

## LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES AUTOMATIZADOS: DISTINTOS ASPECTOS

MARINO DE LA LLANA VICENTE \*

**SUMARIO:** Generalidades.—Principales derechos y libertades fundamentales vinculados.—Principios de la protección de datos.—Generales.—Singulares.—Especiales.—Derechos de los titulares de datos.—Protección jurídica.

### GENERALIDADES

El tratamiento de datos personales se ha venido realizando en todas las etapas de la historia, pues ya en la época romana existía la obligación de declarar los nacimientos ante los magistrados. Pero es en la actualidad cuando se ha visto sobredimensionado cuantitativa y cualitativamente, debido a los avances tecnológicos; así, el cambio experimentado en los medios posibilita que hayamos pasado de un tratamiento manual a uno automatizado o, si se quiere, telemático.

La informática, entendida como tratamiento automático de información, con las posibilidades que ofrece de almacenamiento de datos y tratamiento de los mismos, puede llegar a convertirse en un instrumento de control social, pues con la ayuda de las telecomuni-

---

\* Doctorando del Departamento de Derecho Procesal. UNED.

caciones posibilita el cruce inmediato de datos existentes en distintos registros o ficheros.

Este fenómeno puede producir la pérdida de control por parte del titular de los datos personales sobre el tratamiento y utilización de los mismos. Bien pudiera ocurrir que a tales datos tuvieran acceso personas o entidades no autorizadas para ello, o que a partir de un tratamiento determinado sirviera para elaborar un perfil completo de dicho titular, con posibilidad por parte de quien disponga de dicha información, de acceder a un conocimiento de aptitudes, pautas o comportamientos que pertenecen a la esfera privada de la persona y que nuestra Constitución proclama infranqueable. Así el artículo 18.4 de dicha Norma Fundamental establece: *«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»*

Puede observarse fácilmente cómo una incorrecta utilización de los medios informáticos, no acorde con los principios básicos que todo tratamiento automatizado de datos personales debe presidir, puede ocasionar unos efectos agresivos sobre derechos fundamentales de la persona. Es por ello que se hizo necesario adoptar medidas normativas que sirvieran de contrapunto a la utilización de tales medios cuando lo fueren para fines contrarios a derecho.

Seguidamente vamos a abordar distintos aspectos relevantes sobre el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, como son: principales derechos y libertades vinculados a dicho tratamiento, principios y derechos que deben estar presentes en todo el proceso (desde la recogida de datos hasta su utilización), y por último hablaremos de la protección jurídica frente al probable desconocimiento de esos principios y derechos.

Podemos decir que tanto los principios como los derechos, y su protección jurídica, se erigen sin duda alguna en piezas claves y primordiales para la salvaguarda y defensa de esos otros derechos intrínsecamente unidos a la personalidad y dignidad humanas frente al uso ilimitado de la informática, a que hace referencia el artículo 18.4 de la Constitución, que junto con su desarrollo normativo configura el eje central del presente trabajo.

## PRINCIPALES DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES VINCULADOS AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES AUTOMATIZADOS

El antecedente inmediato del artículo 18.4 de la Constitución Española lo encontramos en el artículo 35 de la Constitución Portuguesa de 1.976, que establece: «1.- *Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecánográficos, acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su utilización. 2.- No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos...*»

Esta y otras leyes sobre protección de datos existentes en esa época en Europa y Estados Unidos, llevaron a nuestros constituyentes a incluir el artículo 18.4 en el Texto Constitucional, no exento de debate, pues hubo un sector que lo consideraba redundante, ya que el propio artículo, en su apartado primero contemplaba con carácter general la protección del derecho al honor y a la intimidad, en los que podían quedar englobados cualesquiera ataques el mismo. Otro sector apoyaba su inclusión, así como el establecimiento de la limitación del uso de la informática como garantía constitucional extensible a todos los derechos y, por último, hubo quienes consideraron necesario no sólo extender su garantía a todos los derechos, sino también a todos los procedimientos o medios técnicos que pudieran afectar al ejercicio de libertades. Finalmente se optó por la segunda de las opciones mencionadas.

El artículo 18.4 es un instituto de garantía fundamentalmente de los derechos al honor y a la intimidad, y asimismo se constituye en un instituto de garantía de la llamada «libertad informática». Cabría preguntarse si además de esos derechos pueden derivarse otros, y la respuesta debe ser afirmativa, pues con base en el inciso final del precepto hay que entender que en la medida en que la utilización ilegítima de medios informáticos afecte al ejercicio de cualquier derecho o libertad de las personas, quedará incardinado en la protección del artículo 18.4 C.E.

## 1. DERECHO AL HONOR

Según definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, honor es: *«gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se las granjea»*.

Indudablemente guarda este derecho una relación con el derecho a la intimidad; si bien no hay que confundir honor con vida privada, pues ésta protege la vida personal y familiar, mientras que aquel opera en el ámbito de la reputación de las personas contra alegaciones difamantes relacionadas con su vida privada o sus actividades públicas.

El derecho al honor viene garantizado en la Constitución como un derecho fundamental, recogido en el artículo 18, apartados 1 y 4. Tradicionalmente el Tribunal Constitucional ha vinculado este derecho con el de libre desarrollo de la personalidad, recogido en el artículo 10 del propio Texto, y lo considera como un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás (STC. 53/85 de 11 de Abril).

En un principio, el Tribunal Constitucional dio al honor un significado personalísimo y sólo referido a las personas físicas, si bien esta doctrina fue evolucionando y en la actualidad el derecho al honor también se proclama respecto de las personas jurídicas. El derecho al honor no tiene un contenido unívoco ni se manifiesta inmutable, pues depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento.

En él se encuentran dos aspectos íntimamente relacionados, uno que se manifiesta hacia el interior y aparece como la estimación que cada uno tiene hacia su persona, y otro, que se proyecta hacia el exterior y se muestra como la estimación de los demás hacia nuestra persona; por ello la lesión puede producirse en el ámbito de la intimidad o bien en el ámbito social.

La legislación sobre protección de datos suele vincularse principalmente al derecho a la intimidad, pero es evidente que el

tratamiento automatizado de datos de carácter personal puede lesionar el derecho al honor desde un prisma social, cuando su utilización indebida suponga difamación o la haga desmerecer en la consideración ajena.

