ, A.: *Colisión entre el Derecho a la intimidad y el Derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*, Murcia, 1994, pp. 149-151.

La llamada protección de datos personales, entendida como la protección jurídica de las personas en lo que concierne al tratamiento de sus datos de carácter personal, o de otra forma, el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento, para confeccionar una información que, identificable con él, afecta a su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad, incide directamente en un derecho fundamental de elevado contenido.<sup>68</sup> Son elementos característicos de la definición constitucional de este derecho fundamental los derechos del afectado a consentir sobre el uso y la recogida de sus datos personales y a saber de los mismos<sup>69</sup>.

Podemos afirmar que el estudio de la llamada protección de datos personales se resume en tres características: a) Que los datos sean susceptibles de tratamiento o se encuentren en soporte susceptible de tratamiento, b) Que se tenga la posibilidad de identificar el resultado del tratamiento de los datos con su titular y c) Que el manejo o acceso a los datos resulte sin consentimiento del titular.

Se han realizado algunas críticas por parte de la doctrina sobre la idoneidad de la expresión protección de datos, en cuanto da a entender que se está protegiendo al dato, cuando lo que se quiere proteger es al sujeto titular de los datos, no obstante se ha superado, en cuanto se perseguía centrar el alcance y contenido de la materia. Por otro lado, este término de protección de datos hace que se centre el estudio sobre los datos y la incidencia que, un tipo u otro de ellos, pueden tener en el análisis de la defensa del bien jurídico protegido y de los intereses a los que pueda afectar, por las diferentes consecuencias que tendría sobre la persona la manipulación de sus datos.

Las aparentes ventajas que conlleva el tratamiento informático de los datos, con la transferencia electrónica de los mismos y la llamada contratación electrónica, exigen una mínima seguridad física y lógica, tanto de equipos, como de sistemas de comunicaciones o de tratamiento de la información. Por tanto, esa seguridad en los sistemas informáticos y de comunicaciones, y en consecuencia de la información y datos que en ellos se manejan y que por ellos viajan, necesitan de técnicas, equipos y procedimientos especializados.<sup>70</sup>

## 2. LÍMITES

El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y el derecho a la libertad de expresión, la libertad de información y la libertad de

<sup>68</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones*, Fundación Airtel, Madrid, 2000, p. 9.

<sup>69</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p. 75.

<sup>70</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, cit., 33-50.

comunicación de ideas, pensamientos y opiniones, todos ellos recogidos en las modernas constituciones, en algunos casos pueden colisionar al intentar interpretar los derechos que protegen. Actualmente se ha llegado a una perfecta delimitación entre “honor e intimidad”,<sup>71</sup> aunque no siempre ha sido así, por la permanente colisión entre el conjunto de derechos de la personalidad, de índole subjetiva, y el derecho social que originan las libertades de expresión e información. Entre los primeros nos encontraríamos el derecho de protección de datos personales. Todo ello ha dado lugar a una variada doctrina, donde destaca la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites entre aquellos.<sup>72</sup>

El derecho a la intimidad informática, como cualquier otro derecho fundamental reconocido por nuestra constitución tienen que estar limitado por el propio texto constitucional y los criterios de interpretación que la Constitución nos remite. Hay que incluir por tanto, los tratados internacionales celebrados válidamente por España y publicados en el BOE<sup>73</sup>. En este sentido, las excepciones al derecho de intimidad que recoge el artículo 8-2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas<sup>74</sup>, son un límite a tener en cuenta, tanto en el desarrollo legislativo que regule los derechos fundamentales y libertades públicas<sup>75</sup> o como criterio interpretativo de los mismos<sup>76</sup>. Y estos valores que legitiman las excepciones, según el Convenio son que la medida sea 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 la moral y la protección de los derechos y libertades de los demás.<sup>77</sup> Hay que incluir entre los límites las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales y los fijados por la jurisprudencia constitucional, que son aquellos que de manera mediata o indirecta se infieren de la propia Constitución al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos<sup>78</sup>.

---

<sup>71</sup> ROMERO COLOMA, A. M., *op. cit.*, p.37.

<sup>72</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: “Columna del director”, *AIA*, núm. 25, 1997, p. 2

<sup>73</sup> Artículo 96.1 CE: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

<sup>74</sup> Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas firmado en Roma el 4 de Noviembre de 1950.

<sup>75</sup> Reconocido por nuestra Constitución a tenor del artículo 53.

<sup>76</sup> El artículo 10.2 CE recoge: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

<sup>77</sup> SARDINA VENTOSA, F., *op. cit.*, p. 4-5.

<sup>78</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p.66.

No existen derechos fundamentales ilimitados afirmación que se apoya entre otras en los argumentos de la STC 11/1981, de 8 de Abril y de la STC 110/84, de 26 de Noviembre<sup>79</sup>. Esta última resuelve un recurso de amparo contra un acuerdo de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria en la que se autorizaba la investigación de las operaciones activas o pasivas donde figuraba el recurrente como titular de determinadas cuentas bancarias y de crédito.

El Tribunal Constitucional reconoce, frente al derecho a la intimidad, las limitaciones reconocidas en la Constitución, y las que de una manera indirecta puedan llegar a limitar esta intimidad, motivadas por las obligaciones que el texto constitucional atribuye a los poderes públicos por un lado, y a los particulares de otro. En ella se argumenta que “todo derecho tiene sus límites que con relación a los derechos fundamentales establece la Constitución, por sí misma, en algunas ocasiones, mientras el otro límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger y observar otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos”. Aunque fue criticada por algunos<sup>80</sup>, la aplicación de los derechos fundamentales no debe ser ilimitada.<sup>81</sup>

### 3. LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS

En la doctrina se afirma que el conflicto entre la libertad de información y de tratamiento de los datos -junto a la libertad de expresión-, y la intimidad, es uno de los grandes temas de nuestro tiempo que está generando múltiples estudios y provocando grandes y graves discrepancias doctrinales.<sup>82</sup> Para la Ley de prensa, la intimidad era un límite al derecho a la información. El concepto de intimidad se refiere a lo interior, a lo más reservado, a lo más profundamente sentido por el ser humano. Se opone a lo público, a lo proclamado por todos.<sup>83</sup>

Actualmente, todos los datos que están organizados mediante sistemas automatizados de almacenamiento y recuperación de la información deben estar protegidos contra el acceso de quienes no esté autorizado para ello. Se convierte así

---

<sup>79</sup> En resumen, el recurrente manifestaba que el acuerdo impugnado supone una intromisión a aspectos de la vida profesional, personal y familiar que tienen su reflejo en las cuentas sometidas a investigación y que, existe la posibilidad de que la raíz de esta investigación se penetre en la más íntima vida privada de las personas. El Tribunal le deniega el amparo.

<sup>80</sup> SANTAMARÍA PASTOR: “Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones inabundantes”, *REDC*, núm. 15, pp. 159 y ss. Además de calificar la sentencia de ambigua y metodológicamente incorrecta, la tacha de general a la hora de delimitar el derecho a la intimidad.

<sup>81</sup> FREIXAS GUTIERREZ, G., *op. cit.*, pp. 40-41.

<sup>82</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones*, cit., p. 9.

<sup>83</sup> URABAYEN, M., *op. cit.*, p. 9.

en un límite frente a la utilización de la informática ante la posible agresión a la intimidad de los ciudadanos, personal o familiar pudiendo coartar el ejercicio de sus derechos. Encontrar un equilibrio entre estos dos derechos fundamentales, se ha convertido en un reto en nuestro tiempo<sup>84</sup>. En el artículo 20 de nuestra Constitución<sup>85</sup> se reconoce el derecho a comunicar o recibir libremente informaciones o ideas, concepto recogido en el convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Está protegido sin más límites que el respeto a los demás derechos fundamentales en caso de colisión y como una libertad individual de comunicar o recibir información por cualquier medio de difusión.

Hoy en día, la información no queda estancada en el ordenador o en un disco compacto, sino que viaja a través del ciberespacio y puede ser alcanzada por todo aquel que lo desee y cuente con la tecnología necesaria para acceder a ella. Con ello se produce una globalización de la información y por tanto, conceptos tales como libertad de información y privacidad pueden entrar en colisión.<sup>86</sup> Frente a todo este avance informático nace la pregunta sobre cómo controlar la difusión de la información personal, si es posible este control y qué tipos de barreras pueden oponerse al avance de la divulgación de la misma. Así ocurrió en el supuesto de las actuaciones de pacientes que fueron víctimas de negligencias por parte de determinados médicos, y pretendían difundir la lista de los mismo a través de Internet por parte de la asociación Defensa del Paciente, planteándose un supuesto de colisión entre el derecho a la intimidad de los profesionales médicos y el derecho a la información de los ciudadanos a conocer los aspectos negativos de estos. En el artículo 9 de la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre se recoge la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer, en relación al tratamiento de datos, excepciones en la medida que sean necesarias para equilibrar el derecho a la intimidad con la libertad de expresión, este último relacionado con el de comunicar o recibir libremente información por cualquier medio de difusión.<sup>87</sup>

La LOPD no ha incidido de manera suficiente en la colisión entre la protección a la intimidad a través del tratamiento de datos y la libertad de expresión y de información.

---

<sup>84</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. "Libertad de información y derecho fundamental...", *op. cit.*, [www.bcentral.es/boletines/experto29.asp?a=printable](http://www.bcentral.es/boletines/experto29.asp?a=printable)

<sup>85</sup> *Vid.* STS (Sala de lo Contencioso), de 10 de febrero de 1986, en referencia al artículo 20 CE, donde se garantiza el derecho de todos a recibir información y la opinión pública libre.

<sup>86</sup> PIERINI, A. y otros, *op. cit.*, p. 132-136.

<sup>87</sup> FREIXAS GUTIERREZ, G., *op. cit.*, pp. 149-150.

## IV. LA APARICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS

### 1. SU SIGNIFICADO

En España, son escasos los estudios aparecidos sobre los derechos cívicos en los años cuarenta y cincuenta del pasado siglo XX. Antes de nuestra Constitución algunas voces vislumbraban la necesidad de protección de la vida individual, de la zona íntima de la persona y de su contorno más inmediato, ante el proceso de socialización de las relaciones interhumanas y el avance de la técnica<sup>88</sup>.

Es a partir del año 1976, en el momento de la transición hacia la democracia, cuando comienza a producirse un cambio cualitativo llegándose a un ordenamiento jurídico donde los derechos humanos van a tener una tutela más eficaz<sup>89</sup>. En el año 1977 se comienza a distinguir entre los derechos de la personalidad, el derecho a la intimidad personal, familiar y social, así como el derecho a la información, y dentro de los derechos personales informativos individuales, se distingue la protección y garantía de amparo para el nombre de una persona.<sup>90</sup> Así, “el respeto de esta tutela respecto al nombre, como valor íntimo y personalísimo, se fundamenta en el derecho a lo que De Cupis<sup>91</sup> llama “signos distintivos personales,” entre los que está el nombre”. Este es consustancial a la persona y a su personalidad. También se hacen referencias a la protección de la fecha de nacimiento así como al sexo de la persona. Y con una evidente claridad, afirma que la publicación del nombre en los medios de comunicación so-

---

<sup>88</sup> RUIZ JIMÉNEZ, J.: “El derecho a la intimidad”, *Diario Ya*, núm. 15, Enero, 1969.

<sup>89</sup> M. JIMÉNEZ DE PARGA en el Prólogo de C. MOLINERO: *La información y los derechos personales*, 1ª edición, Dirosa, Barcelona, 1977.

<sup>90</sup> *Vid.* C. MOLINERO, *op. cit.*, pp. 37-39.

<sup>91</sup> *Vid.* A. DE CUPIS: “La persona humana en el Derecho Privado”, *RDP*, Enero, 1956.

cial, es un tema que adquiere cada vez mayor relevancia y su utilización puede tener efectos lucrativos, penales y de intromisión en la vida privada personal.<sup>92</sup>

La aparición de nuestra Constitución el 27 de diciembre de 1978,<sup>93</sup> supone una nueva perspectiva en cuanto a la defensa de los derechos y deberes fundamentales. El fundamento principal lo constituye el artículo 10.1 CE donde se expone que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Nos hallamos ante unos principios constitucionales, directamente vinculantes y fuente de interpretación de todo el ordenamiento<sup>94</sup>.

Otro de los artículos al que debemos referirnos por su incidencia sobre el derecho de protección de los datos personales es el artículo 10.2 CE<sup>95</sup>, situado en el capítulo I dedicado a los derechos y deberes fundamentales. Debe ser citado puesto que la transposición de la Directiva 95/46/CE a nuestro ordenamiento ha dado origen a nuestra actual Ley de Protección de Datos de carácter personal 15/1999, de 13 de diciembre<sup>96</sup>, derogando la Ley Orgánica de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal de 29 de octubre de 1992. En el Capítulo segundo, dedicado a los derechos y libertades, en la sección primera: “De los derechos fundamentales y las libertades públicas”, se encuentra el artículo 16.1 CE, donde se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Y el artículo 16.2 CE cuya redacción es la siguiente: “Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología religión o creencias.” A este artículo hay que referirse por ser la religión un dato personal especialmente protegido, de los denominados *datos sensibles*.

---

<sup>92</sup> C. MOLINERO, *op. cit.* pp. 45 - 46.

<sup>93</sup> La Constitución se publicó en el Boletín Oficial del Estado el día 29 de diciembre de 1978.

<sup>94</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, pp. 71-71. En el mismo sentido, el epígrafe 4 del voto particular a la Sentencia STC 290/2000, de 30 de noviembre dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 201/1993, 219/93, 226/93 y 236/93 del Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga al que presta su adhesión el Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende.

<sup>95</sup> Artículo 10.2 CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

<sup>96</sup> En adelante LOPD.

## 2. EL ARTICULO 18.4 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. EL PROCESO DE SU CONFLICTIVA REDACCIÓN

El artículo 18.4 CE establece que “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”.

Dicho artículo se incardina en un precepto dedicado a la protección de la intimidad en general.<sup>97</sup> Nos merece una singular dedicación de un apartado a tan importante artículo en materia de protección de datos personales. No siempre estuvo clara la postura de la doctrina en cuanto a la existencia de un derecho a la protección de datos personal, un derecho en definitiva sobre el control de los datos relativos a la propia persona, y si el artículo 18.4 CE recoge un derecho derivado de la intimidad, como parte de este mismo en un sentido positivo, o si por el contrario constituye un derecho autónomo, que se ha ido construyendo a partir de la redacción de la Constitución e interpretado por la doctrina y la jurisprudencia.

En la redacción del mencionado artículo, parece que influye de manera definitiva la redacción del artículo 35 de la Constitución portuguesa de 1976.<sup>98</sup> En el Borrador y en el Anteproyecto constitucional se hacía mención en los siguientes términos: “La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos”.

Este texto pasó a ser el artículo 17 del informe de la Ponencia y fue debatido en la Comisión Constitucional del Congreso. El debate se dividió en dos posturas<sup>99</sup>, una defendida por Sancho Rof, que en nombre de la desaparecida Unión de Centro Democrático<sup>100</sup>, que planteaba innecesaria su regulación al considerar que la garantía del honor y la intimidad estaba contemplada en el apartado tercero del artículo 18 CE de una manera general. Y la tesis de Gastón Sanz<sup>101</sup>, del Grupo Mixto, que planteaba la regulación constitucional de este

<sup>97</sup> SÁNCHEZ BRAVO, A.: “La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal: Diez...”, *op. cit.*, pp. 200-203.

<sup>98</sup> El artículo 35 de la Constitución portuguesa de 1976 expresa textualmente: “1. Todos los ciudadanos tienen derecho a tener conocimiento de lo que consta en los registros mecanográficos respecto a ellos y del fin a que se destinan las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos y su actualización. 2. La informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de procesamiento de datos no identificativos con fines estadísticos. 3. Está prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos.”

<sup>99</sup> FREIXAS GUTIERREZ, G., *op. cit.*, p. 34-35.

<sup>100</sup> Conocida por sus siglas UCD.

<sup>101</sup> Proponía el siguiente texto: “La ley regulará el acopio, uso y difusión de los datos personales contenidos en los archivos y registros susceptibles de acceso automático, con objetivo de garantizar las libertades públicas y el ordenamiento constitucional”.

aspecto, aunque la utilización de la informática tuviera que extenderse a todos los derechos fundamentales en lugar de restringirse al derecho al honor y la intimidad.

La intervención de Roca Yunyet<sup>102</sup> significó encontrar un camino intermedio. Señalaba, que lo realmente grave aparece cuando esta información, que puede dañar al honor, incide en el ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos. Y se insiste en esta enmienda, que fundamentalmente supone el incorporar entre los límites de la informática el que se garantice el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos. La enmienda número 117 propuesta por Roca en nombre de Minoría Catalana fue la que prosperó, con el apoyo del grupo socialista aunque hubiera sido preferible dedicar por entero un artículo de la Constitución, siguiendo el modelo portugués, al tratamiento global de la informática y sus repercusiones. Esta intervención permite identificar la función específica de lo que se ha dado en llamar el derecho a la autodeterminación informativa y las diferencias que le separan de otros derechos. Pero la Comisión rechaza constitucionalizar la técnica de la protección de datos e insiste en seguir hablando expresamente de honor e intimidad. Este episodio anuncia las dificultades y contradicciones que posteriormente se producirán en el desarrollo legislativo.<sup>103</sup>

Su redacción definitiva es la siguiente: “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 la redacción de este artículo se puso el énfasis en la dimensión negativa de la libertad informática, en detrimento de su significación positiva (derecho al acceso y control de la informática por el individuo y los grupos), y se desconocieron las enormes posibilidades que este sector de la tecnología encierra, rectamente encauzado, para la construcción y consolidación del Estado social y democrático de Derecho. Y una vez promulgada la Constitución, se deben indagar todas las posibilidades que de una interpretación racional y sistemática puedan desprenderse del texto.<sup>104</sup>

Como reconoce el propio Tribunal Constitucional español,<sup>105</sup> con la inclusión del artículo 18.4 CE, el constituyente puso de relieve que era consciente de los riesgos que podía entrañar el uso de la informática y encomendó al legislador la garantía tanto de ciertos derechos fundamentales como del pleno ejercicio de los derechos de la persona. Y quiso hacerlo mediante el actual artículo 18.4

<sup>102</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, núm. 70, del 19 de mayo de 1978, p. 2.527.

<sup>103</sup> LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit., p. 153.

<sup>104</sup> PEREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 361-363.

<sup>105</sup> STC 292/2000, Fundamento Jurídico 4.

CE, garantizando no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismo, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1<sup>106</sup> del precepto. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con otros textos constitucionales, nuestra Constitución adolece de una cláusula abierta como colofón de la lista de derechos fundamentales.<sup>107</sup> Esta inclusión hubiese evitado en la materia que estamos tratando, muchas de las abiertas discusiones doctrinales y el reconocimiento de la existencia del derecho a la protección de datos con mayor prontitud.

El precepto constitucional además relaciona el uso de la informática con la intimidad personal y familiar y el honor de los ciudadanos. La terminología empleada suscitó en un principio dudas sobre su adecuada aplicación a los extranjeros, que el Tribunal Constitucional dispuso en una de sus sentencias<sup>108</sup>. El concepto “ciudadanos” supone una limitación en su aplicación a entidades, agrupaciones, personas jurídicas y otros grupos organizados de personas aunque el Tribunal Constitucional ha ido extendiendo, paulatinamente, la aplicación de algunos derechos fundamentales a las personas jurídicas, a diferencia del apartado 1 del artículo 18, que engloba dentro de su ámbito de aplicación a cualquier persona. Entre estos derechos fundamentales se encuentra el honor, cuyo protección, junto con la de otros derechos igualmente fundamentales es objeto de la LOPD.

---

<sup>106</sup> Artículo 18.1 CE: “Se garantiza el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

<sup>107</sup> Epígrafe 1 del voto particular a la Sentencia STC 290/2000, de 30 de noviembre. *Vid. infra* nota núm. 94.

<sup>108</sup> En la STC 99/85, de 30 de septiembre publicada en el BOE núm. 265 de 5 de noviembre, se recoge que “los extranjeros no sólo gozan de los derechos que establecen los Tratados y las leyes, sino de todos los que se establecen en el Título I, cuyo contenido podrá atemperarse según lo dispuesto en los Tratados y la Ley”.



## V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE AL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

### 1. EL ORIGEN JURISPRUDENCIAL

El origen jurisprudencial del derecho a la protección de datos se sitúa en la sentencia de 15 de diciembre de 1983 del Tribunal Constitucional Federal<sup>109</sup>, en el recurso presentado, a instancias de los Verdes, contra una Ley de 25 de Marzo de 1982 sobre el censo demográfico, que se excedió en el número de informaciones que se solicitaban de los ciudadanos. Se declaró parcialmente inconstitucional la Ley del Censo de población que obligaba a los ciudadanos germanos a suministrar datos personales para fines estadísticos. Esta sentencia, por su gran alcance e influencia más allá del caso concreto que la ha provocado, ha sido llamada “el sermón de la montaña de la protección de datos”. De esta sentencia podemos deducir que presupone en las condiciones modernas de la elaboración de datos, la protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitadas de los datos concernientes a la persona. Esta protección cae, por tanto, dentro del ámbito del derecho fundamental del artículo 2º, párrafo 1, en relación con el artículo 1º, párrafo 1 de la Ley Fundamental. El derecho fundamental garantiza, en efecto, la facultad del individuo de decidir básicamente por sí sólo sobre la difusión y la utilización de sus datos personales. Además no está garantizado sin límites. También cita este derecho en otros párrafos de la mencionada sentencia, que se tendrá en cuenta a la hora de analizar las sentencias del Tribunal Constitucional español.

