Lagunas y limitaciones de la legislación española

POR **MANUEL SÁNCHEZ DE DIEGO**

Aunque sea necesario compaginar el derecho a la información con el de la intimidad ante las bases de datos, la normativa española es dispersa, ignora el derecho de acceso de los periodistas y obstaculiza el ejercicio del periodismo de precisión.

INTRODUCCIÓN

El acceso a las bases de datos es un tema que excede al Periodismo de Precisión. Afecta al periodismo tradicional, al periodismo de investigación… en definitiva el periodista de hoy y de mañana precisa la información que se encuentra en bases de datos, bien para confirmar sus fuentes, o como fuente en sí.

Se ha dicho metafóricamente que hoy en día Garganta Profunda se encuentra en los datos codificados y almacenados en los archivos informáticos, y así lo han demostrado los últimos ganadores de los premios Pulitzer.

Un periodista de investigación tradicional podría sacar adelante su reportaje gracias a un confidente situado en un Ministerio, pero en un trabajo propio del periodismo de precisión se hace imprescindible utilizar recursos informáticos y tener acceso a las fuentes de información.

Lo cual puede entrar en conflicto con otros bienes jurídicamente protegidos, en particular con la intimidad de las personas. Como cuestión previa al acceso a las bases de datos y a la intimidad de las personas es interesante reflexionar sobre el valor de la información, de la informática y la trascendencia de su regulación jurídica. En primer lugar quiero llamar la atención sobre algo que es comúnmente admitido: «la información es poder».
En palabras de Alvarez-Cienfuegos: «La información, de la indole que sea, se ha converlido en un bien jurídico de extraordinario valor. No sólo mueve intereses económicos importantes, sino que, también, constituye un elemento imprescindible para el desarrollo de múltiples iniciativas públicas y privadas» (1). En segundo lugar, creo que hay que considerar a la informática como un instrumento que multiplica de forma asombrosa las capacidades del hombre y, por tanto, incrementa sus potencialidades.

Fundación Telefónica
Telefónica

Los medios informáticos posibilitan que las acciones del hombre sean más eficaces con menos medios y, ello en sus múltiples facetas de medio de cálculo, auxiliar en la toma de decisiones, comprobador de sistemas, herramienta de diseño, etc., incluso como sustituto de la persona humana para la realización de tareas repetitivas.
Posiblemente una de las facetas en donde la informática se ha revelado más espectacular es en la correspondiente al tratamiento de información: el almacenamiento máximo de datos, la rápida recuperación y, lo que es más importante, la posibilidad de cruce de datos y autogeneración de nueva información.

El binomio informática-información, por ser un instrumento de poder, es objeto de especial atención y preocupación por parte de la doctrina jurídica. Se pueden hacer las siguientes reflexiones al respecto:

1. Si se veta el acceso de los ciudadanos a los medios informáticos y sus recursos, a la información en este caso, se crearán situaciones de desigualdad e incluso de alienación. En este sentido Pérez Luño afirma que Wcontemporáneamente se produce una agresión a la igualdad, más implacable que en cualquier otro período histórico, desde el momento en que se desarrolla una profunda disparidad entre quienes poseen, o tienen acceso, al poder informático y quienes se hallan marginados de su disfrute» (2).

2. En cuanto instrumento, la informática es susceptible de una utilización contraria al propio ser humano y, en concreto, se ha convertido en un peligroso medio que permite -violar de forma cuasi impune la intimidad de las personas a través de una manipulación informática de los datos personales. En palabras del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la proliferación de centros de datos ha permitido, gracias a los avances tecnológicos, producir un perfil de la personalidad, incluso en el ámbito de su intimidad, convirtiéndose así el ciudadano en un hombre de cristal (3).

Este riesgo es especialmente grave cuando ese poder informático concurre con los poderes propios de las autoridades públicas. La opinión pública es sensible a este peligro, ya planteado noveladamente en varias ocasiones.

Así pues, se hace imprescindible que la normativa jurídica regule el binomio informática-información a partir de principios como el acceso en condiciones de igualdad a los datos de archivos públicos y la protección de la intimidad de la persona. Una posible solución muy simple consistiría en establecer normas jurídicas que conformasen sistemas informáticos absolutamente cerrados, sólo accesibles a personas autorizadas expresamente para ello (4). Sin embargo ello no es posible, ni deseable.