## **2. DERECHO A LA INTIMIDAD**

Siguiendo igualmente la definición del Diccionario se puede considerar intimidad: «*zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia*»

Desde el punto de vista jurídico, la intimidad es un Derecho Fundamental reconocido en el artículo 18.1 de la C.E. y por tanto su protección vincula directamente a los poderes públicos e igualmente puede considerarse un bien jurídico, y como tal precisa de protección jurisdiccional, civil y/o penal.

El Tribunal Constitucional en sus diferentes pronunciamientos ha vinculado el derecho a la intimidad con los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada; ámbito por otra parte propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una mínima calidad de vida. Igualmente ha declarado que la intimidad forma parte de una realidad intangible, cuyo contenido viene determinado en cada sociedad y en cada momento histórico.

El derecho a la intimidad no siempre se ha entendido de la misma manera; así hemos pasado de una valoración del mismo como un bien personal, cuya titularidad correspondía en pleno dominio al sujeto, no existiendo por tanto diferencia sustancial con el tratamiento de los bienes muebles o inmuebles, a una concepción moderna, partiendo de la definición de intimidad dada por Warren y Brandeis como «el derecho del individuo de determinar ordinariamente en qué medida sus pensamientos, sentimientos y emociones deben ser comunicados a otros», y siguiendo mas allá, con la dada por Westin como «la pretensión de determinar por sí mismo cuando, como y en qué grado puede comunicarse a otros informaciones sobre él», hemos llegado a la actual *privacy* anglosajona, y que en nuestro país conocemos como privacidad, término éste no recogido en el Diccionario de la Lengua, pero sí utilizado en la Exposición de

Motivos de la Ley Orgánica Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal 5/92, en adelante LORTAD.

La privacidad hace referencia al conjunto de facetas de la persona, que aisladamente consideradas pueden carecer de relevancia, pero que enlazadas entre sí adecuadamente pueden proporcionar un perfil de la personalidad del individuo, el que tiene derecho a mantener reservado.

Desde este punto de vista ha de distinguirse la intimidad de la privacidad. La primera queda reservada para la llamada «esfera íntima», en la que se desarrollan las facetas más particulares de la vida de la persona, como por ejemplo sus relaciones afectivas, de confianza, etc.; esta esfera íntima o intimidad en sentido estricto encuentra su protección en el artículo 18.1 C.E. y sólo pertenece a las personas físicas. En cambio la denominada «privacidad» corresponde a una esfera privada más amplia que aquella, en la que se desarrollan facetas no íntimas, pero que el sujeto no desea que sean conocidas por todos, y a diferencia de la anterior, la titularidad de este derecho abarca también a las personas jurídicas. La relación de estos conceptos opera en un plano de consecuencia, en el cual lo íntimo sería sinónimo de individual y lo privado, con un espectro más amplio, contiene a lo íntimo y lo supera.

Visto el ámbito en que opera la esfera íntima y la privada, hay que tener en cuenta que la mecánica de la protección de datos es complicada y en ocasiones los datos que se protegen no son íntimos y sí personales, y por tanto, en principio inocuos, con lo cual se reclama un ámbito de protección mas amplio para dar respuesta al problema.

Madrid Conesa ha formulado la *Teoría del Mosaico*, según la cual lo privado y lo público se muestran como conceptos relativos en función de quien sea el otro sujeto de la relación informativa y, en segundo lugar, se basa en la existencia de datos que en principio se muestran irrelevantes en relación al derecho a la intimidad, pero que cruzados con otros datos pudieran facilitar la personalidad del sujeto «*al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman los mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado*». De forma que ciertos datos públicos con el tratamiento automatizado adecuado pueden tener incidencia

sobre el derecho a la intimidad. Esta teoría es la que mejor se adapta a los problemas suscitados por la llamada intimidad informática.

### **3. LIBERTAD INFORMÁTICA**

Hay que matizar en primer lugar que se utiliza indistintamente para referirse a la libertad informática el término derecho de autodeterminación informativa, aunque algún autor ha visto en la libertad informática una evolución del derecho a la autodeterminación informativa. A continuación se citarán indistintamente uno u otro término.

Con ocasión de la ya famosa sentencia del Tribunal Constitucional de la antigua R.F.A. de 15 de Diciembre de 1.983, con motivo de la Ley del Censo de Población, cuando se hace referencia al «derecho de autodeterminación informativa», con el que se alude al derecho de toda persona a controlar el flujo de informaciones que a él le conciernen, tanto en la recogida como su posterior tratamiento, y el uso de datos personales, este derecho se articula a su vez a través de una serie de derechos subjetivos, como son el consentimiento, acceso, rectificación, etc.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, cabe preguntarnos si del contenido del artículo 18.4 de la Constitución se desprende un derecho fundamental autónomo, distinto del derecho de intimidad. En este aspecto, la doctrina no es unánime y un sector de ella, entre cuyos defensores cabe citar a Pérez Luño y a Murillo de la Cueva, entiende que el derecho a la intimidad no es el marco adecuado para la protección de datos personales, pues ello supondría afirmar que tal derecho abarca un campo de protección inusitado y le convertiría en un derecho general de la personalidad, en detrimento de otros derechos, por lo que se hace necesario proclamar un nuevo derecho cuyo objeto sería proteger la información individual, sea íntima o no, frente a su utilización ilegítima.

Por el contrario, otro sector de la doctrina defiende que el meritado artículo no establece en sí mismo un derecho fundamental, sino que al limitar el uso de la informática, configura una garantía específica del derecho a la intimidad contenido en el artículo 18.1, así como de forma general del conjunto de derechos de la persona.

Desde este punto de vista, el derecho a la intimidad del artículo 18.1 tiene un doble contenido, uno de exclusión, que supone negar información sobre datos personales, y otro de contenido positivo, que no es otro que la libertad de controlar el uso de los propios datos personales incluidos en bancos de datos. De esta forma el derecho a controlar los datos personales forma parte del derecho a la intimidad y permite la extensión de ese derecho al tratamiento de datos personales automatizados y el de cualquier otra tecnología que en el futuro permita recopilar estas informaciones.

Si el derecho a controlar los datos personales forma parte del derecho a la intimidad, surge la pregunta siguiente: ¿qué protección se dispensa cuando el derecho fundamental atacado por el tratamiento automatizado es distinto del derecho a la intimidad? La respuesta viene dada por los propios derechos fundamentales puestos en peligro, de igual forma que si la lesión viniera producida por cualquier otro medio tecnológico.