Estamos ante un nuevo derecho de construcción jurisprudencial puesto que en la Ley Fundamental de Bonn no encontramos ninguna referencia literal a este precepto. Se refiere pues, al derecho de toda persona a controlar el flujo de

---

<sup>109</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMAN, Sentencia de 15 de diciembre de 1983, *BJC* núm. 33, IV. Jurisprudencia Constitucional Extranjera, 1984.

informaciones que a ella le conciernen, tanto en su petición, como al tratamiento y uso que se de a los mismos, mediante el consentimiento, el derecho de acceso a los datos, la rectificación, etc.<sup>110</sup> En épocas más recientes la doctrina,<sup>111</sup> al analizar este derecho, estima que la Constitución no lo reconoce expresamente, sino que el artículo 18.4 CE contiene un mandato al legislador para que limite “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”. Se afirma que el derecho a la autodeterminación informativa es un derecho de creación judicial, no expresamente formulado en cuanto tal en la Constitución, pero se reconoce la existencia del mismo en cuanto derecho autónomo.

## 2. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La primera sentencia del Tribunal Constitucional<sup>112</sup> que se dicta en España resolviendo un caso de protección de la persona por el uso informatizado de datos personales es la STC 254/1993 de 20 de julio<sup>113</sup>. El TC resuelve con motivo del recurso de amparo promovido por F.O.Z., contra la denegación presunta por parte del Gobernador Civil de Guipúzcoa y del Ministro del Interior de la solicitud de información relativa a los datos de carácter personal existentes en ficheros automatizados de la Administración del Estado. En concreto pedía que se le comunicara la existencia, finalidad y responsables de los ficheros automatizados dependientes de la Administración del Estado donde obrasen datos personales suyos, así como los datos en cuestión.

En ella el Tribunal Constitucional reconoce y ampara el derecho de los ciudadanos a conocer los datos personales que le conciernen y que se hallan registrados en archivos informatizados administrativos<sup>114</sup>. Al comentarla se distingue un doble plano argumentativo<sup>115</sup>:

1) De un lado, acoge la dimensión positiva del derecho a la intimidad como facultad de control sobre los datos relativos a la propia persona, y acepta las nociones de “libertad informática” y habeas data como integrantes de la garantía

<sup>110</sup> GONZALEZ MURUA, A. R., *op. cit.*, pp.13-15.

<sup>111</sup> PEREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, 6ª edición, Pons, 1999, pp. 404-405.

<sup>112</sup> ORTI VALLEJO, A., *op. cit.*, p. 305.

<sup>113</sup> Publicada en el BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1993. En el Fundamento Jurídico 5 de la reciente STC 292/2000, se menciona que fue en esta sentencia donde el artículo 18.4 fue esgrimido por primera vez.

<sup>114</sup> Esta decisión tuvo como antecedentes la Sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 7 de febrero de 1989 (a.1.250/86), y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala tercera, Sección octava) de 30 de abril de 1990, alegando la falta de desarrollo legislativo del Convenio Europeo de protección de datos personales.

<sup>115</sup> PEREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª edición, cit., p. 368.

de la intimidad frente a la informática, consagrada en el artículo 18,4 CE. Esto lo deduce del Fundamento Jurídico 7. Algunos autores opinan<sup>116</sup> que “el TC considera el artículo 18.4 como una indicación expresa del derecho a la intimidad, por lo que es conveniente la expresión “intimidad informática”, para aludir a ese contenido particular del derecho a la intimidad”. Esa conexión facilita muchos problemas que plantea el ejercicio de la protección de datos frente al uso de la informática, como por ejemplo, la posibilidad del recurso de amparo, y buen ejemplo de ello es la STC 254/1993. Se llega a afirmar<sup>117</sup> que dicha sentencia no llega a aclarar si verdaderamente existe un nuevo derecho fundamental en el ámbito informático o si se está protegiendo el derecho a la intimidad, entendida ésta en su dimensión positiva, o que “la protección frente a la informática procedería de la amenaza que esto supone sobre todo para la intimidad”.

2) De otra parte, en el Fundamento Jurídico 6 el Tribunal Constitucional reafirma la doctrina tendente a reconocer la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, en este caso de la libertad informática, que dimana de este artículo 18.4 de la CE, sin que sea necesario un desarrollo legislativo para su plena eficacia. Se señala la existencia de un derecho nuevo “estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama la informática”.

Esta sentencia, en mi opinión, aún no aclara definitivamente la existencia de este derecho, y así el Tribunal Constitucional incide en argumentos que no ayudan a un sector de la doctrina para decantarse definitivamente sobre la existencia de este derecho.

Otra importante sentencia en la evolución jurisprudencial sobre el reconocimiento de la existencia del derecho a la protección de datos es la STC 11/1998 de 13 de enero,<sup>118</sup> con ocasión del recurso de amparo promovido por I.C.N. contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Madrid, de 30 de junio de 1995, dictada en procedimiento de tutela de derechos fundamentales<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 97.

<sup>117</sup> RUANO ALBERTOS, S.: “Existencia o no de vulneración de los artículos 18.4 y 28.1 de la Constitución Española...”, *op. cit.*, p. 59.

<sup>118</sup> Publicada en el BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1998.

<sup>119</sup> *Cfr.* MARCO MARCO, J.: “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1998, de 13 de enero: La vulneración de los derechos fundamentales mediante el uso de datos informáticos automatizados”, *RGD*, núm. 645, 1998 ; RUANO ALBERTOS, S., *op. cit.*, pp. 58-61. ; FREIXAS GUTIERREZ, G., *op. cit.*, p. 137.

I.C.N. es trabajador de la empresa RENFE, y está afiliado al sindicato Comisiones Obreras. Convocada una huelga, él no puede participar en ella pues su horario laboral le impide participar en dichos paros. El conflicto surge cuando recibe la nómina correspondiente al mes de mayo de 1994 y observa que de la misma, la empresa ha retenido una cantidad, motivada por su participación en los paros del mes anterior. RENFE reconoce su error y se apresura a devolver la cantidad en el mes de junio del mismo año.

En este caso, la empresa utiliza un dato que pertenece a la privacidad del trabajador, dato que posee la empresa con una finalidad exclusiva –descontar la cuota de afiliación sindical- y sirve para impartir instrucciones al sistema informático para que se descuenten todos los días de paro de los que tienen la clave 893, correspondientes a los afiliados a CCOO. La STC 292/93 consideraba el dato de afiliación sindical como atinente a la ideología del individuo y la utilización de un dato cedido voluntariamente para otro fin puede incidir en la esfera de la intimidad del individuo. En este caso, el Director de la Agencia de Protección de Datos, en resolución de 18 de diciembre de 1995, impuso a RENFE una multa por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 43.4 c) de la LO 5/1992. La multa ascendió a 50.000.001 pesetas.

Esta sentencia recoge en su Fundamento Jurídico 4 textualmente la declaración del Fundamento Jurídico 6 de la STC 254/1993 de 20 de julio ya comentada, y también en el Fundamento Jurídico 5 declara que el artículo 18.4 CE no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, como ha quedado dicho, sino que además consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona –a la privacidad según la expresión utilizada en la derogada LORTAD- pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos. Consagra un derecho fundamental autónomo cuya finalidad es el control de informaciones que conciernen a cada persona.

El tratamiento de los datos relativos a la salud que motiva el recurso de amparo se plantea en la STC 202/1999 de 8 de noviembre<sup>120</sup>, que tuvo lugar en el marco de una relación laboral. El fichero cuya existencia y contenido centra el debate, tenía por objeto el seguimiento del “absentismo con baja médica” de los empleados de la entidad crediticia que lo había creado. El recurrente entendía lesionados sus derechos fundamentales por la constancia de sus datos sanita-

---

<sup>120</sup> Mencionada en el Fundamento Jurídico 5 de la STC 292/2000: “Con ocasión de la denegación a un trabajador de la cancelación de sus datos médicos en un fichero informatizado de una entidad de crédito sobre bajas por incapacidad temporal, se apreció que el almacenamiento sin cobertura legal en soporte informático de los diagnósticos médicos del trabajador sin mediar su consentimiento expreso constituía una desproporcionada restricción del derecho fundamental a la protección de datos personales.”

rios en dicho fichero. Con esta sentencia se trae a colación el ya clásico debate acerca de si la tutela frente al tratamiento de los datos personales se logra a través del derecho a la intimidad o a través de un derecho fundamental nuevo y diverso.<sup>121</sup> En ella se recogen los argumentos de la STC 254/1993 y la STC 11/1998<sup>122</sup> en su redacción: “Se trata, por tanto, de un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de las personas provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”.

Y además plantea el problema relativo a los límites de este derecho. La STC 292/2000 contestará a estas cuestiones aún si cabe con mayor claridad. El mencionado debate se va resolviendo en la STC 202/99, toda vez que los datos relativos a la salud, cuyo tratamiento informático se impugna, pertenecen a la esfera de la intimidad personal. Así, en el Fundamento Jurídico 2, se señala que se trata de “un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de las personas provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”. Destaca también que “la llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención”.

### 3. RECONOCIMIENTO DEFINITIVO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO DERECHO AUTÓNOMO

Aunque existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la protección de datos personales como derecho específico, como la STC 254/1993, las dos sentencias<sup>123</sup> más recientes sobre la protección de datos son las dictadas por el Tribunal Constitucional en la misma fecha, las SSTC 290/2000 contra la LORTAD<sup>124</sup> y 292/2000 contra la LOPD, ambas de 30 de noviembre que suponen de forma definitiva el reconocimiento de este derecho como derecho autónomo, distinguiéndolo del derecho a la intimidad.

<sup>121</sup> Vid. GARCIA GARNICA, M. C.: “La protección de los datos relativos a la salud de los trabajadores. (A propósito de la STC 202/1999, de 8 de noviembre)”, *DPC*, núm. 14, 2000, pp. 129-163.

<sup>122</sup> La STC 11/1998, de 13 de enero, publicada en el BOE núm. 37 de 12 de febrero de 1998, argumenta que este precepto consagra un derecho fundamental autónomo cuya finalidad es el control de informaciones que conciernen a cada persona.

<sup>123</sup> QUILEZA AGRADA, E., *op. cit.*, pp.187-195.

<sup>124</sup> Recursos acumulados núms. 201/93, 219/93, 226/93 y 236/93.

La aportación de la STC 290/2000, de 30 de noviembre, consiste en la solución a la discusión competencial suscitada por el Gobierno y el Parlamento de Cataluña con el Estado a raíz de la publicación de la LORTAD<sup>125</sup>. La Comunidad Autónoma recurrente, consideraba que el artículo 18.4 de la Constitución no contenía en sí mismo un derecho fundamental, sino una vía de limitación del uso de la informática, siendo las actividades de los ciudadanos relativas a los ficheros de datos un instrumento para proteger el ejercicio de otros derechos, realizado este en el marco de competencias previsto en la Constitución. Entendían que la competencia de las agencias de protección de datos comunitarias debía extenderse al control y registro de los ficheros de titularidad privada radicados en su territorio cuando el ámbito material en el que éstos operen sea de materias de competencia de las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional señala que el bien jurídico protegido por el artículo 18.4 no es el reparto competencial sino el derecho fundamental a la protección de datos personales que debe imponerse incluso sobre aquel y el ámbito competencial general de la Agencia Española de Protección de Datos<sup>126</sup> se exige por la necesidad de garantizar la protección en términos de igualdad territorial.<sup>127</sup>

En la STC 292/2000, de 30 de noviembre,<sup>128</sup> el Tribunal Constitucional reconoce el derecho a la protección de datos como derecho fundamental autónomo<sup>129</sup>, configurando su contenido con los principios y derechos que se contemplan en la LO 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, y en virtud del cual, el ciudadano, con carácter general, puede decidir sobre sus propios datos. El Tribunal Constitucional con fecha 30 de noviembre del 2000, ha procedido a dictar sentencia en el recurso de inconstitucionalidad 1563-2000, interpuesto por el Defensor del Pueblo contra los artículos 21.1<sup>130</sup>

<sup>125</sup> El Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, en su voto particular, al que presta su adhesión el Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende, se muestra conforme con el fallo de la Sentencia pero no en cuanto a la argumentación de la misma en cuanto a la existencia constitucional del derecho fundamental a la libertad informática. En la Sentencia debió expresarse que se reconoce un nuevo derecho constitucional pero que no figura en la enumeración de nuestra Constitución, ya que cuando se elaboró el estado de la técnica no permitía vislumbrar lo que hoy puede hacerse en el campo de la informática.

<sup>126</sup> *Vid. infra* nota núm. 25.

<sup>127</sup> En los Fundamentos Jurídicos 11 y 14 el Tribunal Constitucional declara que “es claro que las funciones y potestades de este órgano han de ejercerse cualquiera que sea el lugar del territorio nacional donde se encuentren los ficheros...y sean quienes sean los responsables de los mismos”.

<sup>128</sup> Publicada en el BOE núm. 4, de 4 de enero de 2001.

<sup>129</sup> La Agencia de Protección de Datos así lo ha reconocido en su página de Consultas más frecuentes: <https://www.agenciaprotecciondatos.org/consulta17.htm>.

<sup>130</sup> Art. 21.1 LOPD : “Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación hubiere sido prevista por las

y 24.1 y 2<sup>131</sup> de la LO 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal

El objeto de la misma consiste, recogido en el Fundamento Jurídico 2, en la petición de la declaración de inconstitucionalidad por el Defensor del Pueblo de los incisos de los artículos. 21.1 (“Comunicación de datos entre Administraciones Públicas”) y 24.1 y 2 (“Otras excepciones a los derechos de los afectados”) de la LOPD 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter Personal, que a su juicio vulneran la reserva de ley del artículo 53 CE y el artículo 18.1 y 4 CE. Es el “defectuoso cumplimiento de tal mandato” (refiriéndose al contenido del artículo 18.4 CE), “lo que justifica las tachas de inconstitucionalidad en relación con los indicados incisos de los artículos 21.1 y 24 antes mencionados”. Pero es en el conjunto de los fundamentos donde se recoge a mi entender una doctrina donde, además del derecho a la intimidad largamente reconocido por sentencias anteriores, se concentra en explicar *el derecho a la protección de datos*, ya que según declara el mismo Tribunal en el Fundamento Jurídico 4, el derecho fundamental a la intimidad no aporta por sí solo una protección suficiente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico.

El *concepto* de protección de datos personales, según recoge esta sentencia, se esgrime por primera vez en la STC 254/93 ya comentada, aquilatándose en otras hasta la STC 202/1999, de 8 de noviembre. Es la garantía de la “libertad informática”, como derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático, el habeas data, recogido en el Fundamento Jurídico 5. Son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental, a la protección de datos personales según el Fundamento Jurídico 7, los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

Lo diferencia claramente del derecho a la intimidad del artículo 18.1 en su *función*, donde radica su peculiaridad, y por tanto también en su objeto y contenido. La función del derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de la

---

disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso, o cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos”.

<sup>131</sup> Art. 24 LOPD: “1. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 5 no será aplicable a la recogida de datos cuando la información al afectado impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o cuando afecte a la Defensa Nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales o administrativas. 2. Lo dispuesto en el art. 15 y en el apartado 16 no será de aplicación si, ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección. Si el órgano administrativo responsable del fichero invocase lo dispuesto en este apartado, dictará resolución motivada e instruirá al afectado del derecho que le asiste a poner la negativa en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos, o en su caso, del órgano equivalente de las Comunidades Autónomas”.

persona del conocimiento ajeno, mientras que el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre sus datos que nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quienes lo poseen y con que fin.

Su *objeto* es más amplio que el relativo al derecho a la intimidad, ya que no se reduce a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier dato personal, sea íntimo o no, ya que su objeto no es sólo la intimidad individual, sino los datos de carácter personal. Los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.<sup>132</sup>

En cuanto al *contenido* de este derecho consiste en un poder de disposición y control de los datos personales que se concretan en la facultad de consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos: saber por tanto, qué datos se poseen sobre su persona y qué destino han tenido. Comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención<sup>133</sup>. Los derechos de los afectados a ser informados y a consentir así como los de acceso, rectificación y cancelación, integran el derecho fundamental de todos a controlar la recogida y el uso de aquellos datos personales que puedan poseer tanto el Estado y otros Entes públicos como los particulares.<sup>134</sup>

Los *límites*<sup>135</sup> deben venir regulados por Ley, tanto en el ordenamiento nacional como en el internacional<sup>136</sup>. Así los artículos 53.1 y 1.1, 105 b) CE donde se dice que la ley regulará el acceso a los archivos y registros administrativos “salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”<sup>137</sup>, como la persecución y castigo del delito, que constituyen un bien digno de protección constitucional, bienes reconocidos asimismo en los artículos 10.1 y 104.1 CE. También la jurisprudencia

<sup>132</sup> En el Fundamento Jurídico 6 se recoge la función, la singularidad del derecho a la protección de datos, y el objeto de protección.

<sup>133</sup> En la STC 11/1998 en su Fundamento Jurídico 5 y en la STC 94/1998 en su Fundamento Jurídico 4.

<sup>134</sup> Resumen de los argumentos recogidos en los Fundamentos Jurídicos 2, 5 y 7 de la STC 292/2000.

<sup>135</sup> En la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 15 de diciembre de 1983, ya se planteaba este tema y en el considerando B, C, II, b), declara que el individuo no tiene ningún derecho sobre “sus” datos en el sentido de una soberanía absoluta y no restringible. El individuo debe aceptar determinadas limitaciones de su derecho en aras del interés preponderante de la colectividad.

<sup>136</sup> Resumen de los argumentos recogidos en los Fundamentos Jurídicos 9, 10, 11, 12 y 13 de la STC 292/2000.

<sup>137</sup> *Vid.* artículos números 8.1 y 18.1 y 4 CE.

del TC considera que la distribución equitativa al sostenimiento del gasto público y las actividades de control en materia tributaria son límites. El derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación, los límites han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

El Tribunal Constitucional en su declaración de inconstitucionalidad, amplía la petición del Defensor del Pueblo y declara inconstitucional el inciso del artículo 21.1 “cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso o” y los incisos del artículo 24.1 “impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas” y “o administrativas” y todo el apartado 2. De lo que se deduce que se trata de una sentencia larga y bien fundada, donde se recoge una importante doctrina sobre el derecho a la intimidad y sobre todo del derecho a la protección de datos.



## VI. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EN EL ÁMBITO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

A nivel internacional se han hecho grandes esfuerzos para armonizar las legislaciones nacionales en materia de protección de datos que podrían venir dados por la elaboración de un Convenio Internacional partiendo de las exigencias internacionales convencionales previas de disposiciones de organismos regionales, entre los que podemos destacar la Recomendación del Consejo de la OCDE de uno de octubre de 1980 y el Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981.<sup>138</sup> El fondo jurídico de la normativa internacional es proteger la vida privada del ser humano y ya en 1967, se había constituido una comisión consultiva en el seno del Consejo de Europa, para estudiar las tecnologías de la información y su influencia sobre los derechos de la persona, que dio como resultado la Resolución 68/509/CE de la Asamblea del Consejo de Europa, sobre “los derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos”. No se trató de un hecho aislado, sino provocado por la inquietud existente dando como resultado tal resolución.<sup>139</sup>

La normativa protectora de datos de los Estados desarrollados, presenta un carácter especialmente preventivo. Se trata de impedir que datos recogidos o tratados en un Estado salgan de su territorio buscando amparo en otros Estados sin una legislación específica, o con unos inferiores niveles de protección que los actos de vulneración pueden producirse en terceros Estados destinatarios de los datos.

---

<sup>138</sup> No obstante, la Recomendación del Consejo de la OCDE insiste sobre la contribución de los flujos transfronterizos para el desarrollo económico y social, la Convención del Consejo de Europa reafirma la preeminencia de los derechos del hombre y las libertades fundamentales.

<sup>139</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, cit., pp. 56-57.

Cuando los diferentes Estados hayan establecido una protección uniforme y adecuada de los ciudadanos en relación a posibles abusos informáticos, los datos podrán circular libremente. Esta protección uniforme exige una protección común para el flujo de datos, tanto activo como pasivo, con terceros países.

## 1. EL CONVENIO 108 Y SU SIGNIFICADO

En septiembre de 1980 sale a la luz la Recomendación de la OCDE sobre circulación internacional de datos personales y la protección de la intimidad. Los trabajos continuaron en el seno del Consejo de Europa, dando como resultado el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981.

Este Convenio es firmado en Estrasburgo por el Plenipotenciario de España, el 28 de enero de 1982, ratificado mediante instrumento de 27 de enero y publicado en el BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 1985, de acuerdo con lo establecido en el artículo 96.1 de la Constitución<sup>140</sup>. El Convenio no es una norma de aplicación directa, o de efecto directo, y en su artículo 4.1 remite a los propios Estados firmantes para que desarrollen leyes y adopten medidas que lleven a su cumplimiento<sup>141</sup>. En este sentido<sup>142</sup> se ha expresado la STS de 30 de abril de 1990.<sup>143</sup> Lo cierto es que el cumplimiento de su normativa ha sido compromiso adquirido por España.<sup>144</sup> Nace fruto de diversas iniciativas, normas y recomendaciones emanadas de organismos e instituciones supranacionales encaminadas a construir un cuadro uniforme de protección de datos personales frente a

<sup>140</sup> El artículo 96.1 CE al referirse a los Tratados Internacionales válidamente celebrados, expresa que: "Una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno".

<sup>141</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: "Informática e intimidad", *AIA*, núm. 2, 1992, pp. 3-4.

<sup>142</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: "Informática e intimidad (II). El Convenio Europeo de Protección de Datos", *AIA*, núm. 3, 1992, p. 144.

<sup>143</sup> La STS (Sala Tercera, Sección 8ª), de 30 de abril de 1990 se refiere a "la aplicación directa del Convenio de 28 de enero de 1981", ratificado por instrumento de 27 de enero de 1984 (protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal), se halla supeditada, como establece su artículo 4.1, a la adopción por cada Parte, en su derecho interno, de las medidas necesarias para que sean efectivos los principios básicos para la protección de datos a que se refiere el Convenio, posición coincidente con la del artículo 94.1 c) de la Constitución sobre la posible exigencia de medidas legislativas para la ejecución de los Tratados o Convenios. Así como la del apartado e), en que se requiere la previa autorización de las Cortes Generales cuando los Tratados o Convenios afecten a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución Española, en cuyo artículo 18.4 cabía incardinar los derechos referidos, es decir, aunque pueda entenderse, con arreglo al artículo 96.1 de la Constitución Española, que el Convenio en cuestión se ha incorporado automáticamente al ordenamiento jurídico, el Estado no ha desarrollado la actividad legislativa y reglamentaria necesaria para su aplicación, sin perjuicio, claro está, de su eventual exigencia por los demás firmantes del Convenio".