El avance científico y técnico facilita que los dispositivos de seguridad más sofisticados salten por los aires ante un estudiante ingenioso. De igual forma, establecer sistemas absolutamente cerrados supondría que determinadas personas fuesen especialmente poderosas en razón de la posesión de información en exclusiva.

Otra posible solución, diemetralmente opuesta, supondría la total apertura de las bases de datos. Ello también generaría múltiples dificultades. Comenzando por la negativa de las bases

Fundación Telefónica
Telefónica

de datos de titularidad privada a su publicidad, incluso se podría alegar que una medida jurídica que obligase a la apertura total de un fichero informatizado supondría una auténtica expropiación, exigiéndose un justi precio. También se podría argumentar que una medida jurídica de esa índole desvirtuaría un mercado libre y por tanto posibilitaría la competencia desleal de compañías que se aprovechasen de los recursos, los esfuerzos de investigación de mercado, de listas de clientes, etc. de otras empresas.

En general, una norma de absoluta apertura de las bases de datos al público generaría múltiples dificultades a la seguridad nacional, la investigación de delitos y la intimidad de las personas.

En definitiva, la regulación jurídica de las bases de datos exige soluciones más complejas. Dos son los aspectos más importantes en relación a este problema jurídico: me refiero en primer lugar a la transparencia de las bases de datos de titularidad pública, como mecanismo de participación del ciudadano en los beneficios del Estado, en este caso en el poder informático; y por otro lado, la intimidad de las personas como límite al poder informático.

Antes de abordar las dos cuestiones que nos ocupan: la transparencia de las bases de datos y la intimidad informática de las personas, quisiera que quedase claro que para afrontarla situación generada por los avances tecnológicos se precisa una decidida regulación jurídica que ha de completarse con otros mecanismos técnicos, educacionales y de todo tipo que permitan un adecuado aprovechamiento de los recursos irformáticos, sin que por ello la igualdad y la libertad se vean burladas.

ACCESO A LAS BASES DE DATOS: DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS A LA TRANSPARENCIA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

En el continente europeo la mayoría de los países ha mantenido históricamente el principio de confidencialidad de los documentos administrativos. Se han empleado muy diversos argumentos para explicar dicho principio de confidencialidad: el continuismo histórico propio de Estados absolutistas (5), la eficacia administrativa, la protección de la intimidad o el honor de los particulares, los secretos de estado, la actitud recelosa de los funcionarios a perder su poder…

Dicho principio comienza a quebrarse, tímidamente, cuando se reconoce el derecho del administrado a conocer el expediente del que es parte interesada. Esta apertura de los archivos administrativos es sólo una primera fase en la que no se defiende la transparencia de la gestión administrativa per se, sino el derecho de defensa del administrado.

A medida que existe una mayor conciencia social sobre el poder de la información, el principio de confidencialidad «ha sido progresivamente contestado, solicitándose desde diversas instancias sociales una inversión del sistema, mediante la conversión en regla del acceso a tales documentos, quedando la confidencialidad como excepción», tal y como manifiesta Souviron Morenilla (6). Hoy en día podemos referirnos a la necesaria transparencia de la acción administrativa por motivos de control del actuar administrativo, así como por exigencia del derecho a la información.Perspectiva constitucional sobre el acceso a archivos y registros

Fundación Telefónica
Telefónica

administrativos En nuestro pais, la aparición dentro del título IV -Del Gobiemo y de la Administración- de la Constitución Española del artículo 105 b) (7) ha supuesto un importante paso adelante en favor de los ciudadanos y de la transparencia de los archivos de la Administración, aunque hemos de confesar que existe una importante división de la doctrina sobre el significado y contenido de dicho precepto; así como una interpretación de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de fecha 16 de octubre de 1979 (8) que niega la eficacia inmediata del artículo 105 b) y afirma su mero carácter programático. El mencionado artículo 105 establece en su párrafo b) que la Ley regulará (9):

El acceso de los ciudadanos 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 A la pregunta de si consagra el artículo 105 b) un derecho fundamental ha respondido De la Oliva que «no consagra este precepto, desde luego, un derecho fundamental, puesto que si la facultad de acceder a archivos y registros se estimase comprendida en el derecho a obtener o recibir información, tal derecho surgiría ex artículo 20, como lo entienden por ejemplo Muñoz Machado y Sainz Moreno» (10).