Desde este punto de partida y concretamente por Alzaga Villamil, se ha apostillado en relación al artículo 18.4 «se trata de un simple corolario del inciso primero de este artículo de la constitución y es a todas luces innecesario, y si se pensase lo contrario resultaría gravemente incompleto, pues habría que haber sumado las limitaciones imponibles a las publicaciones escritas, a quienes hacen fotografías o revelan películas cinematográficas, por citar algunos supuestos muy llamativos».

El derecho de autodeterminación informativa no viene recogido en nuestra legislación sobre la materia. Es la STC 254/93 de 20 de Julio, sobre el caso Olaverri, la que utiliza por primera vez el término «libertad informática», y en un apartado de la misma se dice: «la llamada *libertad informática* es, así también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)», por otra parte y en relación al derecho a controlar los datos personales, establece «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, provinientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama *la informática*».

Curiosamente llama la atención que posteriormente en el resto de la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional, se abandona esa terminología para afirmar que lo que protege el artículo 18.4 es el derecho a la intimidad, y declara: «que el derecho fundamental a la intimidad (no) agota su contenido en facultades puramente negativas de exclusión. Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados, dependientes de una Administración pública donde obran datos personales de un ciudadano, son absolutamente necesarios para que los intereses protegidos por el artículo 18 de la Constitución y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos. Por ende, dichas facultades de información forman parte del contenido del derecho a la intimidad...».

La jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional, lejos de cerrar esta polémica dá argumentos para que, en base a ella, algunos autores entiendan que la citada sentencia admite que del artículo 18.4 se infiera un derecho fundamental autónomo, cual es el de la «libertad informática», mientras otros autores deducen lo contrario.

También en base a la susodicha sentencia, cabe entender, y ésta es la línea que mas acogida tiene, que si bien del artículo 18.4 se deduce el derecho a controlar los datos personales, este derecho no tiene autonomía propia y queda vinculado al derecho a la intimidad del artículo 18.1, formando parte de su contenido positivo, y así se habla de una subespecie de intimidad, llamada «intimidad informática».

#### **4. DERECHO A LA INFORMACIÓN**

Comprende el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Estamos en presencia de dos derechos distintos pero estrechamente vinculados, como son el derecho a comunicar, que puede considerarse como una aplicación concreta de la libertad de expresión, y de otro distinto, cual es el derecho a recibir libremente esa información.

Al respecto hay que preguntarse qué relación tiene el derecho a la información con el tema que nos ocupa. Para responder a este

interrogante nos debemos aproximar al contenido de la expresión «medio de difusión», al que alude el artículo 20 de la Constitución. Parece claro que es necesario partir de un concepto amplio del término e incluir en el mismo a los servicios de información electrónica que, junto con la prensa, radio y televisión, integrarían su contenido.

Admitido que los servicios de información electrónica pueden considerarse como un medio de difusión mas y, teniendo en cuenta que el derecho a la información, como el resto de los derechos fundamentales, no tiene carácter absoluto y está sujeto a distintas limitaciones, que no son otras que las establecidas en el artículo 20.4 de la propia Constitución, nos encontramos ante una línea de colisión de derechos.

Son numerosos los pronunciamientos que el Tribunal Constitucional ha realizado, con especial incidencia respecto a los derechos de la personalidad, siendo titubeante su jurisprudencia, pudiéndose distinguir tres etapas en la misma: 1) de predominio generalmente de los derechos de la personalidad, 2) de prevalencia de la libertad de información, llegando a decirse en la STC 121/1989 de 3 de Julio que «las libertades del artículo 20 de la Constitución no son sólo derechos fundamentales de la personal, sino también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando estas libertades dotadas para ello de una eficacia que trasciende a la común y propia de los demás derechos fundamentales...», 3) en esta etapa, que llega hasta la actualidad, se impone la doctrina de la proporcionalidad en la limitación de los derechos fundamentales, tras una correcta ponderación entre los derechos en colisión.

Centrándonos en el tema objeto del presente trabajo, el derecho a la información puede colisionar con los derechos de la personalidad, como consecuencia de las comunicaciones públicas de datos personales tratados automatizadamente; la prevalencia de uno u otro derecho debe ser analizada caso por caso, para establecer si la intromisión, en el supuesto de producirse, está plenamente justificada y debidamente amparada, en cuyo caso prevalecería el derecho a la información; de no ser así, el derecho a la información cedería ante los derechos de la personalidad.

## 5. **DERECHO A LA IMAGEN**

No siempre ha sido considerado como un derecho autónomo y generalmente se le integraba en el derecho a la intimidad. Es a partir de la Constitución de 1.978 cuando se le configura dentro de la categoría de los derechos de la personalidad, con entidad propia y diferenciada del derecho a la intimidad, aunque guarda una relación estrecha con éste.

El derecho a la imagen, siguiendo al Profesor Lacruz Berdejo, ofrece dos aspectos: uno negativo, porque prohíbe a terceros obtener, reproducir o divulgar por cualquier medio la imagen de una persona sin su consentimiento, y otro positivo, entendido como la facultad de reproducir la imagen, exponerla, publicarla y comerciar con ella, o controlar esas actividades según criterio y a utilidad propia. Su protección está fundamentada en el respeto al ámbito privado de cada persona, en el que nadie puede entrar sin autorización expresa.

El derecho a la imagen guarda relación con el tratamiento automatizado de datos personales, por cuanto que podría verse lesionado mediante la representación de una persona con finalidad de crear un estado de opinión o de publicidad comercial, sin el consentimiento del afectado.

## PRINCIPIOS DE LA PROTECCION DE DATOS

En primer lugar hay que reseñar que en el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, se pueden distinguir varias fases:

1. recogida de datos,
2. tratamiento de los mismos,
3. utilización del resultado del tratamiento, que en ocasiones puede consistir en difusión.

Estas distintas etapas, perfectamente diferenciadas y cada una de ellas con sus propias características, tienen una incidencia propia a la hora de fijar los principios y derechos que recoge la normativa sobre protección de datos personales.

Del contenido de nuestra Ley reguladora de la materia (LOR-TAD), se deducen distintos principios que se pueden sistematizar de la siguiente forma: principios de carácter general, principios singulares y principios especiales, siendo objeto, a continuación, de exposición separada de cada uno de ellos.