<sup>144</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, cit., pp 62-65.

la informática y se propone afrontar los riesgos que representa la informática protegiendo los valores fundamentales del respeto a la vida privada y al mismo tiempo de la libre circulación de la información.

Este es el espíritu que se recoge en el Convenio 108 de 1981, donde en su Preámbulo junto a la necesidad de proteger “el derecho a la vida privada, teniendo en cuenta la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objeto de tratamiento automatizado”, reconoce la “necesidad de conciliar los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información entre los pueblos”.

A partir de estas premisas, el Convenio establece una serie de principios básicos para la protección de datos, señala los criterios que regulan su flujo transfronterizo y crea un Comité Consultivo a quien encomienda la formulación de propuestas encaminadas a modificar el Convenio, mejorar su aplicación y elaborar informes sobre la materia.<sup>145</sup> Podemos considerar esta norma como una expresa consagración de dos libertades fundamentales; de una parte el derecho a la intimidad del artículo 8 y de otra la necesidad de información del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Algunos aspectos resultan de interés,<sup>146</sup> como son:

- 1) Los Estados miembros del Consejo de Europa garantizan, en el territorio de cada parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto a la vida privada. Su fin es el de garantizar a toda persona física, según su artículo 1, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales y “en especial de su derecho a la intimidad, con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal que le conciernen”.
- 2) El artículo 2 contiene una serie de definiciones, entre las que destacan lo que son “datos de carácter personal”, que significa cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable; “fichero privado”, equivalente a cualquier conjunto de informaciones que sean objeto de un tratamiento automatizado. Por “tratamiento automatizado” entiende las operaciones que a continuación se indican efectuadas en su totalidad o en parte con ayuda de procedimientos automatizados, como son el registro de datos, la aplicación a esos datos de operaciones lógicas aritméticas, su modificación, borrado, extracción o difusión. Y la que es la autoridad “controladora del fichero”, como persona física o jurídica, la autoridad pública, el servicio o cualquier otro organismo que sea competente con arreglo a la ley nacional para decidir cual será la finalidad del fichero automatizado, cuales categorías de datos de carácter personal deberán registrarse y cuales operaciones se le aplicarán.

<sup>145</sup> LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit., pp. 140-143.

<sup>146</sup> GARCIA GARCIA, C. Y GARCIA GOMEZ, A., *op. cit.*, pp.153-154.

- 3) En el artículo 3 se determina el campo de aplicación que se concreta en los datos de carácter personal en los sectores públicos y privados.
- 4) Podemos destacar el artículo 6 referido a las categorías particulares de datos por la relación que mantiene con el derecho a la intimidad: “Los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como os datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas”.

Este Convenio forma parte de nuestro ordenamiento interno, en consonancia con el artículo 96.1 de nuestra Constitución, sobre los Tratados Internacionales, válidamente celebrados y publicados oficialmente.<sup>147</sup>

## 2. LA DIRECTIVA 95/46/CE

A lo largo de los años, se ha ido formando la “*conciencia europea sobre protección de datos*”<sup>148</sup>, donde los datos no son propiedad de quien los posee o los maneja, sino de su titular, del ciudadano, y solamente él tiene derecho a decidir quién, dónde, cuándo y cómo los presenta al exterior, en el que ha adoptado carta de naturaleza el principio de la autodeterminación informativa. Uno de los frutos de esta conciencia ha sido la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta a los datos personales y a la libre circulación de éstos<sup>149</sup>.

La Directiva fue publicada en el DOCE de 13 de Noviembre de 1995, siendo adoptada el 24 de octubre de 1995,<sup>150</sup> llenando el espacio existente en la legislación comunitaria respecto a la protección de datos personales.<sup>151</sup>

Su entrada en vigor se produjo sin que la Unión Europea y Estados Unidos hubieran llegado a un acuerdo. Supuso que los Estados miembros de la UE debían prohibir la transferencia de datos personales a otros países cuando éstos no cuenten con un marco regulador aceptable en materia de privacidad. Y esto puede convertirse en una barrera para las transacciones a través de Internet. Así, cinco estados miembros de la Unión, entre ellos Grecia, Portugal, Suecia, Reino Unido e Italia prohibirán la transferencia de datos personales a un tercer país cuando éste no

<sup>147</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. : *Manual de Derecho Informático*, cit., pp. 28-29.

<sup>148</sup> Vid. DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. : *La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones*, cit., pp. 8-10 y *Manual de Derecho Informático*, cit., p. 56. En ambos se utilizan los términos “conciencia europea sobre protección de la privacidad”.

<sup>149</sup> En adelante Directiva 95/46/CE.

<sup>150</sup> DOCE n.º L 181/31, 23 de noviembre de 1995.

<sup>151</sup> SÁNCHEZ BRAVO, A.: *La protección del Derecho a la Libertad Informática en la Unión Europea*, Publicaciones Universidad de Sevilla, 1998, p. 123.

garantice un nivel de protección adecuado<sup>152</sup>. Este carácter se evaluará atendiendo a las circunstancias que concurran en una transferencia, en particular a la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino, las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países.

En efecto, el artículo 1 de dicha Directiva, que define su objeto, dispone, en su apartado 2, que los Estados miembros no podrán restringir ni prohibir la libre circulación de datos personales entre los Estados miembros por motivos relacionados con la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de tales datos.

Puesto que todo dato personal puede circular entre los Estados miembros, la Directiva 95/46 impone, en principio, el respeto de las normas de protección de tales datos por lo que respecta a todo tratamiento de los mismos, tal como lo define su artículo 3.<sup>153</sup>

#### A. ORIGEN: LA PROPUESTA DE DIRECTIVA

La Comisión Europea elaboró la Propuesta de Directiva del Consejo el 27 de julio de 1990, relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales<sup>154</sup>. Sufrió diversas modificaciones, y adelantaba el propósito de la Unión de aproximar las diferencias existentes entre las legislaciones de los países miembros, al objeto de eliminar los obstáculos a la circulación de datos de carácter personal y conseguir un buen nivel de protección de los derechos y libertades de la persona y en particular del derecho a la intimidad en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Esto llevó a que la derogada LORTAD naciese ya incorporando los principios que establecería después la Directiva<sup>155</sup>.

Las numerosas modificaciones fueron introducidas por los dictámenes del Comité Económico y Social<sup>156</sup> y del Parlamento<sup>157</sup> en el texto de la Propuesta de Directiva. El Parlamento pedía especialmente, que el tratamiento de los datos

---

<sup>152</sup> JIMÉNEZ, V.: “La directiva europea de protección de datos presiona a EEUU”, Diario *El Mundo*, 26 de Octubre de 1998, [www.el-mundo.es/navegante/98/octubre/26/datos.html](http://www.el-mundo.es/navegante/98/octubre/26/datos.html).

<sup>153</sup> Párrafos 39 y 40 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de mayo de 2003. Austria, caso Österreichischer. Decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 95/46. [www.agpd.es/index.php?idSeccion=381](http://www.agpd.es/index.php?idSeccion=381)

<sup>154</sup> COM (90) 314 final-SYN 288, Bruselas, 24 de septiembre de 1990.

<sup>155</sup> CARRASCOSA LÓPEZ, V.: “La nueva Ley española de Protección de Datos de Carácter Personal”, [www.comunidad.derecho.org/congreso/ponencia54.html](http://www.comunidad.derecho.org/congreso/ponencia54.html)

<sup>156</sup> DOCE n.º C 159/38, 17.6.91.

<sup>157</sup> DOCE n.º C 94/198, 13.4.92.

personales pudiera efectuarse a condición, entre otras cosas, de que la persona afectada hubiese dado explícita o implícitamente su consentimiento, también en cuanto al contenido sustancial de los datos a ella referidos. Y se insistía en el principio de que los sistemas de tratamiento automatizado debían estar al servicio del hombre y respetar los derechos y libertades de la persona, así como su identidad y vida privada.<sup>158</sup>

Esto llevó a la Comisión a presentar una “Propuesta modificada de Directiva 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”<sup>159</sup>. Las dos enmiendas más importantes que contiene solicitadas por el Parlamento Europeo, se refieren a el abandono de la distinción formal entre las normas aplicables al sector público y al privado, y a la elaboración de disposiciones relativas a los procedimientos selectivos de notificación a la autoridad de control y a los códigos de conducta.

Como hecho positivo está el que las modificaciones indican claramente que la protección debe ser la misma en todos los sectores afectados.

## B. APROBACIÓN

Después de las distintas fases del procedimiento de decisión (Art. 189 B), en virtud del cual el Parlamento y el Consejo debían adoptar de común acuerdo los actos legislativos relativos a estos ámbitos, tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, se aprobó definitivamente la Directiva 95/46/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en los que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos.<sup>160</sup>

Los *objetivos*<sup>161</sup> perseguidos eran fundamentalmente:

- a) Aproximar y armonizar las disposiciones interiores legislativas y reglamentarias sobre protección de la intimidad de las personas frente a la informática a través de una “Directiva general”. El objetivo principal de la Directiva es la aproximación de las legislaciones, no la unificación del Derecho, ya que intenta enlazar la necesaria unidad normativa del Derecho Comunitario con el respeto a las peculiaridades nacionales. Por tanto, es obligatoria para los estados miembros sólo respecto del objetivo que pro-

<sup>158</sup> SÁNCHEZ BRAVO, A.: *La protección del Derecho a la Libertad Informática en la Unión Europea*, cit., pp. 123-124.

<sup>159</sup> COM (92) 422 final-SYN 287, Bruselas, 15 de octubre de 1992.

<sup>160</sup> DOCE n.º L 281/31, 23.11.95.

<sup>161</sup> CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos de carácter personal en Derecho Internacional Privado”, *REDI*, Vol. XLIV, núm. 2, 1992, p. 435.

pone, dejando a la elección de las mismos los medios en que debe materializarse este derecho a través de los ordenamientos jurídicos nacionales.<sup>162</sup>

- b) Promover a través de una “Directiva sectorial” una normativa sobre redes públicas digitales y de comunicaciones.
- c) Lograr la seguridad de los sistemas de información.
- d) Promover la adhesión de la CEE al Convenio 108 del Consejo de Europa.

### C. JUSTIFICACIÓN

La Directiva 95/46/CE establece en términos generales un nivel de protección de los datos de los particulares, sin que se creen serios obstáculos para la libre circulación de estos, asegurando su protección mediante una serie de criterios comunitarios. De acuerdo con la norma comunitaria, los flujos transfronterizos son necesarios para el desarrollo del comercio internacional y el fortalecimiento de la cooperación científica y técnica. Declara que: “El establecimiento coordinado de nuevas redes de telecomunicación exige facilitar una circulación transfronteriza de los datos. Es necesario así que la Comunidad intervenga para aproximar las legislaciones de los Estados miembros de acuerdo a los objetivos de los Tratados y promover los flujos transfronterizos”. Vemos que la libre circulación de datos no obsta para la protección de los derechos de los particulares como se recoge en los artículos 1 y 2 .

Por tanto, aunque la Directiva 95/46/CE se explica por razones de protección de la vida privada de las personas, exige también la protección de intereses estatales para proteger la información de aquellas más allá de la frontera europea, o en su caso, impedir la salida de datos del territorio comunitario. Por una parte son motivos de seguridad pública, defensa y seguridad del Estado, y también el que los datos representan una cultura, un patrimonio que es propio de los Estados. Se inscribe, como lo ha señalado la propia Comisión, en el contexto de la creación de un espacio europeo de información en el que el tratamiento de datos personales aumentará de forma sustancial.

En ella encontramos una serie de principios relativos a la calidad de los datos (Artículo 6), la legitimación del tratamiento de datos (Artículo 7), los derechos de información del interesado (Artículos 10 al 15), las condiciones del tratamiento de las informaciones (Artículos 16 al 21), los flujos transfronterizos (Artículos 25 y 26), los códigos de conducta (Artículo 27) y las autoridades de control (Artículos 28 al 30).<sup>163</sup>

<sup>162</sup> SANCHEZ BRAVO, A: “La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal: Diez...”, *op. cit.*, pp. 203-204

<sup>163</sup> VAN DER MENSBRUGGHE, P.: “Flujos transfronterizos de datos de la Directiva 95/46 de las Comunidades Europeas”, *AIA*, núm. 20, 1996, pp. 12-13.

### 3. NUEVAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN EUROPEA

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en Niza, el 7 de diciembre del año 2000, recoge en el artículo 8, situado en el Capítulo II referente a las Libertades, el derecho a la Protección de datos de carácter personal. En ella no existen fisuras en torno a los términos en que debe ser reconocido ni respecto de su existencia, recogiendo en tres puntos el contenido del mismo. Su redacción es la siguiente:

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

La Carta contiene 54 artículos distribuidos en siete capítulos. La decisión sobre su carácter vinculante o no ha sido pospuesta hasta el año 2004, y le correspondería tomarla al Consejo Europeo<sup>164</sup>. Se le podría considerar el germen de la futura Constitución europea. En el Título II, titulado “De los derechos fundamentales y la ciudadanía de la Unión”, nos encontramos que en el artículo 7 apartado 1 del texto de Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, se hace alusión de manera expresa a la Carta, reconociendo el contenido de la misma e incluyéndola en su totalidad en el Proyecto. Lo expresa con los siguientes términos: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II de la Constitución.” Y así ha sido, ya que en la segunda parte del Proyecto de Tratado, en su título II dedicado a las libertades, en el artículo 8 se recoge igualmente este el derecho a la protección de datos personales transcribiendo los términos de la Carta.

En cuanto al texto definitivo de Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa<sup>165</sup>, fue entregado al Presidente del Consejo Euro-

---

<sup>164</sup> VALLE, J. M.: “El Derecho a la educación, presente en la Carta Europea de Derechos Fundamentales ( y II)”, *FERE*, núm. 430, Madrid, 2001, pp. 50-51.

<sup>165</sup> En la dirección de Internet [http://europa.eu.int/futurum/constitution/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/futurum/constitution/index_es.htm).

peo en Roma, el 18 de julio del 2003. El Proyecto de Tratado fue adoptado por consenso por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003. La firma de la Constitución Europea se realiza en Roma, el día 29 de Octubre de 2004.

Respecto al derecho de protección de datos personales éste se encuentra recogido en el artículo 50, ubicado en el Título VI de la primera parte, titulado “De la vida democrática de la Unión”, además del artículo 8 de la segunda parte. Su redacción es la siguiente:

1. “Toda persona tiene derecho a la protección de los datos personales que le conciernan.
2. Se establecerán mediante leyes europeas las normas sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, organismos y agencias de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de una autoridad independiente.”

Ambos artículos suponen un importante respaldo hacia la unificación a nivel europeo de la normativa sobre el derecho a la protección de datos personales, por la importancia del documento y su posición respecto al ordenamiento jurídico de los distintos países que forman la Unión Europea, constituyéndose en el vértice de donde partirán el resto de los ordenamientos estatales. En su artículo 10, dedicado a “El Derecho de la Unión”, en su párrafo 1 nos indica que : “La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”. Y en su párrafo 2 insta a los Estados miembros a adaptar sus ordenamientos a la misma: “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Constitución o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.” El Proyecto de Tratado de una Constitución europea supone un gran avance hacia un ordenamiento común europeo.



## VII. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 95/46/CE AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA LEY ORGÁNICA 15/1999, DE 13 DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Nuestro país se incorpora con notable retraso al grupo de naciones que tenían en su ordenamiento interno una norma concreta para la protección de datos personales. La publicación de la LORTAD vino a colmar el vacío normativo existente en España sobre esta materia y establecía los límites a los que el uso de la informática debería ajustarse cuando tuviera por objeto el tratamiento de datos personales.<sup>166</sup> Durante todo ese período de tiempo se vino asistiendo al fracaso de distintas iniciativas legislativas, alegándose siempre que no se detectaba “especial sensibilidad ciudadana, o temor alguno, ante el grado, volumen y calidad de la informatización en el país”, y que no existía indefensión frente a los ataques a los derechos y libertades por el fenómeno informático. Otro de los argumentos que se utilizaban era que el Gobierno así se beneficiaba de la evolución doctrinal y de las normas dictadas a nivel internacional sobre esta materia.<sup>167</sup>

El 5 de enero de 2000 entró en vigor en España la nueva Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal que derogaba a la anterior de 1992<sup>168</sup>. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica<sup>169</sup> por el que se pretendió la modificación de la LORTAD, se indicaban algunas cuestiones que justificaban su modificación. Entre otras se indi-

---

<sup>166</sup> SANCHEZ BRAVO, A.: “La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal: Diez...”, *op. cit.*, pp. 200-203.

<sup>167</sup> GONZALEZ MURUA, A. R., *op. cit.*, pp. 6-7.

<sup>168</sup> La tan discutida y comentada Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. En adelante LORTAD.

<sup>169</sup> Proyecto de Ley Orgánica 121/000135, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 31 de agosto de 1999, serie A, núm. 135 1.

caba que “tiene por objeto la adaptación...”, que se “procede a introducir en la normativa española reguladora de la materia las modificaciones que vienen reclamadas por el contenido de la Directiva”, o que es necesario únicamente “introducir en aquella (la LORTAD), las precisas reformas que den como resultado la total adecuación entre dicha Ley y la Directiva comunitaria”. Para adaptar la LO 5/1992 a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo se precisaba esta reforma, y por ello el Gobierno remitió al Parlamento en el mes de agosto de 1998, un Proyecto de Ley de reforma parcial de la LORTAD. Esta reforma hubiese evitado el incumplimiento en que incurrió España al no tener transpuesta la Directiva 95/46/CE en el plazo que la misma establecía para ello en la disposición final de su artículo 32.1<sup>170</sup> y 32.2.a)<sup>171</sup>, que es tres años desde la entrada en vigor de ésta.

Pero la regulación comunitaria incorporaba evidentes diferencias respecto al contenido de la norma española, lo que ha propiciado por imperativo de la propia Directiva 95/46/CE en su artículo 32.1, la necesidad de la transposición de la misma a nuestro ordenamiento. Se pensó que era la ocasión adecuada, además de recoger los aspectos más novedosos de la Directiva, en revisar algunas de las opciones tomadas por la LORTAD,<sup>172</sup> aunque lejos de conseguirlo, mantienen en numerosas ocasiones las disfuncionalidades y contradicciones en que incurrió la mencionada ley, limitándose en numerosas ocasiones a copiar de forma mecánica el contenido de determinados preceptos de la Directiva. Asimismo había surgido la necesidad de fijar un marco normativo que regulara la prevención del fraude en el campo del seguro privado, brindando una ocasión seguramente irrepetible con la incorporación de la Directiva a nuestro ordenamiento.<sup>173</sup>

Las llamadas “leyes de protección de datos”, constituyen el centro de atención en el denominado “Derecho Informático”, y desarrollan, en el ámbito de protección de la intimidad, entre otros aspectos, la protección jurídica de los derechos de las personas, ante la potencial agresividad de la informática, con respecto al tratamiento de datos de carácter personal<sup>174</sup>.

<sup>170</sup> Artículo 32.1 de la Directiva 95/46/CE: “Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar al final de un período de tres años a partir de su adopción. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia”.

<sup>171</sup> Artículo 32.2 a) de la Directiva 95/46/CE: “Los Estados miembros velarán porque todo tratamiento ya iniciado en la fecha de entrada en vigor de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas en virtud de la presente Directiva, se ajuste a dichas disposiciones dentro de un plazo de tres años a partir de dicha fecha”.

<sup>172</sup> LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P: “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *REP*, núm. 104, 1999, p. 58.

<sup>173</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: “Columna del director”, *AIA*, núm. 25, 1997, p. 2

<sup>174</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, cit., pp. 28-29.

El texto de la Ley se halla integrado por 49 artículos, agrupados en siete títulos, terminando con seis disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. El único Título que se halla dividido en dos capítulos es el IV, llamado de “Disposiciones sectoriales”, dedicándolos uno a los ficheros de titularidad pública y otro a los ficheros de titularidad privada.<sup>175</sup>

La LOPD no se inicia como sería deseable ni siquiera con una breve Exposición de Motivos, que hubiera señalado las líneas de actuación, aunque es una materia que afecta a los derechos fundamentales y no se encuentra referencia alguna a que se trata de un mandato comunitario impuesto por el segundo párrafo del artículo 32.1 de la Directiva 95/46/CE, por lo que la norma española comienza vulnerando la misma.<sup>176</sup>

## 1. OBJETO

Nos tenemos que referir la Directiva 95/46/CE cuyo objeto es establecer una protección de las libertades y de los derechos fundamentales, en particular del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Quiere hacer respetar el derecho a la vida privada, asegurar la libre circulación de datos dentro de la comunidad y evitar distorsiones de competencia entre empresas.<sup>177</sup> Los Estados miembros, no podrán imponer restricciones a la circulación de los datos personales dentro de la Comunidad invocando la protección del individuo<sup>178</sup> y parece que nos situamos ante una norma habilitante para que los operadores, fundamentalmente económicos, desarrollen sus actividades, dada la “liberalización” en el intercambio de datos personales.<sup>179</sup>

En cuanto al objeto de la LOPD, viene a recoger en su artículo 1 el mismo objeto que la Directiva 95/46/CE, al “garantizar y proteger” las “libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”, excluyendo los datos referentes a personas jurídicas. La LOPD carece, a diferencia de la LORTAD de una Exposición de Motivos, y modifica el objeto de la misma, donde la finalidad estaba

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>176</sup> SANCHEZ BRAVO, A.: “La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal: Diez...”, *op. cit.*, pp. 205-206.

<sup>177</sup> BETÉS DE TORO, A.: “El derecho de información y los principios legitimadores del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995”, *AIA*, núm. 25, octubre de 1997, p. 7.