Sin embargo, Desantes aboga por su reconocimiento como derecho fundamental (11) al entender que el artículo 105 b) se refiere al derecho a la documentación (12) y que dicho derecho se inscribe en el derecho a la información. Al respecto Desantes manifiesta: «el derecho del artículo 105 b) no es otra cosa que la consolidación específica con respecto a los documentos administrativos y a los mensajes en ellos contenidos de la facultad de investigación, una de las que componen el derecho a la información, implícitamente reconocido en el artículo 20 de la Constitución en virtud de la integración normativa del artículo 96 e interpretativa del artículo 10.2» (13).

En efecto, la referencia a la interpretación según el 10.2 supone acudir a la Declaración Universal de Derechos Humanos, en este caso al artículo 19, y a los tratados internacionales que sobre la materia haya ratificado España y reconocer dentro de las libertades de expresión recogidas en el artículo 20.1, la facultad de investigar que expresamente se reconoce en los textos internacionales y sobre la que nada se dice en el reiterado artículo 20.

De esta forma, el artículo 105 b) puesto en relación con el 20 (interpretado de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos, tal y como exige el artículo 10.2) adquiere una mayor relevancia al no limitarse a ser un mero cauce de defensa del ciudadano frente a la Adrninistración o de control de la misma y constituirse en un derecho fundamental, cuya razón básica es conseguir una opinión pública libre, una transparencia de la acción administrativa y, en último caso, un cauce de participación efectiva del ciudadano en la res pública. Tal interpretación doctrinal aún está por plasmarse en las normas jurídicas españolas y por ser una realidad jurídica en nuestro país.

Normativa legal sobre transparencia de archivos

Archivos cuyo fin es dar a la publicidad sus datos La transparencia debería ser máxima en los archivos cuya finalidad es dar a conocer al público los datos en ellos contenidos, tal es el caso del Registro Mercantil o de los Registros de la Propiedad.

Fundación Telefónica
Telefónica

Sin embargo, el acceso a los datos recogidos en dichos Registros se ha de realizar por la persona interesada.
Dicho interés lo apreciará el Registrador, aunque como recoge la Instrucción sobre Publicidad de los Registros de la Propiedad, «podrá dispensar la justificación del interés a las personas o entidades cuando la obtención de la información registral constituya el objeto específico de sus actividades profesionales o empresariales o sea elemento esencial para su regular desenvolvimiento (entidades y organismos públicos, entidades financieras, profesionales del derecho, detectives, gestores, agentes de la propiedad inmobiliaria, informadores comerciales, verificadores de fincas y demás profesionales que desempeñen actividades similares)» (14).

Obsérvese que esa situación de presunción de intereses, y por tanto de privilegio, se menciona a detectives, profesionales del derecho… pero nada se dice de los periodistas. Así pues, si a juicio del responsable del Registro de la Propiedad no existe un interés directo, «el Registrador podrá exigir la acreditación del encargo recibido y la concreción de éste a personas o fincas determinadas». Lo más avanzado sobre transparencia lo encontramos en el acceso a los datos del Registro Mercantil (15) a través del servicio IBERTEX (VIDEOTEX) (16) de Telefónica. Sin embargo, dicho acceso precisa un previo convenio entre el Registro Mercantil Central y el usuario; además los datos que ofrece (17) son sólo los relativos al contenido esencial de los asientos y los inscritos desde el 1 de enero de 1990.

A pesar de ello, lo cierto es que en algunas ocasiones los periodistas han visto obstaculizada su labor de investigación por los encargados de los Registros. Tal fue el caso del la venta de inmuebles de la Cruz Roja Española en el Registro de la Propiedad. En muchos casos. el periodista prefiere no mencionar su condición de tal o enviar a buscar esos datos a mensajeros u ordenanzas del medio de comunicación que de forma más discreta y, en algunos casos, gracias a personas conocidas, consiguen antes la información.

Ficheros de datos agregados. La Estadística Pública

Los datos manejados en la Función Estadística y en los organismos de encuestas dependientes del Gobiemo (CIS) (18) no deben ser datos personales, en tanto que no son atribuibles a personas identificadas o identificables, sino datos agregados en donde el anonimato se convierte en una garantía para el propio individuo y para los propios datos estadísticos.