## **I. PRINCIPIOS GENERALES**

Cabe destacar los referentes a la calidad de los datos, recogido por el artículo 4 de la citada Ley; su contenido atiende a las exigencias y previsiones que para estos datos contiene el Convenio Europeo para la protección de las personas, con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1.981 (en adelante Convenio 108 del Consejo de Europa), así como en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (en adelante Directiva 95/46 C.E). Dentro de estos principios podemos distinguir a su vez:

### **a) Principio de adecuación de los datos**

Los datos han de ser proporcionados y no excesivos en relación con el ámbito y finalidad que se persigue. Es fundamental que exista una relación clara entre el fin legítimo del tratamiento y los datos personales que se recaban, no pudiendo ser, por tanto, utilizados para finalidades distintas de aquellas que motivaron su recogida. Esta conexión tiene una doble proyección, de un lado fundamenta la solicitud de datos personales y su tratamiento automatizado, y de otro prohíbe una utilización de esos datos para fin distinto para el que fueron captados.

### **b) Principios de exactitud, veracidad y actualidad de datos**

En este sentido, los responsables de los ficheros, han de observar una especial diligencia en orden a que la información personal de que disponen se corresponda en todo momento con la situación real del afectado, así como la puesta al día de esa información, cuando ello fuere necesario. Para el caso de datos inexactos o incompletos,

se procederá, bien a su cancelación, o bien a la sustitución por otros debidamente rectificadas.

### **c) Principio de transparencia hacia los afectados**

El almacenamiento de datos por parte del responsable del tratamiento de los mismos habrá de llevarse de forma que posibilite el fácil acceso al mismo por los afectados. En ningún caso los datos podrán ser conservados por tiempo superior al necesario, conforme a los fines para los que se hubieran recabado.

## **II. PRINCIPIOS SINGULARES**

Así denominados por cuanto que afectan a momentos concretos del proceso antes expuesto. Cabe distinguir los siguientes:

### **a) Principio de información**

Viene establecido en el artículo 5 de la LORTAD y tiene lugar en el momento de la recogida de datos, en la cual los afectados deben ser informados expresa, precisa e inequívocamente sobre una serie de circunstancias referentes a la libertad de decisión y consecuencias de la misma. Para aquellos supuestos en los cuales la solicitud se haga por medios impresos o cuestionarios, la información deberá figurar de forma clara y legible.

Este principio, que se configura como elemental en el sistema de protección de datos personales, y sobre el que el legislador ha establecido excepciones para aquellos casos en que el contenido de esa información se deduzca claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban. Esta excepción puede resultar inquietante al quedar formulada de manera general e indeterminada, toda vez que puede ser objeto de utilización abusiva, amparando supuestos en los cuales la información no quede suficientemente detallada.

Otra de las excepciones contemplada por el artículo 22.1 hace referencia a cuándo el deber de información impida o dificulte

gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o cuándo afecte a la Defensa Nacional, a la Seguridad Pública o a la persecución de infracciones penales o administrativas.

La excepción parece plenamente justificada en lo referente a la Defensa Nacional, Seguridad Pública o persecución de delitos, no así en cuanto al resto, que ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo, al entender que esta excepción no viene recogida en el Convenio 108 del Consejo de Europa y, por tanto, rebaja el contenido esencial del derecho a la intimidad frente al uso de la informática.

Igualmente fue objeto de impugnación por parte del Grupo Parlamentario Popular, al entender que dicha excepción concede un grado de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que lleva a contrariar el contenido del artículo 18.4.

## **b) Principio del consentimiento del interesado**

Este consentimiento opera tanto en el momento del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, como en el de la cesión de tales datos.

A través de este principio cada persona tiene la posibilidad de determinar el nivel de protección de información a ella referida. Se convierte así en el eje central y elemento mas importante sobre el que gira la normativa sobre protección de datos.

Recoge el artículo 6.1. que «el tratamiento automatizado de datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa». Para luego puntualizar en el apartado segundo del mismo artículo una serie de casos en los cuales no es necesario recabarlos, y que se pueden concretar en tres supuestos: en primer lugar, los datos personales que se recogen de fuentes accesibles al público; en segundo lugar, los que se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas y, por último, cuando se refieran a personas vinculadas por una relación negocial, laboral, administrativa o un contrato, y esos

datos sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato.

En relación a la primera de las excepciones al consentimiento del afectado, hay que decir que el hecho de que los datos se encuentren en fuentes accesibles al público no equivale a que los mismos sean utilizados para cualquier finalidad, y, en todo caso, los responsables de los ficheros habrán de observar el cumplimiento de todos y cada uno de los preceptos relativos a la calidad de los datos, así como a la seguridad y secreto, e igualmente el afectado tiene a su alcance los derechos y garantías que la ley le concede.

Para la segunda de las excepciones vale lo dicho anteriormente respecto a los deberes del responsable del fichero y facultades del afectado, si bien esta excepción ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por el Grupo Parlamentario Popular, al considerar que la excepción citada a la exigencia de la prestación del consentimiento por parte del afectado, implica que no es necesario en ningún caso el consentimiento del interesado para cualquier tratamiento informático de datos personales, si el fichero es de carácter público, lo que significa que el apartado 2 del artículo 6 es manifiestamente inconstitucional al crear una potestad discrecional de grado máximo que vacía de contenido todo posible límite al poder informático establecido en defensa de los derechos fundamentales a favor de cualquier ente público.

Sobre la tercera de las excepciones a la que igualmente serían de aplicación los principios de calidad de datos, seguridad y secreto, así como los derechos del afectado. Al quedar la excepción subordinada a un vínculo existente, sólo cabrá prescindir del consentimiento cuando la recogida de datos personales se produzca dentro de dicho vínculo. Esta excepción no autoriza a la cesión libre de datos referentes a la relación negocial existente entre el cedente y el afectado y si estaría justificada en el supuesto de que la cesión fuera necesaria para cumplir con la finalidad de la relación negocial.

Respecto a la prestación del consentimiento, y teniendo en cuenta que no cabe su prestación de modo absoluto e incondicionado y sí para supuestos concretos y delimitados, se admite la revocación por causa justificada y sin que tenga efectos retroactivos.

No es pacífica la doctrina sobre lo que haya de entenderse por «causa justificada»; hay coincidencia en que no debe ser utilizada como escudo que ampare la revocación unilateral del consentimiento prestado, sin atender otros intereses que también pueden verse afectados.

Con referencia a los «efectos retroactivos», el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala Primera de 16 de Junio de 1.990 sostiene que «estando reconocido el derecho a revocar en cualquier momento el consentimiento otorgado, es lógico que esta revocación deberá dirigirse a la persona beneficiaria de la autorización y producir sus efectos proyectados hacia el futuro; nunca con carácter retroactivo». La proclamada irretroactividad podría haberse contemplado en la ley como no aplicable para aquellos casos en los cuales se emitió un consentimiento fraudulento por afectar derechos de terceros.