<sup>178</sup> El artículo 7.A del TCE define la Comunidad como “espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado”.

<sup>179</sup> *Vid.* GONZALEZ MURUA, A. R., *op. cit.*, p. 7 y SANCHEZ BRAVO, A.: *La protección del Derecho a la Libertad Informática en la Unión Europea*, cit., pp. 127-128.

clara y era muy específica: “limitar el uso de la informática” (Art. 1 de la LORTAD), pues no se trata de dar cumplimiento al mandato constitucional recogido en el artículo 18.4 de la Constitución española para limitar su uso, como algo pernicioso, sino de “garantizar y proteger” el uso y tratamiento de los datos de carácter personal (Art. 1 LOPD).

Comparando las redacciones de la antigua LORTAD con la LOPD, comprobamos la desaparición de la referencia al artículo 18.4 mencionado, el uso de la informática y otras técnicas y medios de carácter personal, y deja en un sentido abierto un objeto que pretende garantizar y proteger, lo que concierne al tratamiento (no al tratamiento automatizado, sino simplemente tratamiento) de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas.<sup>180</sup> En el caso de la LOPD, no se trata ya de un artículo, sino de toda la sección primera de la Constitución: “De los derechos fundamentales y las libertades públicas”. Es un objeto tan amplio que puede llegar a quedar un poco diluido.<sup>181</sup> Ahora se protege el tratamiento de los datos personales respecto al conjunto de libertades públicas y derechos fundamentales de las personas y, especialmente, en el ámbito de su intimidad.<sup>182</sup>

De lo que se trata no es de establecer limitaciones como término equivalente a restricciones, sino de tutelar la adecuación de los sistemas informáticos, existentes y futuros, a fin de que no se vulneren los derechos constitucionalmente reconocidos a favor de las personas físicas.<sup>183</sup> En este caso, la Directiva 95/46/CE, actualiza nuestro ordenamiento, modificando lo recogido en la LORTAD por el artículo 1 de la LOPD<sup>184</sup>, actualizándola en función de la experiencia práctica adquirida de su aplicación a lo largo de los últimos años y concretándola de acuerdo con los criterios de la Comunidad Europea.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El ámbito de aplicación de la LOPD se mueve en torno a tres parámetros que son de contenido, territorial y temporal:

<sup>180</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: “Los principios de la protección de datos y los derechos de las personas en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal”, *AIA*, núm. 34, 2000, p. 4.

<sup>181</sup> DEL PESO NAVARRO, E.: “Principales diferencias entre la nueva Ley de Protección de Datos y la LORTAD”, *AIA*, núm. 34, 2000, p. 12.

<sup>182</sup> FERNADEZ LOPEZ, J.: “La nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal de 13 de diciembre de 1999. Su porqué y sus principales novedades”, *AIA*, núm. 34, 2000, p.2.

<sup>183</sup> GUTIERREZ SÁNCHEZ, P.: “Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD)”, *AIA*, núm. 28, julio de 1998, p. 5.

<sup>184</sup> Artículo 1 LOPD: “La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.

Entran dentro de su ámbito todos los tratamientos de carácter personal concernientes a personas físicas identificadas o identificables. En el aspecto territorial abarca a los ficheros no sólo cuando el responsable del tratamiento está establecido en territorio español, sino cuando no lo está pero utiliza medios situados en el mismo o le sean de aplicación las normas internacionales. Por último la temporalidad le viene impuesta por la necesidad de disponer de los datos para el fin que se creó el fichero o bien para una finalidad posterior no incompatible con aquélla.<sup>185</sup>

Respecto de lo que podríamos llamar “ámbito subjetivo”, la protección que pretende articular la Directiva 95/46/CE sólo recae sobre las personas físicas, ratificándolo en su Considerando 24, al señalar “que las legislaciones relativas a la protección de las personas jurídicas respecto del tratamiento de los datos que le conciernen no son objeto de la presente Directiva”. El Derecho comparado no ofrece una solución unitaria a esta cuestión, ya que si en unos países se excluye a las personas jurídicas, otros han optado por incluirlas como titulares del derecho a la libertad informática. Entre los países que excluyen a las personas jurídicas, se encuentran Alemania, España, Francia, Irlanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia. Entre los que las incluyen están Austria, Dinamarca, Islandia, Luxemburgo y Noruega.<sup>186</sup>

La Directiva 95/46/CE, adopta diferentes criterios para delimitar el ámbito de su aplicación, en función de que los datos sean o no de tratamiento automatizado. Abarca el tratamiento total o parcialmente automatizado, así como el no automatizado, de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero. La protección en el tratamiento de datos es, por lo tanto, total.<sup>187</sup>

De este modo, los principios que emanan de la Directiva, no dependen de una tecnología u organización técnica especiales, sino que la atención se centra en los datos utilizados y en el conjunto de operaciones a que se refieren, en función de los fines perseguidos. Sin embargo, el amplio régimen de aplicación queda desvirtuado al incorporar numerosas excepciones, y en la mayoría de los casos indefinidas, a los principios señalados anteriormente.

Las excepciones se refieren a las siguientes categorías de datos:

- Tratamiento de datos personales efectuado en el ejercicio de actividades que no figuran en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como las previstas por las disposiciones de los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea (artículo 3.2 a.).

<sup>185</sup> DEL PESO NAVARRO, E.: “Principales diferencias entre la nueva Ley de Protección de Datos...”, *op. cit.*, p. 12.

<sup>186</sup> LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 50.

<sup>187</sup> MANSILLA ARCOS, P.: “El derecho de información en la Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos y su aplicación al sector asegurador”, *AIA*, núm. 25, octubre 1997, p. 13.

Son aquellas referentes a la cooperación en los ámbitos de Justicia e Interior, y las referidas a la política exterior y de seguridad común. El ámbito de aplicación se define en relación con el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, para permitirle evolucionar conjuntamente con éste. Se precisa aún más señalando que en cualquier caso las Disposiciones de la Directiva tampoco se aplicarán a un tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado (incluido el bienestar económico del Estado, cuando dicho tratamiento esté relacionado con la seguridad del mismo) y las actividades del Estado en materia penal (Art. 3.2 a.). La inclusión de este régimen de excepciones supone una grave quiebra en el sistema de garantías que articula la directiva, y unas inmensas posibilidades para los Estados de tratar un gran número de datos personales sin someterse a control o verificación alguna.<sup>188</sup>

- Tratamiento de datos efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas (Art. 3.2 b.)

---

<sup>188</sup> SANCHEZ BRAVO, A.: *La protección del Derecho a la Libertad Informática en la Unión Europea*, cit., pp. 132-133.

## VIII. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS CONCEPTOS RECOGIDOS POR LA LEY 15/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, DE PROTECCION DE DATOS DE CARACTER PERSONAL

A los efectos de la LOPD el artículo 3 recoge las definiciones de datos de carácter personal, fichero, tratamiento de datos, responsable del fichero o tratamiento, afectado o interesado y procedimiento de disociación recogidas por la LORTAD, y añade algunas que son necesarias por exigencia de la Directiva como son encargado del tratamiento, consentimiento del interesado, cesión y comunicación de datos y fuentes accesibles al público. Las definiciones recogidas por la Ley se ven ampliadas en varios conceptos que vamos a analizar. Son las siguientes: Datos personales, tratamiento de datos personales, fichero de datos personales<sup>189</sup>, responsable del tratamiento, encargado del tratamiento, terceros, destinatario y consentimiento del interesado

### 1. CONCEPTO DE DATO PERSONAL

La Directiva 95/46/CE<sup>190</sup> ha sido la encargada de fijar un concepto de tan amplio alcance. No en vano, nuestra actual LOPD, es fruto de la transposición de la directiva en nuestro ordenamiento. El concepto de «datos personales» que emplea el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46 comprende, con arreglo a la definición que figura en el artículo 2, letra a), de dicha Directiva «toda información sobre una persona física identificada o identificable». Este concep-

---

<sup>189</sup> Como señala el Considerando 15 de la Directiva 95/46/CE, “los tratamientos que afectan a dichos datos sólo quedan amparados por la presente Directiva cuando están automatizados o cuando los datos a que se refieren se encuentran contenidos o se destinan a encontrarse contenidos en un archivo estructurado según criterios específicos relativos a las personas, a fin de que se pueda acceder fácilmente a los datos de carácter personal de que se trata”.

<sup>190</sup> Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 24 de Octubre de 1995, sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DOCE n° L 281/31, de 23 de Noviembre de 1995.

to incluye, sin duda, el nombre de una persona junto a su número de teléfono o a otra información relativa a sus condiciones de trabajo o a sus aficiones.<sup>191</sup> Nos tenemos que remitir a nuestra Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de carácter personal para encontrar que dice nuestro ordenamiento jurídico respecto del concepto de dato personal.

Se define en el artículo 3.a) LOPD como: “Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

La doctrina, que ha calificado esta concepto como escueto<sup>192</sup>, hace una exclusión clara de los datos referentes a las personas jurídicas, siguiendo a la Directiva, que tiene solamente como objeto las personas físicas como lo indica en su artículo 1.1.<sup>193</sup> Casi todas las legislaciones de protección de datos han excluido de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas, argumentando que la protección de estas personas se encuentra mejor encuadrada en el derecho de sociedades en las legislaciones sobre patentes y marcas, en la defensa de la competencia, en los derechos de autor y en otras varias, no incluyendo bajo conceptos de “datos personales” e “intimidad”, a las personas físicas y a las jurídicas.<sup>194</sup>

La LOPD acoge los principales conceptos utilizados en la Directiva en su artículo 2. Las definiciones parten de las del Convenio 108 del Consejo de Europa, así como de las recogidas en la mayor parte de las legislaciones de los Estados miembros, añadiendo, sin embargo, las adaptaciones y previsiones necesarias para garantizar una protección equivalente y de alto nivel en la Comunidad. Pero no asume el Convenio 108, sino que lo precisa y amplía como señala en su Considerando 11, “que los principios de la protección de los derechos y libertades de las personas... precisan y amplían los del Convenio de 28 de enero de 1981 del Consejo de Europa...”. La Comunidad ha optado por elaborar una política propia y adecuada a sus correctas necesidades y exigencias comunitarias.<sup>195</sup>

La protección a que hace referencia la definición no se reduce sólo a los datos más íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a los derechos del que los proporciona, y por consiguiente afecta también a los datos personales públicos, que por el

---

<sup>191</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 6 de noviembre de 2003. Suecia, caso Linqvist. Decisión prejudicial de interpretación de la Directiva 95/46. Párrafo 24. [www.agpd.es/index.php?idSeccion=381](http://www.agpd.es/index.php?idSeccion=381).

<sup>192</sup> RUIZ CARRILLO A.: *La protección de los datos de carácter personal*, 1ª edición, Bosh, Barcelona, 2001, p. 20.

<sup>193</sup> Artículo 1.1 de la Directiva 95/46/CE: “Los Estados miembros garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas.”

<sup>194</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, cit., pp. 83-85.

<sup>195</sup> SÁNCHEZ BRAVO, A.: *La protección del Derecho a la Libertad Informática en la Unión Europea*, cit, pp. 128-131.

hecho de ser accesibles al conocimiento de terceros, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. Por tanto, los datos amparados son aquellos que permitan identificar a la persona, confeccionando su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole<sup>196</sup>. Cabe entender de esta definición que nos trae la LOPD, que para que exista dato personal es preciso que se nos proporcionen la información y la persona a la que concierne dicha información. Sin esos dos elementos no podríamos hablar de que estamos ante lo que llamamos dato personal.<sup>197</sup> Esta cuestión nos plantea problemas como si el e-mail constituye o no un dato personal.

#### A. *PROBLEMAS QUE PLANTEAN EL CONCEPTO DE DATO PERSONAL Y LA DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO*

Esta duda se plantea por el hecho de que la dirección de correo la configuran un conjunto de signos o palabras que denominamos “login” signos elegidos libremente por el usuario de esa dirección de correo, y lo que se denomina nombre de dominio, designado por las empresas dedicadas a la prestación de este servicio, precedido por el símbolo @ y que coincide con el nombre de dominio de Internet de la página web de la empresa prestadora del servicio de correo.<sup>198</sup> Y será válida siempre que no exista otra dirección idéntica correspondiente a otro titular, prestada en el mismo dominio, lo que constituye un límite a esa elección.

La Agencia Española de Protección de Datos distingue dos supuestos esenciales de dirección de correo electrónico, atendiendo al grado de identificación que la misma realiza con el titular de la cuenta de correo.<sup>199</sup>

Cuando el distintivo personal de la dirección, el llamado “login”, está formado por el nombre del titular es cuando se puede determinar que estamos ante un dato de carácter personal, puesto que la dirección está formada por medio de la identidad. Así lo entiende la Agencia Española de Protección de Datos, considerando dato personal los casos en que la dirección electrónica esté personalizada, de modo que únicamente puede incluirse su tratamiento cuando ha consentido el sujeto o bien cuando concurren algunas excepciones legales. Por tanto, cuando se personaliza adquiere el carácter de dato personal, pero no en cuanto a su

<sup>196</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, p. 74.

<sup>197</sup> APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Elcano, 2000, p. 43.

<sup>198</sup> El nombre de dominio ha sido objeto de regulación por la Orden del Ministerio de Fomento de 21 de marzo del 2000, que regula el sistema de asignación de nombres de dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a España (.es).

<sup>199</sup> Informe jurídico de la Agencia Española De Protección de datos sobre la dirección de correo electrónico. [www.agpd.es/index.php?idSeccion=234](http://www.agpd.es/index.php?idSeccion=234)

naturaleza propia. En el caso de que junto con la información concerniente a la persona física identificada o identificable, se posea la dirección del correo electrónico, ésta queda incluida en el ámbito de protección de la Ley, ya que de este modo, la dirección electrónica adquiere el carácter de dato personal.<sup>200</sup>

En los supuestos donde la dirección de correo electrónico no parece mostrar datos relacionados con la persona titular de la cuenta, la Agencia Española de Protección de Datos se pronuncia<sup>201</sup> al respecto, considerando que la dirección de correo electrónico aparecerá necesariamente referenciada a un dominio concreto, de tal forma que podrá procederse a la identificación del titular mediante la consulta del servidor en que se gestione dicho dominio, sin que ello pueda considerarse que lleve aparejado un esfuerzo desproporcionado por parte de quien procede a identificación. Concluye que también en este caso es necesario que la dirección de correo electrónico se encuentre amparada por el régimen establecido en la LOPD y por tanto la cesión de un listado de direcciones de correo electrónico se encuentra sujeta al artículo 11 de la LOPD y para su tratamiento es necesario recabar el consentimiento informado de los afectados al que se refieren los artículos 5 y 6 de la LOPD.

Cuando el tratamiento realizado por el responsable supone la vinculación de la identidad del afectado a la dirección electrónica es cuando adquiere dicho carácter. Por tanto, la discusión doctrinal en el caso de que la dirección de correo electrónico no debería considerarse como dato de carácter personal mientras no aparezca asociada por un tratamiento a la persona que la utiliza y que supondría una relativización del concepto de dato personal, queda zanjada a la luz de estas manifestaciones realizadas por el máximo órgano competente en esta materia. El concepto de dato personal según lo define al LOPD, es absoluto, y determina la naturaleza jurídica del e-mail, que no dependerá del acto de asociación de la identidad del titular por parte del responsable del tratamiento ni de la forma en que se haya determinado la dirección por parte del usuario de la misma. Además sólo será conocida por aquellos a quienes voluntariamente se la indique el titular de la misma.

La explotación comercial más común de la dirección electrónica la constituye el envío masivo de correos electrónicos, lo que se denomina "spamming". El problema que se plantea es el modo de obtención de la dirección electrónica por parte de las empresas para explotarla comercialmente, que si bien puede entenderse contraria al interés y voluntad de la persona titular de la dirección de e-mail, no debe calificarse como una infracción de la LOPD.<sup>202</sup>

<sup>200</sup> SÁNCHEZ, A.I.: "Protección de datos en los medios digitales", *Boletín de la Asociación de Internautas*, [www.seguridad.internautas.org/pdatos.php](http://www.seguridad.internautas.org/pdatos.php)

<sup>201</sup> Con motivo de la consulta sobre si la venta o cesión de un fichero que contenga direcciones de correo electrónico puede ser considerada como cesión de datos a los efectos de la LOPD, analizando si dichas direcciones tenían la consideración de dato de carácter personal, partiendo del concepto establecido en el artículo 3.a) de la LOPD. [www.agpd.es/index.php?idSeccion=234](http://www.agpd.es/index.php?idSeccion=234)

<sup>202</sup> APARICIO SALOM, J., *op. cit.*, pp. 43-47.

## B. LOS DATOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS<sup>203</sup>

En el artículo 7 se establece el régimen en relación a los datos especialmente protegidos, realizando una enumeración de los mismos e incluyendo en ella los datos que revelan la ideología, la afiliación sindical, la religión, las creencias, el origen racial, la salud, la vida sexual, los relativos a las infracciones penales y los relativos a las administrativas, que suponen en relación a la Directiva un elemento adicional. Con el establecimiento de una lista cerrada, ningún otro dato podrá disfrutar de la protección especial prevista por este artículo. Se establecen diversas categorías de datos sensibles<sup>204</sup>, con un régimen de protección diferente, reconociendo la doctrina la existencia de datos sensibles de primera y segunda categoría, y ni en la Directiva 94/46/CE ni en el Convenio 108 del Consejo de Europa se ha establecido un régimen jurídico diferente para los datos que revelen ideología, religión o creencias por lo que no se entiende los criterios con que la LOPD realiza esta distinción

Son datos que por su trascendencia directa sobre la intimidad de las personas merecen una protección más reforzada, y su tratamiento puede acarrear que sean conocidos por terceras personas a las que no queremos hacer partícipes del conocimiento de unos datos de carácter íntimo. Se mantiene por la LOPD el derecho a no declarar sobre ideología, religión o creencias siguiendo lo dispuesto por el artículo 16.2 de la Constitución, por lo que será necesario advertir al interesado acerca de su derecho a no declarar sobre estos datos.

La principal especialidad es que el consentimiento para su tratamiento ha de ser expreso, como o dispone el apartado 2<sup>205</sup> y 3<sup>206</sup> del artículo 7. En el artículo 7.4 se establece la prohibición de la creación de ficheros con la única finalidad de revelar este tipo de datos. Por tanto en los casos de tratamiento de datos relativos a la libertad ideológica, religiosa y de culto, donde nadie puede ser obligado a declarar, el consentimiento además debe otorgarse por escrito. Los datos relativos al origen racial, salud y vida sexual, sólo podrán ser recabados, tratados o cedidos cuando exista un interés general y así lo autorice una ley o lo

<sup>203</sup> Vid.; FREIXAS GUTIERREZ, G., *op. cit.*, pp. 127-129; APARICIO SALOM, J., *op. cit.*, pp.179-180; TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, pp.129-133.

<sup>204</sup> Por parte de la doctrina se ha llegado a distinguir hasta tres tipos de datos, con diversas denominaciones, entre las que se encuentran datos sensibles, supersensibles y sensibilísimos. Vid. TONIATTI, R.: "Libertad informática y Derecho a la protección de los datos personales: principios de legislación comparada", *RVAP*, núm. 29, 1991, p. 156.

<sup>205</sup> Artículo 7.2 LOPD: " Sólo con el consentimiento de expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias".

<sup>206</sup> Artículo 7.3 LOPD: "Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente".

consienta expresamente el afectado. Para esta categoría de datos se mantiene el régimen especial establecido por la LORTAD. Como novedad la LOPD establece una excepción<sup>207</sup> para los ficheros de los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que sea preciso el consentimiento para su cesión a terceros. Se exceptúa respecto de sus miembros y asociados, que no de sus exmiembros, la necesidad del consentimiento para el tratamiento de sus datos, salvo para la cesión a terceros. La doctrina discrepa sobre esta solución legal argumentando que el hecho de adscribirse voluntariamente a formaciones de este tipo, no conlleva que los afectados renuncien al control de sus datos y las finalidades de su tratamiento, con lo que les sería de aplicación los derechos y principios legales, incluyendo ciertas matizaciones apoyándose en argumentos de la STC 11/1998, de 13 de enero.<sup>208</sup>

Respecto a los datos sobre el origen racial o étnico, la Agencia de Protección de Datos ha señalado que no pueden considerarse como tales los datos relativos al aspecto externo de las personas, sino que se trata de datos especialmente protegidos en el supuesto de que se haga referencia a la raza de las personas y se establezca el tratamiento por motivo de la raza o el origen. Comprenderán todas las informaciones relativas a la pertenencia a una tribu, pueblo o nación así como todos los datos culturales, sociales, físicos, de ascendencia o descendencia que puedan definir un grupo, con independencia de que estén adscritos a un Estado determinado.

En cuanto al tratamiento de estos datos, la ley se convierte en garantía de interpretación del interés general que justifique el suministro de dichos datos, aunque en la doctrina<sup>209</sup> se plantea que el único interés general es el estrictamente sanitario, ya que fuera del mismo, parece difícil que se pueda prever otros datos de intereses públicos mediante una ley, y poco interés debe haber en el

<sup>207</sup> HERRAN ORTIZ, A. I.: "La protección de datos personales en la ley orgánica 15/99, de 13 de diciembre", *III jornadas sobre informática y sociedad*, 2000, pp. 138-140.

<sup>208</sup> En ella se argumenta que "además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona - a la privacidad según la expresión utilizada en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal - pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos. Trata de evitar que la información de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios. Y aquí se utilizó un dato sensible, que había sido proporcionado con una determinada finalidad, para otra radicalmente distinta con menoscabo del legítimo ejercicio del derecho de libertad sindical"

<sup>209</sup> OROZCO PARDO, G.: "Consideraciones sobre los derechos de acceso y rectificación en el proyecto de ley orgánica de regulación de datos de carácter personal", *ID*, núm. 6-7, 1994, p. 231.

origen racial de las personas si no es para discriminar y romper el principio de igualdad. Otro tanto ocurre con los datos referentes a la vida sexual.