Así pues, los cuestionarios del censo, el tratamiento de los mismos y la publicidad de los datos obtenidos deberán en todo caso preservar la intimidad de las personas. Si exceptuamos las medidas de control de la fiabilidad de las encuestas que se pueden realizar en el mismo momento de recogida de los cuestionarios, no existe ninguna razón para que los datos no sean anónimos desde el mismo momento de la recogida del cuestionario. En segundo lugar hemos de abogar por la publicidad de los datos de estos organismos. La Función Pública Estadística, mediante un importante esfuerzo editorial, pone al alcance del público una gran parte de su información.

Sin embargo, sería también sumamente interesante que los investigadores, los periodistas y en general cualquier persona interesada pudiese acceder a los datos agregados en bruto para

Fundación Telefónica
Telefónica

poder realizar su investigación de forma más flexible. El artículo 5 del Decreto 1526/1990 reconoce el libre acceso al banco de datos del Centro de Investigaciones Sociológicas. Pese a ello, existe la posibilidad que una deterrninada encuesta o estudio demore excesivamente su ingreso en la base de datos. La excusa tradicional de «se está tabulando» puede acarrear una demora de 5 ó 6 meses desde que se realiza una encuesta hasta que se incluye en la base de datos del CIS. Además, los estudios realizados mediante convenio de cooperación, segiún la Disposición Adicional Tercera, párrafo 4 del mismo Decreto, «salvo estipulación en contrario, no podrán ser utilizados por el archivo o banco de datos del CIS durante el plazo de un año a partir de su entrega». En definitiva, pese a las buenas intenciones normativas, el CIS sigue en manos del Gobiemo que controla su funcionamiento.

Por último, como ejemplo de una incorrecta terminología de algunas normas españolas, quisiéramos llamar la atención sobre el artículo 4.1 de la Ley 12/89, de 9 de mayo, de la Función Estadistica Pública. En dicho artículo, al establecerse los principios generales en la recogida de datos, dice:

La recogida de datos con fines estadísticos se ajustará a los principios de secreto, transparencia, especialidad y proporcionalidad.

Parece una contradicción la mención de los principios de secreto y transparencia. Son conceptos y términos contrarios. Claro que el artículo 4.3 de dicha Ley se encarga de descafeinar el principio de transparencia:

En aplicación del principio de transparencia, los sujetos que suministren datos tienen derecho a obtener plena información, y los servicios estadísticos obligación de proporcionarla, sobre la protección que se dispensa a los datos obtenidos y la finalidad con la que se recaban.

Con lo cual la transparencia se limita a «la protección que se dispensa a los datos» y a la «finalidad de la toma de datos». Evidentemente esta no es la transparencia a la que nos referimos, ni a la que se refiere el artículo 105 b) de la Constitución. La que debería existire relaciona con el acceso a los datos por parte de los particulares, así como una transparencia no sólo de los datos, también de la forma de operar de los organismos de la Función Estadística Pública.

Normas sobre transparencia administrativa

En nuestra legislación, la apertura más avanzada la protagonizaron los artículos 62 y 63.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (17/7/1958) aunque el derecho de información de los expedientes administrativos se limitaba a los interesados, a conocer el estado de tramitación y a obtener copia certificada de los extremos concretos contenidos en el expediente. Dicha normativa es historia desde que el pasado mes de marzo de 1993 entró en vigor la Ley 30/92, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E., 27 de noviembrede 1992) (19). Por su parte el artículo 7 de la Ley 14/66, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta (B.O.E. de 19 de marzo de 1966) sobre el derecho a obtener información oficial dice:

Fundación Telefónica
Telefónica

1. El Gobiemo, la Administración y las Entidades públicas deberán facilitar información sobre sus actos a todas las publicaciones periódicas y agencias informativas en la forma que legal o reglamentariamente se determine.

2. La actividad de los expresados órganos y de la Administración de Justicia será reservada cuando por precepto de la Ley o por su propia naturaleza sus actuaciones, disposiciones o acuerdos no sean públicos o cuando los documentos o actos en que se formalicen sean declarados reservados.