Por último hay que señalar que el consentimiento no está sometido a formalidad alguna, salvo para los llamados «datos sensibles», en los que deberá ser expreso, y para algunos supuestos además, escrito. Pero al margen de esta clase de datos hay que admitir junto al consentimiento expreso manifestado en cualquiera de sus formas, el consentimiento presunto, siempre que, atendiendo a determinadas circunstancias, se pueda atribuir una declaración de voluntad inequívoca y clara.

### **c) Cesión de datos**

Vienen recogidos en el artículo 11 de la LORTAD las condiciones y requisitos en que podrán ser cedidos datos personales. Esta cesión de datos puede resultar problemática, teniendo en cuenta por un lado que a través de la cesión de datos a otros ficheros se puede facilitar el cruce de los mismos, y por otro lado la propia cesión puede dar lugar a la utilización de los datos para un uso diferente para el que se habían recabado y perder el afectado el control sobre ellos. Para evitar en lo posible este conflicto se prevé que sólo se pueden ceder los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado, para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario, y asimismo se exige el consentimiento del afectado; si bien este consentimiento previo no es preciso en una serie de circunstancias que se determinan.

De entre las excepciones a la prestación del consentimiento destaca por su conflictividad la que hace referencia a la cesión que se produzca entre las Administraciones Públicas en los supuestos previstos en el artículo 19, concretamente el apartado 1 de este último artículo admite las cesiones de datos entre Administraciones que ejerzan las mismas competencias y sobre las mismas materias, y seguidamente contempla la cesión cuando hubiere sido prevista por las normas de creación de fichero o por otras posteriores de igual o superior rango, con lo que de alguna manera se pueden burlar los requisitos anteriores y posibilitar el flujo de datos entre Administraciones, con la salvedad de que sea contemplado por un reglamento o una ley, lo que a todas luces parece insuficiente por no responder a las exigencias constitucionales que una habilitación reglamentaria sirva para que sin el consentimiento del afectado circulen datos a él referentes, entre distintas Administraciones que en ejercicio de sus funciones recabaron o trataron tales datos. Un claro ejemplo de este supuesto son los datos obrantes en la Agencia Tributaria o en la Administración de Justicia.

Este artículo 19.1 ha sido objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad por el Defensor del Pueblo y por el Grupo Parlamentario Popular al entender que al posibilitar la cesión entre Administraciones mediante reglamento, quiebra la institución de la reserva de ley, a la que consideran que está sujeto el consentimiento de las personas para el tratamiento de sus datos personales.

Igualmente se contempla por el artículo 19.2 de la LORTAD la cesión sin necesidad de recabar el consentimiento del afectado, de los datos de carácter personal que una Administración obtenga o elabore con destino a otra. Con esta previsión lo que autoriza la ley no es la cesión a cualquier Administración desde la de origen, sino que se está pensando en una cooperación entre Administraciones que, necesariamente ha de estar autorizada por una ley.

Por el contrario, se requerirá consentimiento del afectado cuando la cesión se produzca desde ficheros de titularidad pública a ficheros de titularidad privada, salvo que la ley disponga otra cosa.

En la cesión de datos de ficheros de titularidad privada se obliga al responsable del fichero cedente a poner en conocimiento de los afectados, en el momento en que tenga lugar por primera vez la

cesión de sus datos, una serie de circunstancias en orden a la identificación y localización del cesionario, así como a la finalidad del fichero y naturaleza de los datos cedidos. Como en anteriores ocasiones sobre esta obligación, se establecen excepciones en una serie de supuestos, cuales son:

- Cuando lo requiera la naturaleza de una relación jurídica libre y legítimamente aceptada por el afectado
- Cuando tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, al Ministerio Fiscal o a Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus funciones.
- Cuando la cesión se produzca entre las Administraciones Públicas.
- Cuando los datos hayan sido sometidos a un proceso de disociación.
- Cuando la cesión venga impuesta por la ley.

No se entiende muy bien si este precepto está regulando los ficheros de titularidad privada, como es que hace referencia a las cesiones que se produzcan entre Administraciones Públicas. Sin duda alguna será para recalcar que lo dispuesto en el mismo no es de aplicación a los ficheros de titularidad pública.

### **III. PRINCIPIOS ESPECIALES**

Afectan a los denominados «datos sensibles», que son aquellos que están íntimamente vinculados al núcleo de la personalidad y dignidad humana y ocupan un lugar destacado en la ley para su protección ante la posibilidad de que sean utilizados por tratamientos informáticos. Concretamente nos referimos a los datos relativos a los siguientes ámbitos: la ideología, religión o creencias, la raza, la salud, la vida sexual y los que tengan que ver con infracciones penales o administrativas. No todos ellos gozan del mismo status, y así podemos distinguir tres categorías:

La primera hace referencia a los datos relativos a la ideología, religión o creencias; para su tratamiento se exige el consentimiento

expreso y por escrito del afectado y será necesario cuando se recabe la autorización que se advierta al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.

En la segunda categoría se encuentran los datos que afectan al origen racial, la salud y la vida sexual, que podrán ser recabados, tratados automáticamente y cedidos cuando el afectado consienta expresamente o cuando por interés general una ley así lo disponga. Como se puede observar el consentimiento a que se hace referencia, con tal de ser expreso, podrá adoptar cualquier forma y no tiene que ser necesariamente escrito, a diferencia del exigido para la categoría anterior. Respecto al tratamiento de datos, cuando por interés general una ley así lo disponga, la propia LORTAD hace uso de ello en su artículo 8, en relación a los datos relativos a la salud, al permitir a los Centros Sanitarios públicos y privados y a los profesionales de la sanidad tratar esos datos relativos a la salud de las personas que acudan a ellos o hayan de ser tratados en los mismos. O en el caso del artículo 11.2 f), que prescinde del consentimiento del afectado para la cesión de datos personales relativos a la salud cuando sea necesario solucionar una urgencia que lo requiera o para realizar estudios epidemiológicos.

Estas dos categorías gozan, además, de la prohibición de crear ficheros con la finalidad exclusiva de almacenar datos personales que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual, con independencia de que sean de titularidad pública o privada. Parece obvio lo que con esta prohibición se pretende evitar.