### C. *LOS DATOS RELATIVOS A LA SALUD. SU DEFINICIÓN Y TRATAMIENTO*

Que el derecho a la intimidad protege determinados aspectos relativos a la salud resulta claro.<sup>210</sup> Los datos de salud entran dentro de la categoría de datos especialmente protegidos en aplicación del artículo 4 apartado 3 del Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal<sup>211</sup>, y se califica su protección como de nivel alto considerándose “dato sensible”. En la ley española, se extiende esta calificación a las connotaciones ideológicas, filosóficas, religiosas y el tratamiento de tales datos puede ser autorizado sólo mediante el consentimiento expreso y por escrito; también las informaciones de carácter racial y sexual pueden ser tratadas únicamente por disposición de una ley o por consentimiento expreso del afectado. Al igual que los datos raciales y sexuales, los datos de salud sólo podrán ser recabados, tratados o cedidos cuando exista un interés general y así lo autorice una Ley o lo consienta expresamente el afectado como se dispone en el artículo 7.3 LOPD. Este artículo está dedicado a los datos especialmente protegidos.

La Ley también extiende su aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, con lo que puede incluirse, independientemente del tipo de soporte en que se encuentren, los ficheros manuscritos o mecanografiados (historias clínicas), siempre que sean susceptibles de tratamiento, siendo este régimen similar al recogido por la LORTAD.

Lo previsto para los datos relativos a la salud se recoge en el artículo 8 LOPD cuya redacción es la siguiente:

“Sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 respecto de la cesión, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento automatizado de los datos de carácter personales relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad”.

A partir de la lectura de este artículo nos planteamos qué podemos entender por datos de salud, y habrá que delimitar si estos datos incluyen sólo el estado físico o psíquico de una persona o extenderlo a todas las informaciones

<sup>210</sup> HERRERO-TEJEDOR, F.: *La intimidad como derecho fundamental*, 1ª edición, Colex, Madrid, 1998, p. 140.

<sup>211</sup> *Vid.* Real Decreto 994/1999 de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal. BOE núm.151, de 25 de junio de 1999.

conexas a dicho estado. Es evidente la ausencia de una definición legal de datos de salud y la contradicción existente en torno al mismo en diferentes legislaciones de nuestro ámbito<sup>212</sup>. En la Ley de Reforma de 1992 sobre protección de datos de Luxemburgo, se considera dato médico a “todo dato concerniente al estado físico y mental de una persona, comprendidas las informaciones sociales y administrativas conexas que pudieran tener incidencia en dicho estado”. En el Anexo de la Recomendación nº R (89) 2 de 18 de enero del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre Protección de Datos de Carácter Personal tampoco se llega a una solución definitiva.<sup>213</sup> Según la Memoria explicativa del Convenio Europeo de Protección de datos (108) del Consejo de Europa, en el epígrafe 45 se recoge que los datos relativos a la salud lo constituyen “las informaciones concernientes a la salud pasada, presente o futura, física o mental del individuo. Igualmente lo serán las informaciones relativas a un individuo de buena salud, enfermo o fallecido y las relativas al abuso de alcohol o consumo de drogas”. Esto nos indica que estamos ante una definición restringida<sup>214</sup> y su significado fue cuidadosamente estudiado por el Comité de expertos que participó en su redacción. En una definición amplia incluiríamos los datos administrativos, contables o fiscales relacionados con la salud.<sup>215</sup>

En la referencia genérica que el artículo realiza a la legislación sanitaria autonómica o estatal se encuentra una insuficiencia<sup>216</sup> de la Ley de Protección de Datos para contemplar las crecientes garantías que exige el tratamiento de los datos de salud de los ciudadanos mediante sistemas electrónicos, que aconseja la publicación de una norma específica que contemple el tratamiento de otros datos relativos a la salud derivados de la investigación genética, los avances de la biotecnología y de la clonación terapéutica junto a los datos de las historias clínicas.

Otro problema que se nos plantea es el relativo a la distinción entre algunos conceptos, como son los datos sanitarios y si les corresponde incluirlos en la

<sup>212</sup> ALONSO MARTINEZ, C.: “Aproximación a determinados conceptos del Real Decreto 994/1999, de 11 de Junio, sobre medidas de seguridad”, *AIA*, núm. 35, 2000, p. 11. *Vid.* SÁNCHEZ CARAZO, C. y SÁNCHEZ CARAZO, J. M.: *Protección de datos de carácter personal relativos a la salud*, Madrid, 1999.

<sup>213</sup> En este Anexo se indica que: “Los datos de carácter personal relativos al origen social, las opiniones políticas, las condenas penales, sólo deberán recogerse y registrarse en casos especiales, dentro de los límites previstos por el Derecho interno y con arreglo a las garantías adecuadas estipuladas en él. A falta de tales garantías su recogida y registro deberían exigir el consentimiento expreso de los trabajadores”.

<sup>214</sup> Autores como MIGUEL A. DAVARA RODRÍGUEZ califica la definición como amplia en la “Columna del Director”, *AIA*, núm. 39, 2001, p. 2.

<sup>215</sup> FREIXAS GUTIERREZ, G., *op. cit.*, pp. 145-149.

<sup>216</sup> ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ J. M.: “La aplicación de la firma electrónica y la protección de datos relativos a la salud”, *AIA*, núm. 39, 2001, p. 4.

categoría de datos de salud. Efectivamente, el dato sanitario es un dato de salud, y por tanto está especialmente protegido, pero no todo dato de salud es un dato sanitario. El dato sanitario es el que corresponde a la persona que, en un sentido amplio, es portador al menos de una enfermedad en abstracto o está sometido a un proceso en el que intervienen personas caracterizadas por su condición de trabajadores en la sanidad. Por tanto presentará peculiaridades por el lugar de su recogida y tratamiento, la emisión del consentimiento del titular del dato la necesidad de que alguien supla ese consentimiento cuando aquel no se halle en condiciones de prestarlo, las cesiones necesarias de ese dato por razones de interés general y la relación especial que el usuario del dato tienen con el titular del dato a través del secreto médico y las historias clínicas.<sup>217</sup>

En cuando al tratamiento<sup>218</sup> de los mismos queda permitido el tratamiento de esos datos *sin consentimiento* del afectado, como excepción a la norma general, cuando resulte necesario para la prevención o el diagnóstico médico, la prestación sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios siempre que el tratamiento de los mismos lo realice un profesional sanitario sometido al secreto profesional o por otra persona sujeta a una obligación equivalente. Igualmente se permite cuando sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona en el supuesto de que esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento siguiendo la redacción del artículo 7.6 LOPD. En el artículo 8 de la LOPD mencionado, dispone que las Instituciones y Centros sanitarios, públicos o privados, y los profesionales correspondientes podrán acceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad. Igualmente en el apartado 11.2 f) de la LOPD se refiere a que no será necesario el consentimiento del afectado para ceder sus datos de salud, en caso de urgencia cuando se requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica.

#### D. LOS DATOS PERSONALES Y LOS DATOS GENÉTICOS

Los avances de los últimos años han producido una revolución respecto al análisis de los genes humanos, tanto en relación al origen de las enfermedades como en el diagnóstico de la identidad individual, al haber hallado en cada cé-

<sup>217</sup> MARTÍN-CASALLO LOPEZ, J.: "El dato sanitario y la protección de la intimidad", *IS*, 1997, [www.servitel.es/inforsalud97/ponen/8/8.htm](http://www.servitel.es/inforsalud97/ponen/8/8.htm).

<sup>218</sup> *Vid.* TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, pp. 130-131.; DE LORENZO R.: "Valoración sociopolítica del desarrollo de la tecnología de la información en el sistema sanitario: aspectos jurídicos." *AIA*, núm. 39, Abril 2001, pp.7-10.

lula la huella genética de la persona. Se ha definido el genoma humano como el conjunto de genes que integran el patrimonio biológico de cada individuo y que contienen las claves de la herencia y lo que se ha dado en llamar proyecto genoma comenzó en el 1990, y a finales de 1992 ya se habían producido sus primeros frutos. Aparecen, pues los primeros problemas éticos relacionados con la identidad personal, como es el respeto de la dignidad humana y en relación con nuestro tema los problemas relacionados con la intimidad personal entre otros por el peligro de utilizar indiscriminadamente los resultados.<sup>219</sup>

Para su correcto estudio jurídico se debe distinguir entre muestra biológica, el resultado del análisis genético, que corresponde al mapa genético y los resultados del estudio de dicho mapa.

Entre las primeras cuestiones nos encontramos si la muestra biológica puede ser calificada como dato personal, partiendo de los que el artículo 3 a) de la LOPD<sup>220</sup> entiende por el mismo, puesto que permite el análisis genético pero no aporta información alguna y por tanto debe analizarse si constituye en sí misma una información o es sólo una fuente de información. Podemos decir que el resultado del análisis estará constituido por un conjunto de datos, que tendrán carácter personal cuando se encuentren asociados a la identidad de una persona determinada o determinable, pero la muestra biológica no parece identificarse a dicho concepto. Sin embargo, la tenencia de una muestra biológica constituye un riesgo de tratamiento de datos, puesto que permite a quien tienen acceso a la misma obtener toda la información contenida en dicha prueba afecta pues a su manipulación, que puede ser contraria a la intimidad.<sup>221</sup>

Los riesgos de que puedan acceder a esa información compañías de seguros, empleadores, etc., supone una amenaza para la persona que se puede ver afectada y privada del derecho de acceder en condiciones de igualdad a las ofertas de contratación de dichos sectores, que podrían incluso denegarle la posibilidad de contratar. Se trata de encontrar un equilibrio entre los intereses financieros de estas compañías y la protección de la vida privada de las personas, donde, como se preconizan en el consenso de varios sectores para las futuras reglamentaciones nacionales, el respeto a la vida privada y la confidencialidad de los datos genéticos es esencial. Así, la recolección, la consideración y la difusión de los datos genéticos deberán ser sometidos a procedimientos especiales de codificación, eliminación de elementos de identificación y obtención de consentimiento para nuevas utilizaciones.

Es en el momento en que la muestra se somete a un análisis genético cuando se obtienen datos de carácter personal, ya que el resultado de dicho análisis

<sup>219</sup> VIDAL CASERO, M. C. : “El proyecto Genoma Humano. Sus ventajas, sus inconvenientes y sus problemas éticos”, [www.aebioetica.org/rtf2/09Vidal.rtf](http://www.aebioetica.org/rtf2/09Vidal.rtf).

<sup>220</sup> Artículo 3. a) de nuestra LOPD: “Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

<sup>221</sup> APARICIO SALOM, J., *op. cit.*, pp. 51-54.

es una información referida a la persona titular de la muestra. El uso de los datos genéticos gravita principalmente en el consentimiento.

Pueden plantearse problemas a la hora de encontrar un equilibrio entre los resultados de las investigaciones respecto a la persona y la protección de su vida privada y se plantean cuestiones en torno a la privacidad y confidencialidad. La Declaración Universal sobre Genoma y Derechos Humanos adoptada en 1997 nos presenta la confidencialidad como una garantía fundamental de toda investigación bioética, hasta el punto de que se deberá garantizar la reserva de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad. Igualmente, en el Convenio Europeo relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina<sup>222</sup> se garantiza como se dispone en el artículo 10, el derecho de toda persona a que se respete su vida privada cuando se trata de informaciones relativas a su salud, prohibiéndose toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético.

Así lo han puesto de manifiesto algunas de las conclusiones de los Congresos que sobre el Proyecto Genoma Humano se han celebrado en España<sup>223</sup>. Así en el punto tercero de la Declaración de Bilbao donde se determina que “la intimidad personal es patrimonio exclusivo de cada persona y por tanto debe ser inmune a cualquier intromisión. El consentimiento informado es requisito indispensable para interferir en ella, además de recoger una excepción por motivos de interés general y bajo control judicial. En el punto 8 de la Declaración de Madrid se sostiene que “la información genética es confidencial, no podrá hacerse uso de ella sin el consentimiento del individuo, ni deberá fijarse en soportes informáticos”. También en las recomendaciones del Congreso Mundial de Bioética celebrado en Gijón el 24 de junio del 2000 se incluyó la necesidad de garantizar el ejercicio de la autonomía de la persona, respetándose la identidad y especificidad del ser humano.

## 2. LOS FICHEROS EN LA LOPD

### A. CONCEPTO Y CLASES

Por fichero se entiende “todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”<sup>224</sup>. Y cualquiera que fuese el soporte, por lo que queda

<sup>222</sup> Fue suscrito en Oviedo, el 4 de abril de 1997 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 20 de octubre de 1999.

<sup>223</sup> VIDAL CASERO, M. C., *op. cit.*, [www.bioeticaweb.com/Genetica/Vidal\\_Casero\\_%20PGH.htm](http://www.bioeticaweb.com/Genetica/Vidal_Casero_%20PGH.htm)

<sup>224</sup> Artículo 3, párrafo b) de la LOPD.

abierto el campo para los ficheros manuales, u otra forma de organización de datos de carácter personal, como puede ser una lista estructurada para un acceso alfabético. El concepto implica que el fichero debe estar organizado, entendiéndose por tal, la ordenación de los datos personales de forma que se permita el acceso a los mismos en atención a algún criterio lógico, alfabético, numérico, etc. En consecuencia, sólo podrá considerarse fichero aquel conjunto de datos susceptibles de utilización mediante sistemas automáticos o manuales que permitan diferenciar los datos y acceder a ellos de alguna manera útil<sup>225</sup>

Una de las novedades de la LOPD respecto de la LORTAD, consecuencia de la supresión del término *automatizado* que hemos analizado anteriormente, consiste en incluir en el ámbito de protección de la Ley “todos los ficheros de datos, informatizados o no” siguiendo las directrices de la Dir. 95/46/CE. La LORTAD extendía el campo de aplicación a todos los ficheros automatizados tanto de los sectores públicos como privados que contuviesen datos de carácter personal, aunque excluía de su régimen de protección a toda una serie de ellos.<sup>226</sup> Es de destacar la supresión de la exclusión que antes había respecto a “los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos e iglesias, confesiones y comunidades religiosas en cuanto los datos se refieran a sus asociados o miembros o exmiembros” (art. 2.2 e) de la LORTAD), que ha desaparecido con la LOPD. Era difícil justificar y argumentar qué pretendía la Ley española excluyendo de la protección a los ficheros mantenidos por este tipo de asociaciones y grupos y mucho menos incluyendo en la excepción el tratamiento de los datos de sus exmiembros.<sup>227</sup>

Esta es la principal obligación derivada de la Directiva comunitaria, al extender la protección a los ficheros no informatizados. El legislador español, haciendo uso del plazo que concede el legislador comunitario, difiere esta protección al año 2007, sin perjuicio de que, desde la entrada en vigor de la Directiva, los ciudadanos puedan ejercitar sus derechos de acceso, rectificación y cancelación respecto de los datos contenidos también en ficheros manuales.<sup>228</sup>

## B. EL TÉRMINO “AUTOMATIZADO”

Una novedad importante es la desaparición del término automatizado en la LOPD de casi todos los lugares en los que se encontraba en la LORTAD. La eliminación de una palabra en el objeto de la Ley tiene una enorme trascenden-

<sup>225</sup> APARICIO SALOM, J., *op. cit.*, pp. 55-56.

<sup>226</sup> GONZALEZ MURUA, A. R., *op. cit.*, p.7-9.

<sup>227</sup> Vid. DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, cit., p. 73 y en “Los principios de la protección de datos...”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>228</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.: “La nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal...”, *op. cit.*, p. 2.

cia a la hora de analizar ambas leyes. La LORTAD no tenía en cuenta otro tipo de datos que los de carácter personal, y siempre que fuesen tratados de forma automatizada, la posesión de este tipo de datos pero en otro soporte, no era objeto de la misma. Como garantía de los derechos de los ciudadanos en estos casos estaban los otros apartados del artículo 18 CE. Se establecía por así decirlo, una categoría de datos: los automatizados, algo que en la LOPD ha dejado de existir.

La desaparición de esa distinción de “automatizados” englobando a todos los datos de carácter personal en una misma categoría, cambia el panorama y plantea la necesidad de estudiar la nueva situación creada, ya que la tenencia de nuestros datos por otros en un soporte convencional se acrecienta cuando esos mismos datos se encuentran en un soporte informático y la LOPD no hace ninguna distinción.<sup>229</sup> Al suprimir esta diferencia, base interpretativa posterior del articulado, las definiciones se ven modificadas en cuanto a qué se entiende por fichero, concepto que cambia sustancialmente. Por tanto, la LOPD amplía el ámbito de aplicación en relación a la LORTAD, suprimiendo el término automatizado y modificando el contenido del apartado en el que se indican los ficheros a los que no será de aplicación. (Art. 2.2 ).<sup>230</sup>

### C. CLASES DE FICHEROS

No obstante, se mantiene la diferenciación entre ficheros de utilidad pública y ficheros de titularidad privada, que no es recogida por la propia Directiva 95/46, centrada más en la figura del responsable del tratamiento, consolidando lo señalado por el apartado 4, párrafo segundo, de la LORTAD, cuando manifestaba la diferencia que había establecido regímenes diferenciados para el control de los ficheros en razón de su titularidad, aunque es evidente que resulta más problemático el control de los ficheros que son de titularidad privada.<sup>231</sup>

---

<sup>229</sup> DEL PESO NAVARRO, E.: “ Principales diferencias entre la nueva Ley de Protección de Datos...”, *op. cit.*, p. 11.

<sup>230</sup> Artículo 2.2 LOPD: “El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica no será de aplicación: A) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. B) A los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas. C) A los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. No obstante, en estos supuestos, el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de Datos.”

<sup>231</sup> SANCHEZ BRAVO, A.: “La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal: Diez...”, *op. cit.*, pp. 206-207.

#### D. FICHERO Y TRATAMIENTO

Conviene hacer una referencia a la distinción que realiza la Ley entre fichero y tratamiento.

El fichero se define en el artículo 3 b) de la LOPD, anteriormente comentado, donde podemos entender que se trata de una acumulación de datos de carácter personal que se manifiestan por medio de un soporte informático o no automático, donde se encuentran los datos personales de forma organizada y su tratamiento. La LOPD indica que será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptible de tratamiento, siendo este término –el de tratamiento– una de las figuras que serían independizables si hubiese que valorar la norma por las modificaciones terminológicas que tuvieran real y profunda incidencia en su contenido.

En conexión con el tratamiento de los datos se encuentra el artículo 2.1 LOPD, donde se establece que: “La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”. Por tanto son aquellos datos que, sin estar incorporados a un fichero, se encuentran organizados en alguna forma de plantilla o esquema, que permita su inclusión en un fichero mediante sistemas, automáticos o manuales.<sup>232</sup>

La distinción entre ambos conceptos ha sido clave en la reforma ya que en la LORTAD se atendía de forma casi exclusiva al fichero y al responsable del mismo, sin reflejar el fenómeno de las redes de comunicación que difuminan aún más la existencia del fichero de datos.

### 3. EL ENCARGADO DEL TRATAMIENTO Y EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO.

#### A. CONCEPTO DE TRATAMIENTO DE LOS DATOS

El tratamiento de los datos son las operaciones que se realizan con los datos, y a efectos de la Ley se define el “tratamiento de datos” en el artículo 3. c) como las “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”.

En cuanto al concepto de «tratamiento» de dichos datos que utiliza el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46, éste comprende, con arreglo a la de-

<sup>232</sup> APARICIO SALOM, J., *op. cit.*, pp. 55-56.

finición del artículo 2, letra b), de dicha Directiva, «cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales». Esta última disposición enumera varios ejemplos de tales operaciones, entre las que figura la comunicación por transmisión, la difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los datos. De ello se deriva que la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a datos personales debe considerarse un tratamiento de esta índole.<sup>233</sup>

Debemos comentar que centra en la característica de “técnicos” el eje que se debe considerar para valorar cuándo nos encontramos, o no, ante un tratamiento de datos.<sup>234</sup> Está referido a una actividad, según se establece en este apartado. Y con la expresión “de carácter automatizado o no” parece que extiende el ámbito de protección a cualquier operación o procedimiento técnico en su más amplio sentido, porque abarca todas las fases de manejo de datos, sea de forma automatizada o no.<sup>235</sup>

## B. CARACTERÍSTICAS Y PROBLEMAS QUE PLANTEAN

La LOPD incorpora, por exigencia de la Directiva<sup>236</sup> que introduce en sus definiciones una distinción clara entre el “responsable del tratamiento” y el “encargado del tratamiento”, cuestión que ha obligado a contemplar esta figura en nuestra ley siendo las definiciones redactadas de modo idéntico. La incorporación de la misma era necesaria en un campo en el que el tratamiento suele ser realizado por un tercero distinto al responsable del fichero<sup>237</sup>. Su precedente estaba en la LORTAD que lo denominaba prestación de servicios y le dedicaba el artículo 27.1 dentro de los ficheros de titularidad privada, pero ahora viene a configurarse más nítidamente de acuerdo con las exigencias de la Directiva.

El encargado del tratamiento lo recoge el artículo 3.g) de la LOPD, que lo *define* y delimita como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”.

En el artículo 3.d) de la LOPD se emplean dos términos para lo mismo: responsable del fichero o del tratamiento, lo que puede inducir a error, y en su

---

<sup>233</sup> Párrafo 25 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 6 de noviembre de 2003. Suecia, caso Linqvist. Decisión prejudicial de interpretación de la Directiva 95/46. [www.agpd.es/index.php?idSeccion=381](http://www.agpd.es/index.php?idSeccion=381)

<sup>234</sup> DEL PESO NAVARRO, E.: “Principales diferencias entre la nueva Ley de Protección de Datos...”, *op. cit.*, p. 12.

<sup>235</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, cit., p. 84.

<sup>236</sup> En su artículo 2.e).