En términos generales, en España existe una gran dispersión normativa en lo que se refiere a la transparencia administrativa y/o al secreto, y todo ello sin contar la normativa de las comunidades autónomas. La nueva normativa de la Ley 30/92 tiene un arranque realmente esperanzador. El apartado 1 del artículo 37 cuando se refiere al derecho de acceso a Archivos y Registros, dice:

1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de solicitud

Por su parte, el párrafo 2 del artículo 45 de la misma Ley refiriéndose a la incorporación de medios técnicos a la Administración dice:

2. Cuando sea compatible con los medios técnicos de que dispongan las Administraciones Públicas, los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respecto de las garantías previstas en cada procedimiento.

Sin embargo, las excepciones al derecho de acceso y las restricciones correspondientes se recogen a lo largo de los otros nueve largos párrafos del artículo 37. Es curioso cómo se prevén en el artículo 37. 6. f) disposiciones específicas en: f) el acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local.

También el aráculo 37 en su párrafo 7 establece un privilegio en favor de investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante:

7. El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos, debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean inveshgadores que acrediten un interés histórico,científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.

Fundación Telefónica

De los periodistas no se dice nada. A la vista de algunas reflexiones doctrinales, no es de extrañar dicha falta de mención. Pomed Sánchez (20) entiende que la redacción del artículo 105 b) de la CE presenta una doble virtualidad un régimen generalizado de acceso a la documentación administrativa y la existencia de supuestos específicos (privilegiados) de acceso que habrán de plasmarse en la normativa sectorial.

Dicho autor excluye expresamente a los periodistas del régimen privilegiado: «supuestos privilegiados que serán tales en consideración a la indudable transcendencia social que habrán de presentar las funciones desempeñadas por sus titulares y que habrá de ser apreciada, en todo caso, por el legislador ordinario. Lo que obliga a constatar la imposibilidad de ampliar, en los momentos actuales, estos regímenes privilegiados a quienes, como es el caso de los periodistas, no han sido objeto de especial consideración por parte del legislador con respecto a la normación de dicho régimen» (21). Aunque hay que aclarar que el régimen privilegiado lo limita a los Parlamentarios y al Defensor del Pueblo (22).

La protección de la intimidad en los archivos informatizados

Tanto en las legislaciones norteamericana como francesa concurren norrnas que protegen la intimidad de las personas frente a los sistemas informáticos y normas de acceso a los archivos administrativos.

Un ordenamiento jundico equilibrado exigirá una adecuada regulación de ambos derechos. Sin embargo, parece que en España (23) existe una tendencia a primar la protección de la intimidad. En nuestro país, ya el artículo 105 b) de la Constitución Espanola contempla el derecho a la intimidad de los individuos como una restricción para hacer públicos los archivos administrativos. El derecho a la intimidad se encuentra mencionado junto con el derecho al honor y el derecho a la propia imagen en el artículo 18 de la Constitución Espanola. Como respuesta a la exigencia constitucional del artículo 18.4 de la Constitución Española se ha promulgado la Ley Orgánica 5/1992, 29 de octubre de 1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

Esta Ley establece en beneficio de las personas una serie de cautelas respecto de las bases de datos públicas y privadas: cuando se pueden introducir datos personales, la seguridad de la base de datos, el deber de guardar secreto, cuando se pueden ceder (trasladar) los datos, los derechos de los afectados a acceder y modificar y, en su caso, cancelar los datos… Más adelante trataremos de dicha Ley Orgánica denominada LORTAD.

Además de esta Ley, lo más significativo es lo que no aparece: un tratamiento diferenciado de las bases de datos pertenecientes a los medios de comunicación social, mientras que reciben un tratamiento más favorable artículos 28 a 30 -los ficheros sobre solvencia patrimonial, los que tienen fines publicitarios o los relativos a encues- tas e investigaciones científicas o médicas. Legalmente sería posible mediante la Agencia de Protección de Datos que instaura la Ley Organica 5/1992 y que depende del Gobiemo, controlar los ficheros de datos de los medios de comunicación social; lo cual no es constitucionalmente admisible desde la perspectiva de la libertad de información.

Fundación Telefónica
Telefónica

EL DERECHO A LA INTIMIDAD INFORMÁTICA: UN NUEVO DERECHO

Determinados datos privados son protegidos jurídicamente frente a la curiosidad de terceros o de los poderes públicos por el derecho a la intimidad. En ellos la naturaleza íntima del dato es la razón de tal protección.