Por último, en la tercera categoría tenemos datos personales referidos a la comisión de infracciones penales o administrativas. Con relación a estos datos el Convenio 108 del Consejo de Europa, en su artículo 6 solamente hace referencia a las condenas penales, si bien la Directiva 95/46 C.E. en su artículo 5 alude a infracciones, condenas penales, sanciones administrativas e incluso a procesos civiles. De conformidad con el artículo 7.5 de la LORTAD estos datos solamente podrán figurar en los ficheros automatizados de las Administraciones Públicas, exigiéndose que esta Administración tenga competencia sobre la materia. Por tanto, no cualquier fichero de titularidad pública podrá recabarlos.

La protección que el legislador ha dispensado a los denominados «datos sensibles» es diferenciada, así para las dos primeras categorías,

el desconocimiento de los límites impuestos por la ley supone una infracción muy grave (artículo 43.4 c). En el caso de la tercera categoría, ese desconocimiento no viene tipificado como objeto de sanción de forma directa, como en el supuesto anterior, y en la generalidad de los casos podrá ser considerado como falta grave, por la vía del artículo 43.3 d).

## LOS DERECHOS DE LOS TITULARES DE DATOS

Como no podía ser de otra forma, dado el carácter tuitivo de la LORTAD, ésta pone a disposición de los titulares de datos personales, distintos medios de defensa para que puedan hacer uso de ellos frente a los responsables de ficheros automatizados, tanto si se trata de ficheros de titularidad privada como de ficheros de titularidad pública.

### **a) Derecho de información**

Recogido en el artículo 13 de la LORTAD, viene referido a la posibilidad que tiene cualquier persona de conocer por medio del Registro General de Protección de Datos, la existencia de ficheros automatizados de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del fichero. Dicha consulta es pública y gratuita.

La creación de este Registro, se antoja indispensable como medio en el que obligatoriamente han de constar la existencia de los ficheros automatizados de datos de carácter personal, que servirá para que el particular pueda obtener información necesaria de cara al ejercicio de sus derechos subjetivos en la materia. Sin la existencia de ese Registro sería muy difícil poder ejercitar tales derechos, pues en la mayoría de los casos desconoceríamos a quien y cómo dirigirnos. Hay que destacar que la negativa a facilitar la información solicitada constituye una conducta tipificada como falta grave (artículo 43.3. e)

### **b) Derecho de acceso**

Se configura como un derecho subjetivo contemplado en el artículo 14 de la LORTAD y consiste en la facultad de que dispone el

afectado para solicitar y obtener información del titular del fichero automatizado acerca de los datos personales que sobre él obren en sus registros.

El ejercicio de este derecho se puede realizar de distintas formas, que van desde la simple consulta directa hasta la comunicación de los datos mediante telecopia. De todo ello se deduce que lo fundamental no es la forma, sino que el afectado tenga constancia de manera clara, inteligible y completa de lo que obra en el fichero en relación a su persona; si bien el ejercicio de este derecho se encuentra restringido a intervalos de tiempo no inferiores a doce meses, a excepción de aquellos casos en que se acredite un interés legítimo al efecto, en los cuales el acceso no se vería afectado por este periodo de tiempo.

En este sentido, tanto el Convenio 108 del Consejo de Europa como la Directiva 95/46 se refieren al derecho de acceso con una periodicidad razonable. Por otro lado la LORTAD nada dice en cuanto a si el ejercicio de este derecho ha de ser gratuito, por lo que se entiende que los responsables del fichero pueden cobrar un canon por ello. Tanto el Convenio como la Directiva mencionados dejan abierta la puerta al respecto y señalan que el derecho de acceso se ejercitará sin gastos excesivos; pero en ningún caso, de exigirse un canon, podrá ser tan desproporcionado que supusiera una seria traba para la efectividad del derecho.

### **c) 1. Exclusión del derecho de acceso**

Una vez mas se repite el esquema que desarrolla la LORTAD y, junto al reconocimiento de un derecho, lleva consigo una serie de excepciones a su ejercicio. Estas excepciones pueden ser sistematizadas en tres apartados, todos ellos referentes a ficheros de titularidad pública:

- Ficheros automatizados de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, creados con fines distintos a los meramente administrativos. Sus responsables podrán negar el acceso en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando sobre determinada materia (recogido en el artículo 21.1. de la LORTAD).

- **Ficheros de la Hacienda Pública.** Sus responsables podrán denegar el acceso, cuando el mismo obstaculice las actuaciones administrativas tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias o cuando el afectado esté siendo objeto de actuaciones inspectoras (artículo 21.2 de la LORTAD).

- **Ficheros de titularidad pública.** Sus responsables podrán denegar el ejercicio del derecho de acceso por razones de interés público o de interés de terceros mas dignos de protección (artículo 22.2 de la LORTAD).

De las exclusiones citadas, la tercera ha suscitado polémica hasta el punto que el precepto que la recoge ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo y del Grupo Parlamentario Popular, al entender que el derecho de acceso forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad, frente al uso de la informática y ambas excepciones tienen un grado tal de indeterminación que posibilitan dejar sin contenido el artículo 18.4 de la Constitución Española. Por su parte, el Defensor del Pueblo, respecto a la excepción «por interés de un tercero más digno de protección» ha argumentado, que si el mismo fuera referido a derechos y libertades fundamentales de las personas, no plantearía problemas de constitucionalidad, pero, a su parecer, la excepción abarca mas allá de los derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que considera inconstitucional, al ampliar la excepción el citado derecho de acceso más de lo que permite el contenido esencial del derecho a la intimidad frente al uso de la informática.

Respecto a los datos de carácter personal recogidos en ficheros de titularidad privada, la exclusión del derecho de acceso únicamente podrá ser denegada cuando la solicitud sea formulada por persona distinta del afectado.

Por último, hemos de destacar que el impedimento o la obstaculización del ejercicio del derecho de acceso se consideran conductas tipificadas como falta grave.

#### **d) Derecho de rectificación**

Viene reconocido en el artículo 15 de la LORTAD, junto con el derecho de cancelación, y tiene por finalidad procurar la corrección

de aquellos datos que resulten inexactos, así como la integración de aquellos otros que resulten incompletos.

El reconocimiento de este derecho al afectado no exime al responsable del fichero, del cumplimiento del principio de calidad de los datos en orden a que los mismos sean exactos y actualizados. En el caso de que no fuera así, se impone la obligación para que de oficio se proceda a su sustitución por los datos rectificadas y completos.