<sup>237</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: “Los principios de la protección de datos...”, *op. cit.*, p. 5.

definición sigue mezclando características del titular del fichero y del responsable del tratamiento o del fichero. No se hace distinción entre el titular del fichero y el responsable del mismo, figuras que en el artículo 10<sup>238</sup> de ambas leyes, LORTAD y LOPD, sí están claramente separadas, y no se vuelve a repetir la distinción en el resto de su articulado. La LORTAD contenía la misma redacción añadiendo el término automatizado a la palabra fichero. Así se refería al responsable y al titular del “fichero automatizado”. En la Directiva 95/46/CE sólo se habla de “responsable del tratamiento” (Art. 2 d ).

El artículo 4 de la Directiva 95/46/CE, se refiere al derecho nacional aplicable y en cuanto al responsable del tratamiento, el derecho aplicable se define por referencia al lugar de establecimiento del mismo. Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas en el Derecho nacional aplicable<sup>239</sup>. En el caso de que el responsable del tratamiento no esté radicado en el territorio de la Comunidad, pero utilice medios, automatizados o no, para efectuar un tratamiento, y situados en el territorio de un Estado miembro, el derecho aplicable será el del Estado en cuyo territorio están localizados dichos medios. Se exceptúan<sup>240</sup> los supuestos en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea según el artículo 4.1.c ).

En el caso de España, la LOPD establece que la Ley alcanza al responsable del tratamiento aunque no resida y obliga a que cuando no esté establecido en territorio de la Unión Europea debe designar un representante en España. El artículo 2.1 de la LOPD fija tres ámbitos diferentes respecto al Derecho aplicable:

- Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento.

---

<sup>238</sup> Artículo 10 LOPD: “El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.”

<sup>239</sup> Artículo 4.a de la Directiva 95/46/CE: “a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el Derecho nacional aplicable;”

<sup>240</sup> SANCHEZ BRAVO, A.: *La protección del Derecho a la Libertad Informática en la Unión Europea*, cit., pp. 133-135 y DEL PESO NAVARRO, E.: “Principales diferencias entre la nueva Ley de Protección de Datos...”, *op. cit.*, pp. 12-13.

- Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española en aplicación de normas de Derecho Internacional público.
- Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito.

En el responsable del tratamiento recaen la mayor parte de las obligaciones que establece la Ley. Uno de los principales deberes es la inscripción en el Registro General de Protección de Datos.<sup>241</sup> El procedimiento de inscripción en el registro se establece en el Reglamento de desarrollo de la LORTAD que distingue el procedimiento de inscripción de tratamientos según sean de titularidad pública o privada. En el primero de los casos, la inscripción es de oficio por el Director de la Agencia, al recibir una copia de la disposición de creación del fichero. En los casos de ficheros de titularidad privada, la inscripción se acuerda por el Director, a propuesta del Registro General de Protección de Datos, siempre que la notificación contenga la información preceptiva<sup>242</sup> y se cumplan las restantes exigencias legales. En el caso de que la Agencia de Protección de Datos entienda que la información facilitada no es suficiente, se requiere al responsable del fichero para que la complete o subsane en el plazo de diez días, son la indicación de que en caso contrario, se le tendrá por desistido en su petición, archivándose sin más trámite. Las modificaciones respecto del tratamiento deberán ser igualmente inscritas en dicho Registro por un procedimiento semejante al de inscripción.

La inscripción sólo posee un efecto declarativo independiente de la existencia del tratamiento, respecto al cual, no se prohíbe que pueda funcionar ni se anulan los actos de tratamiento por el hecho de no estar inscrito. Con la inscrip-

---

<sup>241</sup> El artículo 39 de la LOPD regula el Registro General de Protección de Datos como un órgano de la Agencia de Protección de Datos que tiene por objeto la inscripción de los ficheros de que sean titulares las Administraciones Públicas y los de titularidad privada, las autorizaciones establecidas en la LOPD respecto a las transferencias internacionales de datos, los códigos éticos, así como los datos relativos a los ficheros que sean necesario para el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, cancelación y oposición.

<sup>242</sup> La información que debe incluirse en la notificación es la relativa a el nombre, denominación o razón social, documento nacional de identidad o código de identificación fiscal, dirección y actividad u objeto social del responsable del fichero; ubicación del fichero; identificación de los datos que se pretendan tratar, individualizando los supuestos de datos especialmente protegidos; dirección de la oficina o dependencia en la cual puedan ejercerse los derechos de acceso, rectificación y cancelación; origen o procedencia de los datos; finalidad del fichero; cesiones de datos previstas; transferencias temporales o definitivas que se prevean realizar a otros países, con expresión de los mismos; destinatarios o usuarios previstos para las cesiones o transferencias; sistemas de tratamiento automatizado que se vayan a utilizar; medidas de seguridad.

ción se da cumplimiento a la obligación legal de hacerlo y se evita incurrir en las infracciones previstas en el artículo 44 en los apartados 2 c) y 3 k) de la LOPD<sup>243</sup>.

A la prestación de servicios por un tercero, el conocido “outsourcing”, la Directiva lo trata en el artículo 17, en “seguridad del tratamiento”. A su vez, el epígrafe del artículo 12 de la LOPD<sup>244</sup> está dedicado al “acceso a los datos por cuenta de terceros”. La figura del encargado de tratamiento que está recogida de manera clara, encuentra un alto grado de complicación en la regulación que hace este artículo de su relación con el titular del fichero.<sup>245</sup>

La prestación de servicios por cuenta del responsable del tratamiento, responde a una serie de características, como son:

- No se considera comunicación de datos. (Art. 12.1).
- Debe estar regulada por un contrato que debe ser por escrito u otra forma que permita acreditar su celebración y contenido. (Art. 12.2).
- En el contrato debe constar que el encargado del tratamiento:

Tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento.

No los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en el contrato.

No los comunicará a otras personas, ni aún en el caso de su conservación

Decidirá las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9.

- Una vez cumplida la prestación que dio lugar al contrato, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documento en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento. (Art. 12.3).

En la LOPD no se especifica el tiempo de almacenamiento de los datos mediante la autorización del responsable del fichero, y se presume que podrán almacenarse en cuanto sean necesarios para la prestación periódica del servicio. En la LORTAD el plazo se limitaba a 5 años.

### C. LA RESPONSABILIDAD DEL ENCARGADO DEL TRATAMIENTO

En cuanto a la responsabilidad del encargado del tratamiento, el artículo 12.4 de la LOPD recoge las responsabilidades inherentes a dicha condición en los siguientes casos: Destinar los datos a finalidad distinta de la estipulada en el contrato, comunicar los datos, y utilizarlos incumpliendo las estipulaciones del contrato.

<sup>243</sup> APARICIO SALOM, J., *op. cit.*, pp. 83-86.

<sup>244</sup> Antiguo artículo 27 de la LORTAD

<sup>245</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, cit., pp. 84-85.

Es muy distinta la posición del responsable del fichero o tratamiento, como persona que decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, a la del encargado del tratamiento que se limita a ser una persona que trata datos personales por cuenta de aquél. La referencia clara a la persona que decide sobre la finalidad, tratamiento y uso, definirá la responsabilidad como titular del fichero o tratamiento, siendo el encargado del tratamiento solamente una persona que trata los datos por cuenta de un tercero y sin posibilidad de decisión alguna sobre ellos.<sup>246</sup> El encargado del tratamiento, debe actuar siguiendo las instrucciones del responsable y las previsiones del Reglamento de Seguridad le obliga también cuando realice prestación de servicios de tratamiento<sup>247</sup>, a efectos de lo dispuesto en el artículo 12 de la LOPD. Ahora al encargado del tratamiento le son exigibles tanto la adopción de medidas de seguridad como la responsabilidad en supuestos de infracción. (Art. 9.1 y 43.1 LOPD).<sup>248</sup>

La LOPD presta cada vez más atención a esta figura cada vez más corriente en el tratamiento de datos.<sup>249</sup> La Ley crea diversas figuras<sup>250</sup> a las que atribuye obligaciones y responsabilidades, pero al determinar las responsabilidades administrativas éstas se centran exclusivamente en los responsables de los ficheros y los encargados de tratamientos. Así el responsable directo de la infracción administrativa podría quedar sin sanción si aplicamos de manera estricta el artículo 43 de la LOPD. Algunos autores suponen que el trato diferencial de las infracciones cuando quién las comete es el responsable de un fichero privado o público es contrario al principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución, ya que ante una misma infracción la sanción es diferente. Más adecuado hubiese sido que la LOPD estableciese otras medias para corregir los efectos negativos que pueden ocasionar las infracciones en los ficheros públicos<sup>251</sup>.

<sup>246</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, cit., pp. 84-85.

<sup>247</sup> MARTINEZ SANCHEZ, M.: "Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal", *AIA*, núm. 35, Abril de 2000, pp. 8-9.

<sup>248</sup> Artículo 9.1 LOPD: "1. El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento, deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural."

Artículo 43.1 LOPD: "1. Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley".

<sup>249</sup> DEL PESO NAVARRO, E.: "Principales diferencias entre la nueva Ley de Protección de Datos...", *op. cit.*, pp. 13-14.

<sup>250</sup> En el artículo 2 del RD 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, se crea la figura del responsable de seguridad, cuya función es la de coordinar y controlar las medidas de seguridad aplicables. La Ley se refiere asimismo a las personas que intervenga en cualquier fase del tratamiento de datos y los insta a guardar secreto profesional.

<sup>251</sup> FREIXAS GUTIERREZ, G., *op. cit.*, pp. 321-323.

#### 4. LAS FUENTES ACCESIBLES AL PÚBLICO

Se podrían definir como aquellas de las que pueden tomarse datos personales sin el consentimiento del afectado. La definición de las fuentes accesibles al público, la encontramos en artículo 1, apartado 2 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, donde se define estos datos como aquellos que se encuentran a disposición del público en general, no impedidos por cualquier norma limitativa, y que estén recogidos por medios tales como censos, anuarios, bases de datos públicos, repertorios telefónicos o análogos, así como los datos publicados en forma de lista de personas pertenecientes a grupos profesionales que contengan únicamente los nombres, títulos, profesión, actividad, grados académicos, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. No debe entenderse esta lista de datos accesibles al público como “*numerus clausus*”, ya que el propio artículo los cita a modo de ejemplo como datos que se encuentran al alcance del público en general y no impedidos por una norma que los limite.

Sobre el concepto de “fuentes accesibles al público”, existe una postura múltiple y nada pacífica. Es de interés la doctrina del Tribunal Supremo<sup>252</sup> sobre el principio de publicidad de las actuaciones judiciales y el acceso, o no, de “cualquier interesado” a los libros, archivos, y registros judiciales que no tengan carácter reservado. La Sentencia entiende que se debe tener un interés legítimo y relacionado concretamente con el propio objeto del procedimiento o alguno de los actos del mismo.

Hoy los artículos 3 j)<sup>253</sup> y 28 de la LOPD, contienen como novedad una lista cerrada de lo que se considera como fuente accesible al público. Esta se concreta en el censo promocional, repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de profesionales publicadas (limitado a nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo), así como Diarios y Boletines oficiales y los medios de comunicación. Se han excluido los ficheros de informática jurídica accesibles al público, regulados en la anterior LORTAD en el artículo 2.2.d), donde también se encontraban excluidos de su aplicación en la medida que se

<sup>252</sup> Vid. STS (Sala Tercera, Sección 1ª), de 3 de marzo de 1995.

<sup>253</sup> Artículo 3 j) LOPD: “Fuentes accesibles al público: aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa, o sin más exigencia que, en su caso, que el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título. Profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público, los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación.”

limitaran a reproducir disposiciones o resoluciones judiciales publicadas en periódicos o repertorios oficiales.<sup>254</sup>

Las dudas sobre si un fichero determinado contenía o no datos accesibles al público ahora no se presentan<sup>255</sup>. La introducción de esta definición indicando qué fuentes tienen “exclusivamente” la consideración de accesibles al público, era totalmente necesaria,<sup>256</sup> y el establecimiento de un “*numerus clausus*” puede evitar situaciones anómalas que se presentaban en el pasado. Su introducción en las definiciones de la Ley era totalmente necesaria para terminar en la práctica las discusiones sobre cuáles eran o no las que podrían considerarse como fuentes de ese tipo.

#### A. EL CENSO PROMOCIONAL

No podemos dejar de tratar dentro de las fuentes accesibles al público una figura que ha despertado gran interés como es el censo promocional<sup>257</sup>. Se trata de la copia de los datos de nombre, apellidos y domicilio que constan en el censo electoral de aquellos ciudadanos que no se hayan opuesto a figurar en aquél. Se podrá solicitar en el Instituto Nacional de Estadística o el órgano equivalente de las Comunidades Autónomas según dispone el artículo 31.1 LOPD y su vigencia será de un año, y a partir de ahí perderá su carácter de fuente accesible al público según los artículos 31.2 y 3.j LOPD.

Constituye una novedad importante, y aunque la Ley, después de pasar por el Senado, deja al final para un desarrollo reglamentario posterior la forma en que se llevará a cabo este censo promocional recogido por el artículo 31.3 LOPD, sí viene a coordinar las exigencias de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General de 1985, con las previsiones que establece la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996, en la que se indica que las empresas que se dediquen a la publicidad y el marketing podrán obtener a tal fin los nombres y apellidos y domicilio de los ciudadanos del censo electoral.

La Junta Electoral Central en su pronunciamiento al respecto señaló que los datos de los ciudadanos que constan en el censo electoral sólo tienen por misión facilitar a aquellos su derecho al sufragio activo, no pudiendo ser empleados para

---

<sup>254</sup> ALONSO MARTÍNEZ, C.: “Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito”, *AIA*, núm. 28, 1998, pp. 10-11.

<sup>255</sup> DEL PESO NAVARRO, E.: “Principales diferencias entre la nueva Ley de Protección de Datos...”, *op. cit.*, p. 13.

<sup>256</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: “Los principios de la protección de datos...”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>257</sup> *Vid.* DEL PESO NAVARRO, E.: “Principales diferencias entre la nueva Ley de Protección de Datos...”, *op. cit.*, p. 15; FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.: “La nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal...”, *op. cit.*, p. 3.

otros usos, a excepción de su cesión a los tribunales. Con ello quedaba frustrada la posibilidad que al parecer concede la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de su empleo para el servicio de publicidad y promociones comerciales.

No obstante, en la proposición socialista<sup>258</sup> también se plantea su modificación, junto a los artículos referentes al consentimiento del interesado. Habría que modificar el artículo 31.1 LOPD para la comercialización del censo electoral, figurando en el mismo solo los datos de “aquellas personas que hayan manifestado su consentimiento expreso”.<sup>259</sup> En realidad, el Gobierno quiere desarrollar la normativa para que ningún organismo público ni empresa pueda utilizar o intercambiar los datos de los ciudadanos sin la autorización expresa de los mismo, terminando con la práctica abusiva de las empresas cuando envían una carta a la persona en la que le piden la autorización para que otras empresas, o filiales, utilicen los datos con fines comerciales. Esto ha suscitado la protesta de las mismas<sup>260</sup>.

El nuevo censo promocional parece ser que vendrá a solventar este problema sin merma al derecho de los ciudadanos a decidir que sus datos se usen o no para aquellos fines.

## 5. EL DERECHO DE OPOSICIÓN DEL INTERESADO

Otra novedad respecto de la LORTAD es que en la LOPD, los derechos de los ciudadanos, hasta entonces circunscritos a los de acceso, rectificación y cancelación de sus propios datos, se ven completados con el derecho de oposición del afectado, de acuerdo con lo señalado por la Directiva 95/46/CE en su sección VII, especialmente en su artículo 14<sup>261</sup>, con lo que se viene a posibilitar

<sup>258</sup> Proposición no de ley para la modificación de la LOPD, presentada por Diego López Garrido en el Congreso de los Diputados.

<sup>259</sup> En la dirección de Internet [www.protegemostusdatos.com](http://www.protegemostusdatos.com), fuente: [datumlex.com](http://datumlex.com); y en [www.njbosh.com/fijas/njnews/news.htm](http://www.njbosh.com/fijas/njnews/news.htm)

<sup>260</sup> Noticia del periódico “El País”, Domingo 3 de Enero del 2002.

<sup>261</sup> Artículo 14 de la Directiva 95/46/CE: “Los Estados miembros reconocerán al interesado el derecho a oponerse a: A) Oponerse, al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del artículo 7, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. En caso de oposición justificada, el tratamiento que efectúe el responsable no podrá referirse ya a esos datos. B) Oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos de carácter personal que le conciernan respecto de los cuales el responsable prevea un tratamiento destinado a la prospección; o ser informado antes de que los datos se comuniquen por primera vez a terceros o se usen en nombre de éstos a efectos de prospección, y a que se le ofrezca expresamente el derecho de oponerse, sin gastos, a dicha comunicación o utilización. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que los interesados conozcan la existencia del derecho a que se refiere el párrafo primero de la letra b).”

que el posible tratamiento de datos no llegue a producirse.<sup>262</sup> Este reconocimiento del derecho de oposición, se había configurado en otras legislaciones europeas de protección de datos<sup>263</sup>, pero no se había previsto por la legislación española.

Dicho precepto debe ser examinado a la luz de los Considerandos 30 y 71 de la Directiva:

- En el primero de ellos nos encontramos que el término prospección se utiliza, bien en un sentido estrictamente comercial, o bien para referirse a la realizada por una institución benéfica y otras asociaciones y fundaciones.
- En el Considerando 71 se establece que la Directiva no es contraria a que en un Estado miembro regule las actividades de prospección comercial destinadas a los consumidores que residan en su territorio, en la medida en que dicha regulación no afecte a la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

Se pueden señalar como *notas específicas* del derecho de oposición las siguientes:

Que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar que los interesados conozcan la existencia de ese derecho. Podría admitirse el insertar en la comunicación por la que, a través de ella, se efectúa la petición, de una alusión lo suficientemente expresa de ese derecho, de las condiciones de su ejercicio y de la gratuidad del mismo.

La oposición del artículo 14 de la Directiva, apartado a) presenta como especialidad el que puede ejercitarse en cualquier momento, si bien por razones legítimas propias de su situación particular, salvo que la legislación nacional disponga otra cosa.

La oposición del apartado b) ya no puede efectuarse en cualquier momento sino que ha de ser previa al tratamiento, a la comunicación o al uso; ha de comunicársele expresamente su derecho a la oposición y ha de ser gratuito.<sup>264</sup>

El contenido del mismo supone un reconocimiento al interesado a oponerse, al menos lo recogido en las letras e) y f) del artículo 7<sup>265</sup>, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le

<sup>262</sup> FERNÁNDEZ LOPEZ, J. M. : “La nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal...”, *op. cit.*, p.2.; HERRAN ORTIZ, A. I., *op. cit.*, pp.127-141.

<sup>263</sup> Como son el caso de Francia o Bélgica

<sup>264</sup> MARTÍN- CASALLO LÓPEZ, J. J.: “Implicaciones de la Directiva sobre protección de datos en la normativa española”, *AIA*, núm. 20, 1996, p. 6.

<sup>265</sup> Exceptúan el consentimiento del interesado en el tratamiento de datos personales, cuando éste sea necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público o para la satisfacción de un interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o personas a quienes se comuniquen los datos, siempre que no prevalezcan el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado.

conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. Es decir, aquellos tratamientos necesarios para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos; así como aquellos tratamientos necesarios para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos.

En caso de oposición ejercida en las condiciones previstas anteriormente, el responsable del tratamiento debe suspender el mismo, referido a dichos datos. De otra parte, como el Parlamento Europeo ha señalado, el derecho de oposición debe poder ejercerse en cualquier momento y, en particular, frente a los tratamientos con fines de prospección<sup>266</sup>, ya sea una prospección comercial o la que efectúe un organismo de caridad o un partido político. Se impone a los Estados miembros la obligación de adoptar medidas necesarias para que los ciudadanos conozcan el derecho que les asiste de oponerse al tratamiento de sus datos personales con fines de prospección.<sup>267</sup> Asimismo se tendrá derecho a ser informado antes de la comunicación de los datos a un tercero o de uso a efectos de prospección, y aunque se le ofrezca el derecho de oponerse, sin gastos, a dicha comunicación o utilización.

Como podemos comprobar, el derecho de oposición que contempla la Directiva tiene un significado algo diferente al que se le quiere dar en el LOPD; de una parte, la norma se encuentra estructurada en una relación lógica mediante la que el Título III está dedicado a los denominados “Derechos de las personas”, siendo éste el lugar en el que debía haber introducido el derecho de oposición del interesado<sup>268</sup>. No representa este derecho que la negativa del afectado al tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal impida dicho tratamiento, sino el derecho a oponerse a dicho tratamiento, por razones legítimas propias de su situación particular, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. (Art. 14.a de la Directiva).<sup>269</sup> Efectivamente, la Ley española no ha seguido el régimen establecido en la Directiva 95/46/CE, diferenciando los supuestos en los que puede ejercitarse el derecho, circunstancia que no es contemplada por la Ley, que reconoce por igual el derecho de oposición a todos los supuestos en que no sea necesario el consentimiento

<sup>266</sup> Enmiendas números 30 y 145 del Parlamento Europeo.

<sup>267</sup> SANCHEZ BRAVO, A.: *La protección del Derecho a la Libertad Informática en la Unión Europea*, cit., p. 141.

<sup>268</sup> En opinión de DAVARA, este nuevo derecho, obligado por la Directiva y que no se contemplaba en la LORTAD, debería haber sido objeto de estudio independiente, y no introducirse en un artículo en el que se regula el consentimiento y sus excepciones. Considera que ni se encuentra bien recogido en la LOPD ni está en el lugar adecuado, y puede inducir a errores.

<sup>269</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: “Los principios de la protección de datos...”, *op. cit.*, p. 5.

## 6. LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

La Directiva 95/46/CE, en su considerando 46 exige adoptar tanto medidas técnicas como de organización apropiadas para la protección de los derechos y libertades de los interesados respecto al tratamiento de los datos personales. Y éstas deberán adoptarse en el momento de la concepción del sistema de tratamiento como al de aplicación de los tratamientos. El artículo 17 lo dedica a la seguridad del tratamiento ampliando lo recogido en el considerando.<sup>270</sup>

Los apartados 4 y 5 del Anteproyecto de Ley Orgánica de la Protección de Datos, pretende incorporar lo establecido en el artículo 11 de la Directiva, referente a la “Información cuando los datos no han sido recabados del propio interesado”, y así el apartado 5 indica que “no será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior cuando la información al afectado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados a criterio de la Agencia de Protección de Datos, o cuando el tratamiento de datos esté expresamente previsto en una Ley”. Se incurre en la determinación e interpretación de conceptos indeterminados según el criterio unilateral de la Agencia, en la persona de su Director, que además tiene potestades instructoras y sancionadoras.<sup>271</sup> El derecho a conocer los datos registrados (derecho de acceso, habeas data), aparece en las Directrices de la OCDE como “principio de transparencia”, según el cuál toda persona tiene derecho a conocer la existencia de un fichero, así como su contenido, finalidad o finalidades y personas responsable.<sup>272</sup>

Para que el tratamiento sea lícito y leal deberá ser conocido por los interesados por lo que se facilitará una información precisa y completa respecto a las circunstancias de dicha obtención, como lo expresa el Considerando 38 de la Directiva 95/46/CE. El principio de lealtad al recabar los datos, con un conocimiento consciente e informado, es en muchas ocasiones objeto de controversia en el estudios del tratamiento de datos de carácter personal. El derecho de información a favor del afectado cuando los datos se recaban de otras fuentes se recoge en el artículo 5 de la LOPD. El artículo 5.4 de la LOPD<sup>273</sup> establece el

<sup>270</sup> DEL PESO NAVARRO, E.: “La Seguridad de la Información”, *AIA*, núm. 26, 1998, p. 5.

<sup>271</sup> GUTIERREZ SÁNCHEZ, P.: “Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD)”, *AIA*, núm. 28, 1998, pp. 6-7.

<sup>272</sup> HEREDERO HIGUERAS, M.: “La protección de los datos personales registrados en soportes informáticos”, *AIA*, núm. 2, 1992, p. 3.

<sup>273</sup> En el artículo 5.4 de la LOPD se establece que: “Cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo”.

deber de información de forma genérica, sin distinción alguna ni excluir ningún supuesto. Por tanto, una vez cumplidas las obligaciones legales requeridas, se puede entender que cualquier tratamiento de datos es conforme a derecho, con independencia de que el cedente de los datos pueda haber cometido una infracción a comunicar los datos sin el consentimiento del interesado. La excepción la constituye el supuesto de que si el destinatario conoce que no estaba autorizada la cesión de los datos, y los somete a tratamiento, estará infringiendo la prohibición de tratar datos sin el consentimiento del interesado.

No obstante, el artículo 11.2 de la Directiva 95/46/CE <sup>274</sup> recoge una excepción y añade que estas disposiciones no se aplicarán cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados o el registro o la comunicación a un tercero estén expresamente prescritos por ley. Se indica además que se establecerán las garantías apropiadas. En el artículo 5.5 de la LOPD se contempla igualmente esta posibilidad de que la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados.<sup>275</sup>

La Directiva establece que el deber de información queda excepcionado cuando “el registro o la comunicación a un tercero estén expresamente prescritos por Ley”. El Título II de la LOPD, bajo el epígrafe de “Principios de la Protección de Datos”, mantiene los principios que permanecen en el tiempo, en múltiples normativas, como base de protección sólida. Entre las modificaciones del texto destaca la *obligación de informar*, cuando los datos *no hayan sido recabados del propio interesado*, por tanto recabados con el consentimiento obtenido de forma tácita, dentro de los tres meses siguientes a su registro según lo expresa el artículo 5.4 de la LOPD, que introduce una modificación significativa al recabar los datos del interesado y que viene obligada por la exigencia de la Directiva 95/46/CE. Su artículo 11 indica que cuando los datos no hayan sido recabados del propio interesado, éste debe estar informado por lo menos de la identidad del responsable del tratamiento, y en su caso, de su representante, los fines del tratamiento de que van a ser objeto los datos; cualquier otra información tal como los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos, y la existencia de derechos de acceso y rectificación de los datos, en todos los casos buscando garantizar un tratamiento de datos leal respecto del interesado.

El artículo 5 de la LOPD determina el deber de informar. En ella se exige que en los cuestionarios o impresos utilizados para la recogida de datos se haga constar de forma clara y legible la misma información que se debe suministrar al

---

<sup>274</sup> Artículo 11.2 de la Directiva 95/46/CE: “Las disposiciones del apartado 1 no se aplicarán, en particular para el tratamiento con fines estadísticos o de investigación histórica o científica, cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados o el registro o la comunicación a un tercero estén expresamente prescritos por ley. En tales casos, los demás miembros establecerán las garantías apropiadas”.

<sup>275</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. : “Los principios de la protección de datos...”, *op. cit.*, p. 5.

interesado a recabar la información. En los apartados a), d) y e) del artículo 5.1 LOPD<sup>276</sup> se establecen las reglas para los supuestos comunes del deber de información. En el caso de que los datos se obtengan directamente del interesado, la Ley además de estas reglas exige que se le informe de la obligatoriedad de responder a las preguntas que se le realizan y las consecuencias de la obtención de los datos o la negativa a facilitarlos, recogido en los apartados b) y c). Con esta exigencia se trata de garantizar que no se condicione la celebración del contrato que motiva la relación entre el interesado y el responsable del tratamiento a la obtención del consentimiento para el tratamiento sólo de los datos necesarios, ya que resulta práctica común que al obtener datos de carácter personal se soliciten más de los estrictamente necesarios para atender la finalidad para la que resultan precisos y que el interesado tenga conocimiento de todas las circunstancias que concurren el tratamiento.<sup>277</sup>

Se mantiene la excepción<sup>278</sup> que ya era recogida en la LORTAD sobre la exclusión del derecho a la información en el artículo 5.3 de la LOPD, determinando “cuando el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban”. Esta es una exclusión polémica, porque es selectiva<sup>279</sup> y no tiene fundamento en el texto de la Directiva. Y con ello resulta que la LOPD restringe los derechos y garantías del afectado en relación a ésta.

No podemos dejar de comentar la inconstitucionalidad práctica del sentido literal del artículo 4.2 LOPD<sup>280</sup> en base a la doctrina constitucional de las sentencias 290/2000 y 292/2000, especialmente la contenida en esta última. Este párrafo 2 del artículo 4 recoge que “los datos de carácter personal objeto de

---

<sup>276</sup> El artículo 5. 1 de la LOPD establece: “Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) De la existencia de un fichero, o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información. b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas. c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos. d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento, en su caso, de su representante.

Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de trámite, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento.”

<sup>277</sup> APARICIO SALOM, J., *op. cit.*, pp. 87-92.

<sup>278</sup> HERRAN ORTIZ, A. I., *op. cit.*, p. 135.

<sup>279</sup> Se excluyen del deber de informar el carácter obligatorio o facultativo de la respuesta, las consecuencias de facilitar o negar los datos y la posibilidad de ejercitar los derechos que al interesado le correspondan.

<sup>280</sup> Precepto que aunque no fue recurrido por el Defensor del Pueblo si se estimó inconstitucional por el partido Nueva Izquierda y la Comisión de Libertades e Informática.

tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.” En el mismo se contempla la posibilidad de que los datos de carácter personal objeto de tratamiento puedan usarse para finalidades compatibles con aquellas para las que los datos se hubieran recogido. Pero el permitir que el uso de datos personales recogidos con una determinada, explícita y legítima finalidad sean utilizados para otra finalidad distinta de hecho supone conculcar el derecho a la protección de datos, ya que se le priva al interesado de consentir el uso para dicha finalidad distinta e incluso pierde la posibilidad de oponerse al tratamiento o de acceder al dato para controlarlo, rectificarlo o cancelarlo.<sup>281</sup>

## 7. EL CONSENTIMIENTO

### A. CONCEPTO

El consentimiento es la clave de todo el proceso. La persona está facilitando constantemente a terceros datos personales, que son procesados por medios informáticos para la finalidad con que han sido entregados, pero solamente en razón, por ejemplo, de la compra efectuada, de la visita médica, de viaje que reserva.... Es un consentimiento que no autoriza a relacionar esos datos con otros, ni siquiera que sean facilitados a una tercera persona para un actividad semejante a la ejercida<sup>282</sup>.

Constituye una novedad importante por el reforzamiento que la LOPD da al consentimiento de los ciudadanos para que sus datos puedan ser tratados. La LORTAD no definía el consentimiento y sí lo hace en el artículo 3 h) la LOPD. Lo define como “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”. Viene a exigir determinados requisitos para que el consentimiento sea válido como es que éste sea libre, inequívoco, específico e informado. La LOPD le viene a dedicar todo el artículo 6. En el apartado 6.1 del artículo se dispone que “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”. Con ello sienta el principio de que siempre se requiere el consentimiento, salvo lo dispuesto por la Ley. Otros autores afirman que la configuración jurídica de este principio ha cambiado poco con la LOPD, y aunque se requiere que el consentimiento sea inequívoco, se mantienen las mismas excep-

<sup>281</sup> QUILEZA AGRADA, E.: “El derecho a la protección de los datos en la jurisprudencia constitucional”, *III Jornadas sobre Informática y Sociedad*, Madrid, 2001, pp.187-195.

<sup>282</sup> LLUÍS DE CARRERAS: “Prólogo” de FREIXAS GUTIERREZ, G.: *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*, Bosh, Barcelona, 2001, pp. 7-11.

ciones donde no será preciso el consentimiento, que desvirtuaban la eficacia de dicho consentimiento, motivando uno de los recursos de inconstitucionalidad contra el artículo 6.2 de la LORTAD por el Grupo Parlamentario Popular, al entender que las excepciones dejaban sin contenido el derecho a decidir sobre los datos personales.<sup>283</sup>

El socialista Diego López Garrido presentó una propuesta no de ley al Congreso de los diputados para pedir la modificación<sup>284</sup> de la actual Ley de Protección de Datos de Carácter Personal. Entre los preceptos a reformar se encuentra concretamente el artículo 3.h, donde se incluiría la palabra “expresa”<sup>285</sup>. De igual modo, se pretende introducir el término “expresa” en el artículo 6.1 LOPD<sup>286</sup> ya que el actual artículo 6 de la LOPD habla de una autorización inequívoca. Con ello se insta al Gobierno a estudiar, en el desarrollo reglamentario de la Ley 15/99, que se precise el uso informático y la cesión de datos personales, en especial de entidades financieras, aseguradoras y otras empresas comerciales con gran volumen de clientes que exija como condición previa el consentimiento expreso del interesado con las excepciones previstas por la ley. Si esta reforma se lleva a cabo, las empresas deberán pedir permiso a cada cliente para tratar sus datos.

En el apartado 2 del artículo 6 LOPD se recogen las excepciones al consentimiento, señalando cuando no es necesario, y así sucede:

- “Cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias;
- Cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento;
- Cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6<sup>287</sup>, de la presente Ley, o

---

<sup>283</sup> HERRAN ORTIZ, A. I., *op. cit.*, p. 136.

<sup>284</sup> En las direcciones de Internet [www.protegemostusdato.com](http://www.protegemostusdato.com). Fuente: [datumlex.com](http://datumlex.com) y [www.njbosh.com/fijas/njnews.htm](http://www.njbosh.com/fijas/njnews.htm). También como noticia del periódico “El País”, Domingo 3 de Enero del 2002.

<sup>285</sup> Su redacción sería la siguiente: “Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, expresa, específica e informada, mediante la que el interesado consiente el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

<sup>286</sup> Su redacción quedaría como sigue: “El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento expreso e inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”.

<sup>287</sup> Artículo 7.6 LOPD: “No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos,

- Cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

Constituye una novedad que el legislador establezca la nulidad del consentimiento para la comunicación cuando “la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar”.

### B. FORMA

En cuanto a la forma del consentimiento se realizará según el tipo de los datos personales tratados. La Ley no exige ninguna forma concreta, como puede ser la escritura pública o la inscripción del acuerdo en algún registro especial, para formalizar el acuerdo de voluntades. Únicamente como excepción exige que el consentimiento sea expreso cuando se trate de datos especialmente protegidos, y que sea además de expreso, otorgado por escrito en el caso de los datos relativos a la ideología, afiliación sindical, religión y creencias.<sup>288</sup> La LOPD siguiendo a la directiva, ha redactado otros artículo e incorpora entre los datos especialmente protegidos a los sindicales recogido en el artículo 7.2, aunque el Tribunal Constitucional había señalado que debían incluirse entre los datos que revelan ideología, y por tanto están especialmente protegidos.

En cuanto al resto de datos personales la regla general es la necesidad, cuando se recaben datos y se proceda a su tratamiento, del consentimiento inequívoco del afectado. Estos términos deben interpretarse como contraposición a “consentimiento expreso y por escrito”, que utiliza la Ley para los datos que están especialmente protegidos, y por tanto cabrá el consentimiento no escrito y el tácito, siempre que por el afectado se tenga clara conciencia de que ha realizado la prestación del consentimiento<sup>289</sup>.

---

la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeto asimismo a una obligación equivalente de secreto. También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento”

<sup>288</sup> APARICIO SALOM, J., *op. cit.*, pp. 58-59.

<sup>289</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *op. cit.*, pp. 148-151.

### C. EL CONSENTIMIENTO TÁCITO

Entorno a la cuestión de admitir el consentimiento otorgado en forma tácita se han planteado numerosas dudas y discusiones.<sup>290</sup> Esta es una forma más del consentimiento presunto o implícito, que se diferencia por el hecho de que la deducción del contenido de la voluntad se obtiene por la falta de actuación del interesado, por su silencio. No se deduce de actuaciones y el silencio sólo puede aceptarse como forma de otorgamiento del consentimiento cuando lo dispone o bien una norma jurídica, la costumbre o así se dispone en un contrato aceptado por las partes. La LOPD regula, sin mencionarlo de forma expresa, el silencio como expresión del consentimiento en diversos artículos, en los que se afirma que no es necesario el consentimiento, excluyendo formalmente la necesidad del mismo, pero sí exige que se informe al interesado<sup>291</sup>. Ante esta exigencia se permite al interesado que se oponga al tratamiento, de modo que consiente tácitamente el tratamiento de sus datos si no ejerce su derecho de cancelación u oposición a los mismos, pudiendo el responsable seguir utilizándolos.

El origen de éste sistema se establece en el artículo 11 de la Directiva 95/46/CE, que no limita la legitimidad del tratamiento al supuesto de que se haya consentido, sino que establece en el artículo 7 que “los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si: f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva”. Y además la Directiva no distingue como un supuesto especial la cesión de datos. Por tanto podemos entender que la Directiva autoriza el consentimiento tácito, puesto que el responsable está obligado a informar de la existencia del tratamiento no a solicitar y obtener el consentimiento. Y con ello el interesado puede oponerse a dicho tratamiento, conforma al artículo 14. En este mismo sentido se manifiestan los considerandos 39 y 40 de la Directiva. En ella se establece como regla general el principio del consentimiento tácito y admite excepciones en el caso de que la intimidad o los derechos fundamentales que se protegen prevalezcan al interés del responsable del tratamiento o del cesionario.

Sin embargo, en nuestra legislación, este sistema no se regula con tanta claridad, planteando dudas respecto a la admisibilidad del consentimiento tácito<sup>292</sup> prohibiendo en los artículos 6.1 y 11.1 LOPD el tratamiento y la cesión sin

<sup>290</sup> Vid. APARICIO SALOM, J., *op. cit.*, pp. 63-69.

<sup>291</sup> Sirvan de ejemplo lo dispuesto en los artículos 6.2, inciso tercero, los artículos 5.5 y 30.2 de nuestra Ley de Protección de Datos Personales.

<sup>292</sup> No existe en la Ley española un precepto como el transcrito del artículo 7 f) en relación con el 11 de la Directiva.

consentimiento salvo las excepciones establecidas en la misma. Puede parecer que el artículo 27.1 de la LOPD<sup>293</sup> dedicado a la comunicación de la cesión de datos se contradice aparentemente con esta regla pero no es así, ya que este artículo no es reflejo de la Directiva, sino de la LORTAD, y no regula el supuesto de los datos no obtenidos del interesado, sino cualquier tipo de datos, por lo deberá entenderse como regla general al respecto el artículo 11.1 de la LOPD<sup>294</sup> que exige que el consentimiento para la cesión sea previo a ésta.

#### D. REVOCABILIDAD

Respecto a la revocabilidad del consentimiento, recogido en el artículo 6.3, no es acertado el requerir la justa causa para ejercer este derecho, máxime cuando se niega en su ejercicio los efectos retroactivos, puesto que el derecho a la libertad informática incluye que el ciudadano pueda controlar cuándo terceros pueden conocer datos personales que le conciernen.<sup>295</sup>

---

<sup>293</sup> Artículo 27. 1 LOPD: “El responsable del fichero, en el momento en que se efectúe la primera cesión de datos, deberá informar de ello a los afectados, indicando, asimismo, la finalidad del fichero, la naturaleza de los datos que han sido cedidos, y el nombre y dirección del cesionario”.

<sup>294</sup> Artículo 11. 1 LOPD: “Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.”

<sup>295</sup> PEREZ LUÑO, A. E.: *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 137 ss.

## **IX. EL REGLAMENTO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD 994/1999, DE 11 DE JUNIO**

La protección de los derechos y libertades de las personas en relación al tratamiento de sus datos personales conlleva que se adopten medidas de índole técnica y organizativas que garanticen la seguridad y confidencialidad de la información,<sup>296</sup> con la finalidad de preservar el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos personales frente a su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado<sup>297</sup>. El Convenio 108 del Consejo de Europa, incluía un apartado dedicado a la “seguridad de los datos”, que señalaba las medidas de seguridad a tomar contra la destrucción accidental, la pérdida accidental, el acceso, la modificación o la difusión no autorizados de los datos.

Adviértase que ni en la Directiva, ni en el Convenio 108 del Consejo de Europa se establece un régimen jurídico diferenciado por los datos relativos a la ideología, religión o creencias como hace la legislación española.

En el sistema de seguridad de los datos y su tratamiento se mantienen las exigencias de la LORTAD, con la aprobación del Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, por el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio. En la disposición transitoria tercera de la Ley 15/1999, se recoge que continuarán en vigor, con su propio rango, las normas reglamentarias existentes, en especial los Reales Decretos 428/1993, de 26 de marzo, 1332/1994, de 20 de junio y 994/1999, de 11 de junio, en cuanto no se opongan a la Ley 15/1999.

El Real Decreto 994/1999 tiene por objeto el desarrollo de lo dispuesto en el artículo 9 de la LOPD. En este artículo se prevé la obligación del responsable

---

<sup>296</sup> MARTINEZ SANCHEZ M., *op. cit.*, pp. 6-9.

<sup>297</sup> LUCERO GALLARDO L. Y GOMEZ VAZ, M.: “Requerimientos para el cumplimiento del Reglamento de Medidas de Seguridad”, *AIA*, núm. 35, 2000, p. 13.

del fichero y del encargado del tratamiento de adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias para garantizar la seguridad que deben reunir los ficheros, los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas, programas y las personas que intervengan en el tratamiento automatizado de los datos personales. Se cumple así con la exigencia del artículo 9.2 de la LOPD cuando dispone que “no se registrarán datos de carácter personal en ficheros que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas”.

La novedad del artículo 9 de la LOPD en relación a la derogada LORTAD estriba en la ampliación de responsabilidades al encargado del tratamiento de las obligaciones previstas en el mismo. El responsable del fichero, y en su caso, el encargado del tratamiento tienen la obligación de aplicar o adoptar las medidas de seguridad en cada uno de los procesos o fases del tratamiento de los datos. El Reglamento establece tres niveles de seguridad, básico, medio y alto, dependiendo de la naturaleza de la información que se trate y su relación con el riesgo que entraña, sea mayor o menor de garantizar la confidencialidad y la integridad de la información que se tiene almacenada, reforzando la protección de los ficheros conforme se incrementa el nivel de exigencia en las medidas.

La disposición transitoria única establece los plazos de implantación de las medidas de seguridad. Para los sistemas de información que se encontraban en funcionamiento a la entrada en vigor del Reglamento, el plazo<sup>298</sup> de implantación de las medidas de nivel básico finalizaba el 26 de diciembre de 1999. Para las medidas de nivel medio expiró el 26 de junio del 2000 y las de nivel alto finalizaron el 26 de junio del 2001. Para los sistemas de nueva creación, los creados a partir del 26 de junio de 1999, el Reglamento es de aplicación directa.

El ámbito de aplicación previsto en el artículo 1 del Reglamento, se refiere únicamente a los ficheros automatizados, centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas, programas y las personas que intervengan en el tratamiento automatizado. Los ficheros manuales no se encuentran sujetos a la normativa reguladora de las medidas de seguridad, que serán distintas a las exigidas para los ficheros automatizados.

---

<sup>298</sup> Fue ampliado hasta el 26 de marzo del 2000, por el Real Decreto 195/2000, de 11 de febrero, por el que se establece el plazo para implantar las medidas de seguridad de los ficheros automatizados previstas por el reglamento aprobado por el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio.

## X. CONCLUSIONES

1. En torno a los términos intimidad y privacidad, podemos concluir que el ámbito de la intimidad forma parte de la privacidad, y no al contrario. Aunque ambas son reservadas, la privacidad es preservada de la mirada de quienes no forman parte de nuestro entorno personal. No coinciden las acepciones del término privacidad en su vertiente semántica, ya que la Real Academia la define como “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión” y la vertiente jurídica que la considera como la “facultad de controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona”, recogido por la LORTAD en su Exposición de Motivos y el TC en su Sentencia 11/1998, de 13 de enero.