Sin duda alguna, para una mayor protección, además de la obligación aludida anteriormente, se reconoce el derecho de rectificación. Una vez ejercido éste, el responsable del fichero dispone de un plazo de cinco días para hacer efectivo el derecho.

Al igual que en el apartado anterior, nada se dispone en la ley sobre el carácter gratuito o no del ejercicio de este derecho, si bien debemos entender que deberá ser gratuito, toda vez que existe la obligación por parte del titular del fichero de que los datos que consten sean exactos y correctos, y por tanto no tiene sentido que el ejercicio de un derecho, que tiende a dar cumplimiento a esa exigencia, haya de ser pagado.

### **c) 1. Exclusión del derecho de rectificación**

En relación al ejercicio de este derecho, se contemplan una serie de excepciones que son las mismas que se han reseñado respecto al derecho de acceso para los ficheros de titularidad pública, por lo que damos por reproducido lo dicho, y en igual sentido cabe decir en relación al recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 22.2 de la LORTAD.

### **d) Derecho de cancelación**

Como ya se ha dicho, viene recogido, junto con el derecho de rectificación, en el artículo 15 de la LORTAD y su finalidad es eliminar del fichero aquellos datos personales que no deban figurar en él, ya sea porque nunca debieron ser registrados o porque otras causas exigen su eliminación.

La cancelación viene contemplada en dos vertientes, una como obligación del responsable del fichero, que se le impone de oficio en aquellos casos en que los datos sean inexactos o incompletos, y cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad que hubieron sido recabados o registrados; entiendo que igualmente deberán ser cancelados de oficio en aquellos supuestos en los cuales el responsable del fichero tuviera constancia que los datos habían sido obtenidos en contra de las prohibiciones expresamente formuladas por la LORTAD, sin necesidad de petición del afectado.

La otra vertiente contemplada, que viene a reforzar el sistema de protección, es el derecho del afectado a solicitarla en aquellos supuestos en que proceda. Una vez solicitada la cancelación, el plazo de que dispone el titular del fichero para hacerla efectiva es de cinco días, al igual que para la rectificación, siendo aplicable igualmente para la cancelación lo dicho sobre la gratuidad en aquella.

#### **e) 1. Exclusión del derecho de cancelación**

Con referencia a los ficheros de titularidad pública, operan las mismas excepciones que se han reflejado para los derechos de acceso y rectificación, y asimismo es aplicable lo dicho sobre el recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 22.2 de la LORTAD.

El artículo 15.4 de la LORTAD recoge una serie de supuestos en los que la cancelación no procede cuando pudiere causar un perjuicio a intereses legítimos del afectado o de terceros, o cuando hubiere una obligación de conservar los datos.

El primero de los supuestos señalados ha de entenderse referido a la cancelación de oficio y no a la solicitada por el propio afectado, pues iría en contra del principio de autonomía de la voluntad; así no se entendería que, solicitada la cancelación por el propio afectado, el responsable del fichero la denegara so pretexto de ocasionar perjuicio a los intereses del propio solicitante.

El segundo de los casos opera tanto para la cancelación de oficio como a la solicitada por el afectado y habrían de ponderarse

los intereses en juego y, en función de la prevalencia de unos u otros, habría de acordarse o no la cancelación.

El tercer supuesto igualmente es aplicable tanto a la cancelación de oficio como a la instada por el afectado. La polémica desatada radica en saber de donde deriva esa obligación de conservar los datos, ya que parece insuficiente que tal decisión pueda ser adoptada por el responsable del fichero pues ello atentaría contra derechos fundamentales obvios, por lo que hay que entender que dicha obligación de conservar ha de establecerse mediante ley, dada la materia a que nos estamos refiriendo.

Por último, cabe decir que el procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso, rectificación y cancelación ha sido establecido por los artículos 12 y 15 respectivamente del Real Decreto 1332/94 de desarrollo de determinados aspectos de la LORTAD.

#### **f) Derecho de impugnación**

Una vez mas se hace necesario aludir a los peligros que el uso inadecuado de los tratamientos informatizados de datos de carácter personal pueden ocasionar. Sin duda alguna, el legislador era consciente de ese peligro cuando introdujo el artículo 12 de la LORTAD, ya que este precepto se configura como un medio de defensa a disposición de los afectados por dicho tratamiento, para aquellos supuestos en los que habiendo sido recogidos conforme a ley datos personales para su informatización, posteriormente esos datos se relacionan con otros de distinta naturaleza, y así se puede conseguir un perfil de la persona que puede tener relevancia en determinados momentos, favoreciéndole o perjudicándole; por ejemplo, para la concesión de un préstamo o consecución de un empleo.

De esta manera, la persona afectada tiene la posibilidad de impugnar una decisión privada o administrativa que le perjudica y que esté fundada exclusivamente en una valoración de su persona, como consecuencia de una elaboración automatizada. Ahora bien, entiendo que en la mayoría de los supuestos será muy difícil probar que esa decisión perjudicial para el afectado ha sido exclusivamente adoptada en función de ese perfil recabado, por lo que la aplicación práctica de este derecho puede quedar cercenada desde el principio.

## PROTECCION JURIDICA DE LOS DERECHOS

Seguidamente vamos a afrontar el análisis de la protección jurídica de los derechos afectados por el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, desde una triple vertiente: administrativa, civil y penal.

### **1. PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA**

La LORTAD contiene en su Título VII todo un elenco de infracciones y sanciones, describiendo con todo detalle los ilícitos contemplados desde el Derecho Administrativo, así como su castigo, distinguiendo entre faltas leves, graves y muy graves y asignado a cada una de las categorías una determinada sanción.

La potestad sancionadora en vía administrativa viene encomendada a la Agencia de Protección de Datos, institución inspirada en la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, existente en la legislación francesa. Dicha Agencia de Protección de Datos se configura como un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia, plena capacidad e independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones.

Tiene encomendadas funciones de supervisión de los ficheros automatizados de datos de titularidad pública y privada, de verificación de la ordenación establecida y de corrección y sanción de los incumplimientos de las previsiones contempladas en la LORTAD. Se puede observar que la Agencia de Protección de Datos tiene asignadas importantes funciones en orden a garantizar el cumplimiento de la legalidad en la materia; los afectados podrán reclamar ante este organismo la tutela de sus derechos, a través del procedimiento establecido al efecto y pudiendo realizar esta reclamación con independencia de que se trate de ficheros de titularidad pública o privada.