2. La Constitución Española nos ofrece una visión negativa de la informática, pues sólo limita su uso a fin de prevenir los abusos. Sólo considera la informática como una actividad a controlar sin incidir en otras cuestiones ni tener en cuenta la instrumentalidad positiva que su aplicación puede tener. En torno a la redacción definitiva del artículo 18.4 de la CE observamos que el legislador intentaba limitar la innovación tecnológica que emergía con mucha fuerza, a pesar de que la virtualidad y su trascendencia no era comprendida ni abarcada por la totalidad de los constituyentes. Se da una falta de concreción en la fórmula finalmente adoptada, origen de graves conflictos doctrinales y jurisprudenciales en torno a la existencia o no del derecho llamado de protección de datos personales. La redacción del apartado 4 del artículo 18 de la Constitución no supone un anexo de los derechos al honor o la intimidad sino que estamos ante un derecho fundamental autónomo, que merecía haber tenido un tratamiento constitucional diferenciado de aquellos siguiendo a la Constitución portuguesa.

3. El objeto del derecho a la protección de datos es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el artículo 18.1, sino a lo que el Tribunal Constitucional ha definido como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, unidos al respeto de la digni-

dad personal, el derecho al honor y el pleno ejercicio de los derechos de la persona. Amplía su garantía constitucional a los datos que son relevantes para el ejercicio de cualquier derechos de la persona sea o no relativo al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o cualquier otro bien constitucionalmente amparado. Otra peculiaridad que lo distingue del derecho a la intimidad radica en su contenido, ya que confiere a la persona el poder de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido. Estos deberes no se contienen en el derecho a la intimidad y sirve para garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales.

4. A pesar de que la LOPD pretende proteger un derecho fundamental de la persona, la realidad tangible es que el incumplimiento de su normativa es generalizado, por dos motivos básicamente, como son la poca conciencia social existente en torno a la consideración del derecho a la intimidad y la dificultad para identificarlo como un derecho fundamental y el desconocimiento existente acerca de su legislación. Nos queda sin respuesta si de verdad se ha garantizado un nivel de protección adecuado de las libertades y los derechos fundamentales o solamente se ha pretendido crear un marco que pretenda ser un desarrollo teórico de la protección ofrecida. Un factor que nos revela su importancia es que lo encontramos recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales y en el Proyecto de Tratado de la Constitución para Europa como un derecho fundamental y para ampliar la visión de su trascendencia tenemos que mirar al ordenamiento jurídico comunitario ya que supone un avance más en torno a la unificación de los ordenamientos estatales, en concreto en materia de protección de datos.

5. Nuestra Ley Orgánica de Protección de Datos Personales ha dejado numerosas materias sin resolver, aunque ha aportado numerosas novedades, perdiéndose la oportunidad de concertar un sistema jurídico eficaz sobre protección de datos personales en España. Es generalizada la crítica de nuestra doctrina sobre esta cuestión, dudándose si se ha logrado la optimización de una norma discutida en exceso. Un aspecto positivo es que en la LOPD figuren principios y derechos necesarios para una verdadera protección de datos, pero adolece de ambigüedades, que pueden desembocar en una aplicación arbitraria de algunos preceptos, sobre todo en los aspectos de la cesión de datos y el tratamiento de los mismos.

6. El consentimiento constituye el eje central de la ley. La LOPD incorpora novedades frente a la antigua LORTAD, como son la definición y la exigencia de determinados requisitos que refuerzan su validez. Con las propuestas de modificaciones de la LOPD lo que se persigue es que ningún organismo público ni empresa pueda utilizar o intercambiar los datos de los ciudadanos sin la autorización expresa de éstos y adecuar la ley a las sentencias que sobre protección de datos ha dictado el Tribunal Constitucional, donde el ciudadano podría estar

protegido por vía jurisdiccional sin necesidad de reforma alguna. Además esto supone que los partidos políticos al tener en su agenda la Protección de Datos, pueden provocar que los ciudadanos comiencen a tomar conciencia de su privacidad.

7. En torno a los datos personales relativos a la salud se plantean una serie de problemas en torno su definición, por su falta de precisión y claridad. Parece que estamos ante una definición restringida aunque su significado fue cuidadosamente estudiado por el Comité de expertos que participó en su redacción pero en una definición más amplia observamos que los datos administrativos, contables o fiscales relacionados con la salud igualmente deberían ser incluidos.

Se constata la insuficiencia de nuestra legislación, que llama a los principios sanitarios para completar las normas que regulan el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Es necesario un estatuto sanitario que de forma específica, contemple esta protección, que comprenda la tensión entre los derechos fundamentales a la información y a la intimidad, que mantenga el equilibrio necesario entre el respeto al derecho fundamental a la protección de datos y el necesario tratamiento de datos de salud de carácter personal. La doctrina en general, califica de insuficiente, escaso y disperso el rango normativo en esta materia que se viene dictando para llenar esta laguna. Este argumento no debe ser utilizado para desarrollar por vía reglamentaria aquellas cuestiones en las que están interesados derechos fundamentales como son la protección de la intimidad y la garantía del consentimiento. La LOPD no ha abordado esta cuestión, y se refiere a la legislación sobre sanidad en bloque para el desarrollo de las iniciativas que paliar esta necesidad. En cuanto a los datos genéticos la naturaleza del concepto de dato personal se desvirtúa, por la distinción entre lo que es la muestra y la información que esta aporta después de ser analizada. Otras referencias a la telemedicina o la transmisión de datos a través de sistemas abiertos, además de aportar grandes ventajas, suponen un riesgo generado por las nuevas tecnologías para la intimidad de las personas.

8. Además de una Exposición de Motivos, la LOPD carece de un desarrollo reglamentario y se impone la necesidad del mismo, incluyendo en este las mejoras de la Ley, especialmente en lo que respecta a la prestación del consentimiento. Pese a que la LOPD establece en su Disposición Final Primera<sup>299</sup> una habilitación al Gobierno para proceder a su desarrollo reglamentario, el ejecutivo no ha procedido en estos años que lleva en vigor la norma a promulgar el correspondiente reglamento de desarrollo y por ello aún continúa en vigor el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal que desarrollaba de la derogada LORTAD, aprobado por el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio.

---

<sup>299</sup> Disposición Final Primera LOPD: "El Gobierno aprobará, o modificará, las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación y desarrollo de la presente Ley".

9. El reconocimiento y protección de nuevos derechos fundamentales se erige en un cometido importante de la jurisdicción constitucional, la cual, con esta ampliación de su tutela, facilita la permanencia durante largo tiempo de las Constituciones. Se ha tenido que esperar dos décadas largas, desde la redacción de la Constitución española de 1978 hasta llegar a finales del 2000 con la STC 292/2000, de 30 de noviembre, para la consolidación de la existencia del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en España. El tiempo les da la razón a la corriente de autores que apostaron por el reconocimiento de este derecho, especialmente los ya nombrados en este trabajo Lucas Murillo, Pérez Luño y Davara Rodríguez, que con sus trabajos ayudaron a fundamentar, construir y explicar este derecho.

## ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
AIA	Actualidad Informática Aranzadi
BJC	Boletín de Jurisprudencia Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
COM	Comisión de las Comunidades Europeas
DPC	Derecho Privado y Constitución
ENIAC	Electronic Numerical Integrator and Calculator
FERE	Federación Enseñanza Religiosa de España
ID	Informática y Derecho
IS	Inforsalud
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal
LORTAD	Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal
RDP	Revista de Derecho Privado
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
REP	Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)
RGD	Revista General de Derecho
RTS	Tribuna Social- Revista de Seguridad Social y Laboral
RVAD	Revista Vasca de Administración Pública
TCE	Tratado de la Constitución Europea
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
UNIVAC	Universal Automatic Computer
WP	Working Papers



## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: *Derecho civil. Introducción y Parte General*. Vol. II, Bosh, Barcelona, 1977.
- ALONSO MARTINEZ, C.: “Aproximación a determinados conceptos del Real Decreto 994/1999, de 11 de Junio, sobre medidas de seguridad”, *AIA*, núm. 35, 2000.
- ALONSO MARTÍNEZ, C.: “Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito”, *AIA*, núm. 28, 1998.
- ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ J. M. : “La aplicación de la firma electrónica y la protección de datos relativos a la salud”, *AIA*, núm. 39, 2001.
- APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Elcano, 2000.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Protección del honor y la intimidad”, VV.AA. *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo I, Madrid, 1982.
- BETÉS DE TORO, A.: “El derecho de información y los principios legitimadores del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995”, *AIA*, núm. 25, octubre de 1997.
- CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos de carácter personal en Derecho Internacional Privado”, *REDI*, Vol. XLIV, núm. 2, 1992.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V.: “La nueva Ley española de Protección de Datos de Carácter Personal”. [www.comunidad.derecho.org/congreso/ponencia54.html](http://www.comunidad.derecho.org/congreso/ponencia54.html).
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: “Columna del director”, *AIA*, núm. 25, 1997.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: “Informática e intimidad”, *AIA*, núm. 2, 1992.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: “Informática e intimidad (II). El Convenio Europeo de Protección de Datos”, *AIA*, núm. 3, 1992.

- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones*, Fundación Airtel, Madrid, 2000.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. “Libertad de información y derecho fundamental a la protección de datos”, *La voz del experto*, núm. 29, 5 de abril de 2002, [www.bcentral.es/boletines/experto29.asp?a=printable](http://www.bcentral.es/boletines/experto29.asp?a=printable).
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: “Los principios de la protección de datos y los derechos de las personas en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal”, *AIA*, núm. 34, 2000.
- DAVARA RODRIGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, 3ª edición, Aranzadi, Madrid, 2001.
- DIAZ ROJO, J. A.: “Privacidad”, *El cajetín de la lengua*, en la dirección de Internet [www.ucm.es/info/especulo/cajotin/privacid.html](http://www.ucm.es/info/especulo/cajotin/privacid.html).
- DE CUPIS: “La persona humana en el Derecho Privado”, *RDP*, Enero, 1956.
- DE LORENZO R.: “Valoración sociopolítica del desarrollo de la tecnología de la información en el sistema sanitario: aspectos jurídicos.” *AIA*, núm. 39, 2001.
- DEL PESO NAVARRO, E.: “La Seguridad de la Información”, *AIA*, núm. 26, 1998.
- DEL PESO NAVARRO, E.: “Principales diferencias entre la nueva Ley de Protección de Datos y la LORTAD”, *AIA*, núm. 34, 2000.
- Diccionario de la Real Academia Española, edición 2001.
- FERNADEZ LOPEZ, J.: “La nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal de 13 de diciembre de 1999. Su porqué y sus principales novedades”, *AIA*, núm. 34.
- FREIXAS GUTIERREZ, G.: *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*, Bosh, Barcelona, 2001.
- GALÁN BALLESTEROS, A. I. ; YACER SANZ, R. ; FONTANA PUIG, A.; PUERTES MARTÍ, A.; SALAZAR ARJONA, J. L. : *Protección de Datos de Carácter Personal. Legislación y jurisprudencia, Práctica de Derecho* S. L., Valencia, 2001.
- GARCIA GARCIA, C. Y GARCIA GOMEZ, A: *Colisión entre el Derecho a la intimidad y el Derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*, Murcia, 1994.
- GARCIA GARNICA, M. C.: “La protección de los datos relativos a la salud de los trabajadores. (A propósito de la STC 202/1999, de 8 de noviembre)”, *DPC*, núm. 14, 2000.
- GONZALEZ MURUA, A. R. : “El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L. O. 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos Personales”, *WP*, núm. 96, Barcelona, 1994.

- GUTIERREZ SÁNCHEZ, P.: “Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD)”, *AIA*, núm. 28, 1998
- GUTIERREZ SÁNCHEZ, P.: “Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD)”, *AIA*, núm. 28, julio de 1998.
- HEREDERO HIGUERAS, M.: “La protección de los datos personales registrados en soportes informáticos”, *AIA*, núm. 2, 1992.
- HERRAN ORTIZ, A. I.: “La protección de datos personales en la ley orgánica 15/99, de 13 de diciembre”, *III jornadas sobre informática y sociedad*, 2000.
- HERREROS A. : “Ordenador personal”, <http://www.iua.upf.es>.
- HERRERO-TEJEDOR, F.: *La intimidación como derecho fundamental*, 1ª edición, Colex, Madrid, 1998.
- JIMÉNEZ, V.: “La directiva europea de protección de datos presiona a EEUU”, *Diario El Mundo*, 26 de Octubre de 1998, [www.el-mundo.es/navegante/98/octubre/26/datos.html](http://www.el-mundo.es/navegante/98/octubre/26/datos.html).
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa. La protección de los datos personales ante el uso de la informática*, Tecnos, Madrid, 1990.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *REP*, núm. 104, 1999.
- LUCERO GALLARDO L. Y GOMEZ VAZ, M.: “Requerimientos para el cumplimiento del Reglamento de Medidas de Seguridad”, *AIA*, núm. 35, 2000.
- MANSILLA ARCOS. P.: “El derecho de información en la Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos y su aplicación al sector asegurador”, *AIA*, núm. 25, octubre 1997.
- MARCO MARCO, J.: “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1998, de 13 de enero: La vulneración de los derechos fundamentales mediante el uso de datos informáticos automatizados”, *RGD*, núm. 645, 1998.
- MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J. : “El dato sanitario y la protección de la intimidad”, *IS*, 1997, [www.servitel.es/inforsalud97/ponen/8/8.htm](http://www.servitel.es/inforsalud97/ponen/8/8.htm).
- MARTINEZ SANCHEZ, M. : “Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal”, *AIA*, núm. 35, Abril de 2000.

- MOLINERO, C.: *La información y los derechos personales*, Col. Técnico-Universitario núm. 6, Diosa, Barcelona, 1977.
- OROZCO PARDO, G. : “Consideraciones sobre los derechos de acceso y rectificación en el proyecto de ley orgánica de regulación de datos de carácter personal”, *ID*, núm. 6-7, 1994.
- ORTI VALLEJO, A.: “El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)”, *RDPC*, núm. 2 , 1994.
- PEREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1991.
- PEREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1999.
- PEREZ LUÑO, A. E.: *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- PEREZ LUÑO, A. E.: *Manual de Informática y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.
- PEREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, 6ª edición, Pons, 1999.
- PIERINI, A., LORENCES, V., TORNABENE, M.I. : *Hábeas Data: Derecho a la Intimidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.
- PIMENTEL M.: “Los pioneros de la informática”, *Diario de Cádiz*, 12 de Julio de 2001.
- QUILEZA AGRADA, E. : “El derecho a la protección de los datos en la jurisprudencia constitucional”, *III Jornadas sobre Informática y Sociedad*, Madrid, 2001.
- ROMERO COLOMA, A. M. : *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: Honor, intimidad y presunción de inocencia*. 1ª edición, Civitas, Madrid, 2000.
- RUANO ALBERTOS, S.: “Existencia o no de vulneración de los artículos 18.4 y 28.1 de la Constitución Española (Comentario a la STC 11/1998, de 13 de enero)”, *RTS*, núm. 88, 1998.
- RUIZ CARRILLO A.: *La protección de los datos de carácter personal*, 1ª edición, Bosh, Barcelona, 2001.
- RUIZ JIMÉNEZ, J.: “El derecho a la intimidad”, *Diario Ya*, núm. 15, Enero, 1969.
- RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.
- SANCHEZ, A.I.: “Protección de datos en los medios digitales”, *Boletín de la Asociación de Internautas*, [www.seguridad.internautas.org/pdatos.php](http://www.seguridad.internautas.org/pdatos.php).
- SANCHEZ BRAVO, A.: “La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal: Diez consideraciones en torno a su contenido”, *REP*, núm. 111, 2001.

- SANCHEZ BRAVO, A.: *La protección del Derecho a la Libertad Informática en la Unión Europea*, Publicaciones Universidad de Sevilla, 1998.
- SANCHEZ CARAZO, C. y SANCHEZ CARAZO, J. M.: *Protección de datos de carácter personal relativos a la salud*, Madrid, 1999.
- SANTAMARÍA PASTOR: "Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables", *REDC*, núm. 15.
- SARDINA VENTOSA, F.: "El derecho a la intimidad informática y el tratamiento de datos personales para la prevención del fraude" *AIA*, núm. 25, 1997.
- SHANON, C.: "Una teoría matemática de la comunicación", *Bell System Technical Journal* (27), Nueva York, 1948.
- TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Nuevas tecnologías. Intimidad y Protección de datos*, Edisofer, Madrid, 2001.
- TONIATTI, R.: "Libertad informática y Derecho a la protección de los datos personales: principios de legislación comparada", trad. cast. de A. Saiz Arnaiz, *RVAP*, núm. 29, 1991.
- URABAYEN, M.: *Vida Privada e información: un conflicto permanente*, Eunsa, Pamplona, 1977.
- VALLE, J. M.: "El Derecho a la educación, presente en la Carta Europea de Derechos Fundamentales ( y II)", *FERE*, núm. 430, Madrid, 2001.
- VAN DER MENSBRUGGHE, P.: "Flujos transfronterizos de datos de la Directiva 95/46 de las Comunidades Europeas", *AIA*, núm. 20, 1996.
- VIDAL CASERO, M. C.: "El proyecto Genoma Humano. Sus ventajas, sus inconvenientes y sus problemas éticos", [www.aebioetica.org/rtf2/09Vidal.rtf](http://www.aebioetica.org/rtf2/09Vidal.rtf)
- WARREN-BRANDEIS, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 15 diciembre, 1890, pp. 193 a 219. Traducción castellana de Benigno Pendás y Pilar Balsega : *El derecho a la intimidad*, Madrid, Civitas, 1995.
- WIENNER, N.: *Cibernética o el control y comunicación en animales y máquinas*, 1948. Traducción de F. MARTÍN, Tusquets, Barcelona, 1985.



## RELACIÓN DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 relativo a la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.
- Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa 73 (22), de 26 de septiembre de 1973, relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas frente a los bancos de datos electrónicos en el sector privado.
- Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa 74 (29), de 20 de septiembre de 1974, relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas frente a los bancos de datos electrónicos en el sector privado.
- Convenio del Consejo de Europa (108), para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981. BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1985.
- Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales, COM (90) 314 final- SYN 288, 24.09.1990.
- Dictamen sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales, DOCE N° C 159/38, 17.06.1991.
- Dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta de la Comisión al Consejo referente a una directiva relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales, DOCE N° C 94/198, 13.4.1992.
- Directiva 95/46CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 24 de octubre de 1995, sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento automatizado de datos personales y a la libre circulación de datos, DOCE N° L 281/31, 23.11.1995.
- Declaración Universal sobre Genoma y Derechos Humanos de 1997.

- Recomendación del Consejo de Ministros R (97) 18, de 30 de septiembre de 1997, relativa a la protección de datos de carácter personal, recogidos y tratados con fines estadísticos.
- Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 15 de diciembre de 1997, sobre tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, DOCE nº 124, 30.01.1998.
- Convenio Europeo relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina. BOE de 20 de octubre de 1999.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 7 de diciembre del 2000.
- Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, CONV 850/03, 10 de julio del 2003.
- Constitución Española. BOE núm. 311/1, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. BOE núm. 147, de 20 de junio.
- Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal. BOE núm. 262, de 31 de octubre.
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. BOE núm. 268, de 9 de noviembre.
- Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. BOE núm. 99, de 25 de abril.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. BOE núm. 298, de 14 de diciembre.
- Ley Orgánica 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. BOE núm. 313 de 31 de diciembre.
- Proyecto de Ley Orgánica 121/000135, por el que se modifica la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 31 de agosto de 1999, serie A, núm. 135 1.
- Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos. BOE núm. 106, de 4 de mayo.
- Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal. BOE núm. 147, de 21 de junio.
- Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones. BOE núm. 213, de 5 de septiembre de 1998.

- Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal. BOE núm.151, de 25 de junio de 1999.
- Real Decreto 195/2000, de 11 de febrero, por el que se establece el plazo para implantar las medidas de seguridad de los ficheros automatizados previstas por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio. BOE núm.49, de 26 de febrero.
- Orden del Ministerio de Fomento de 21 de marzo del 2000, por la que se regula el sistema de asignación de nombres de dominio de Internet bajo el código del país correspondiente a España (.es). BOE núm. 77, de 30 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgericht) de 15 de diciembre de 1983.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de mayo de 2003. Austria, caso Österreichischer.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 6 de noviembre de 2003. Suecia, caso Linqvist.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril. Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, BOE de 25 de abril de 1981.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 110/84, de 26 de noviembre. Ponente D. Angel Latorre Segura, BOE de 21 de diciembre de 1984.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1985, de 30 de septiembre. Ponente D. Francisco Tomás y Valiente, BOE de 5 de noviembre de 1985.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio. Ponente D. Fernando García-Mon y González Regueral, BOE de 18 de agosto de 1993.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 292/1993, de 18 de octubre. Ponente D. Eugenio Díaz Eimil, BOE de 2 de noviembre de 1993.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1998, de 13 de enero. Ponente D. Enrique Ruiz Vadillo, BOE de 12 de febrero de 1998.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1999, de 22 de julio. Ponente D. Rafael de Mendizábal Allende. BOE de 26 de agosto de 1999.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 202/1999, de 8 de noviembre. Ponente D. Pablo Cachón Villar, BOE de 16 de diciembre de 1999.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre. Ponente D. Julio González Campos, BOE 4 de enero de 2001
- Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre. Ponente D. Julio González Campos, BOE 4 de enero de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 10 de febrero de 1986. Ponente D. José Luis Ruiz Sánchez.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 30 de abril de 1990. Ponente D. José Duret Abeleira.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 3 de marzo de 1995. Ponente D. Pablo García Manzano.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), de 30 de junio de 1995. Ponente D. José Hersilio Ruiz Lanzuela.

Sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 7 de febrero de 1989.





El objeto del derecho a la protección de datos es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el artículo 18.1, sino a lo que el Tribunal Constitucional ha definido como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, unidos al respeto de la dignidad personal, el derecho al honor y el pleno ejercicio de los derechos de la persona.

Amplía su garantía constitucional a los datos que son relevantes para el ejercicio de cualquier derecho de la persona sea o no relativo al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o cualquier otro bien constitucionalmente amparado. Otra peculiaridad que lo distingue del derecho a la intimidad radica en su contenido, ya que confiere a la persona el poder de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido. Estos deberes no se contienen en el derecho a la intimidad y sirven para garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales.

ISBN 84-9772-597-2



9 788497 725972