La reclamación se establece como una posibilidad, sin que en ningún momento pueda entenderse que la misma constituye vía previa a una futura reclamación jurisdiccional. El afectado puede optar entre la reclamación ante la Agencia de Protección de Datos o acudir directamente a la vía jurisdiccional, y para el caso de que haya optado por la reclamación ante la Agencia, la resolución de

recaiga en el expediente, será susceptible del oportuno recurso contencioso-administrativo.

## 2. *PROTECCIÓN CIVIL*

La primera cuestión que hay que abordar es la de establecer el cauce procesal a través del cual se puede reclamar la reparación del derecho al honor o intimidad que ha sido vulnerado como consecuencia del tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

En primer lugar hemos de distinguir si nos encontramos ante un fichero de titularidad pública o privada, ya que el régimen aplicable es diferente en cada caso. Tratándose de **un fichero de titularidad pública**, el afectado que desee acudir directamente a la vía jurisdiccional, deberá formular su reclamación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pudiendo optar dentro de ésta por el proceso ordinario o por el fijado por la Sección 2ª de la Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. La utilización de cualquiera de los procesos se considera como vía previa para interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En el caso de lesiones o daños a bienes o derechos del afectado ocasionados por incumplimiento por parte del responsable de **ficheros de titularidad privada**, el afectado deberá acudir a la jurisdicción ordinaria, pudiendo utilizar los cauces procesales recogidos en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de Mayo de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, aunque la aplicación de la regulación procesal de esta ley no está exenta de polémica, toda vez que con la promulgación de la LORTAD se deroga expresamente la Disposición Transitoria Primera de la Ley 1/82, que establecía la aplicación de la misma en tanto no se promulgara la normativa prevista en el artículo 18.4 de la Constitución Española.

En relación a la polémica desatada, la mayor parte de la doctrina se inclina por la aplicación de la regulación procesal contenida en la Ley 1/82, toda vez que la LORTAD lo que hace es poner fin a un régimen transitorio de regulación sobre la materia, de tal forma que para los casos de intromisiones ilegítimas en el derecho al honor o

intimidad, derivadas del uso de la informática, la LORTAD se aplica en sustitución de la Ley Orgánica 1/82, pero dejando subsistente el derecho garantista contenido en esta última.

En consecuencia, el afectado podrá utilizar los procesos ordinarios establecidos con carácter general, o podrá optar por la vía del procedimiento previsto en la Sección 3ª de la Ley 62/78, e igualmente, en aquellos casos que proceda, podrá formular recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Entiendo que en los casos en que el afectado únicamente quisiera reclamar una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por una intromisión ilegítima en su privacidad, podría recurrir a la vía del artículo 1.902 del Código Civil, por medio del juicio declarativo que correspondiera en razón a la cuantía económica del procedimiento.

### 3. PROTECCIÓN PENAL

El Código Penal de 1.995, en su Título X, bajo la rúbrica de «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», y concretamente en su artículo 197 castiga:

*«... al que sin estar autorizado se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de un tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos, y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero».*

El apartado tercero del mismo artículo agrava la pena «*si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos descubiertos*», y extiende la pena «*...al que con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita anteriormente*». En los apartados cuarto, quinto y sexto del precepto citado, se configuran tipos agravados, cuando los hechos «*se realizan por personas encargadas o responsables de los ficheros*» (apartado 4º), «*... afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual...*» (apartado 5º), «*... se realicen con fines lucrativos...*» (apartado 6º).

Del contenido del artículo 197 del Código Penal se deduce que solamente aparecen incriminadas aquellas conductas que se describen en relación a datos personales ya existentes en archivos o ficheros, dejando impunes conductas que se pueden desarrollar en la fase de recogida de datos para la formación de ficheros, como por ejemplo, la infracción del principio del consentimiento o del derecho de información de aquellos afectados de los que se soliciten datos personales. Igualmente quedan fuera de la protección penal aquellos otros derechos que la LORTAD reconoce a los afectados, como son el derecho de impugnación de valoraciones, el de información, el de acceso y el de rectificación y cancelación.

En relación a los llamados «datos sensibles», el legislador ha previsto para su garantía penal un tipo agravado, que se justifica en función de la tutela que la Constitución y la propia LORTAD otorgan a estos datos. Llama la atención al respecto que no se incrimine la recogida fraudulenta de los mismos, para su inclusión en un registro, pues ello contrasta con la tutela penal reforzada que el legislador ha previsto para esta clase de datos, así como con la prohibición de esos registros cuando son concebidos con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual que se prevé en la LORTAD.

Sin duda alguna, el legislador, siguiendo los principios informadores del derecho penal, su condición de última ratio y, en especial, el principio de intervención mínima, ha tipificado penalmente aquellas conductas que más gravemente puedan afectar a la esfera privada de la persona mediante la utilización de medios informáticos.

Por último, cabe decir que para la persecución penal de las conductas descritas es necesaria denuncia por parte de la persona agraviada o de su representante legal, salvo en aquellos casos en que la infracción penal haya afectado a un número importante de agraviados, en cuyo caso, el delito podría ser perseguido de oficio.

## BIBLIOGRAFIA

- R. VELAZQUEZ BAUTISTA, *Protección Jurídica de Datos Personales*, Madrid 1993.  
ORTÍ VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática*, Granada 1994.

- M.A. DAVARA RODRIGUEZ, «La protección de datos en Europa», *Encuentros sobre Informática y Derecho*, Madrid 1998.
- P. LUCAS MURILLO, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid 1990
- P. LUCAS MURILLO, *Informática y protección de datos personales*, Madrid 1993.
- F. MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Valencia 1994.
- E. PÉREZ LUÑO, «La protección de la intimidad frente la informática en la Constitución», *Rev. Estudios Políticos*, nº 9 de 1979
- E. PÉREZ LUÑO, «Informática y libertad. Comentario del artículo 18.4 C.E.», *Rev. Estudios Políticos*, nº 24 de 1981.
- GONZÁLEZ MURCIA, «Comentario de la STC 254/93 de 20 de Julio», *Rev. Vasca de Administración Pública*, nº 37.
- C. RUIZ MIGUEL, «El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español», *Rev. General del Derecho*.
- M. MARCHENA GÓMEZ, «Intimidación informática: la protección jurisdiccional del Habeas Data», *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, nº 1768.
- V. GIMENO SENDRA, «El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad», *La Ley*, 1997-3