La denominación

Se han empleado los términos derecho a la autodeterminación informahva (24) como traducción de Recht auf informationelle Selbstbestimmung o, también derecho a la autodeterminación informática para referirse a la protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización, la transmisión y, en su caso, la difusión de datos concernientes a una persona por medios automatizados. Tal denominación del derecho a la autodeterminación informativa procede de la doctrina alemana que la utiliza desde 1971 (25) y que ha sido consagrada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania a partir de la sentencia de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo de Población (26). La denominación viene deterrninada por la apoyatura constitucional de la protección de datos.

Al no existir en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 una referencia expresa del derecho a la intimidad, en Alemania se ha procedido a construir conceptualmente y a amparar el derecho a la intimidad a partir del derecho a la dignidad de la persona hunana (artículo 1.1) y del derecho al libre desarrollo de la personalidad. De esta forma, no es extraño que sea de la dignidad y de la libertad, entendida como libre autodeterrninación, de donde deriva la facultad de la persona de «deducir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida» (27).

Esto explica la terminología de derecho a la autodeterminación informativa, pero la expresión derecho a la autodeterminación tiene en la actualidad, tanto en el derecho internacional como constitucional, y a nivel general, una significación muy precisa -refenda a la capacidad de los pueblos a determinar su destino político- y totalmente diferente a la que se le quiere dar. Si la Ley Fundamental de Bonn hubiese recogido explícitamente el derecho a la intimidad, seguramente en estos momentos el término derecho a la intimidad informática sería el comúnmente aceptado.

De igual forma, referirnos a una libertad informática (28) puede plantear una idea errónea sobre su significado, pues tal expresión parece apuntar a la capacidad para acceder a la informática…

Es por todo ello que proponemos el término de derecho a la intimidad informática. Cierto que esta expresión no facilita la diferenciación con el derecho a la intimidad (29) y que ello puede suponer un problema a la hora de configurar como autónomo este derecho. Sin embargo, una vez establecida la independencia del derecho a la intimidad informática respecto del derecho a la intimidad, la expresión derecho a la intimidad informática creemos que es la más adecuada, porque expresa el origen de este derecho y no induce a confusión con otros derechos totalmente distintos.

Fundación Telefónica
Telefónica

Caracteres generales

Cuando nos referimos al derecho a la intimidad informática, la protección de los datos de carácter privado no se realiza por la naturaleza más o menos intima de los datos, sino por el hecho de que esos datos van a ser procesados de forma automática (30).

La posibilidad técnica de procesar muchos datos en principio inofensivos, esto es, no sensibles a la intimidad, y de obtener una radiografía moral, política, social o, incluso, psicológica de una persona concreta, ha supuesto el desarrollo de un derecho a la intimidad informática. El derecho a la intimidad informática hunde sus raices en el derecho a la intimidad (31); ahora bien, presenta varias peculiaridades respecto a este derecho fundamental. Tras este derecho hurnano se encuentra la idea de que la información es poder y la utilización incontrolada de ese poder genera quiebras importantes de los principios de libertad e igualdad, comenzando por los derechos a la intimidad y el honor.

Regulación constitucional

La Constitución española, siguiendo la linea de las constituciones más avanzadas (32), recogió este derecho a la intimidad informática, y lo hizo en un apartado del precepto que comienza garantizando el derecho al honor, a la intimidad, y a la propia imagen (33). En concreto el artículo 18 establece en su apartado 4°:

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.

Esta Ley que menciona el artículo 18.4, en virlud del artículo 81 de la Constitución española deberá tener el rango de Ley Orgánica (34) y respetar el contenido esencial del derecho, tal y como exige el artículo 53.1 de la Norma Fundamental (35). Por encontrarse recogido dentro de la sección del capítulo 2° del Título I, el derecho a la intimidad informática es un derecho fundamental de los especialmente protegidos. Asimismo por tratarse la Constitución de una norma de aplicación directa, este derecho fundamental puede ser invocado ante los órganos de justicia sin necesidad de esperar a la norma que lo desarrolle. Trataremos de fijar el contenido esencial (36) del derecho a la intimidad informática.

Lucas Murillo, al referirse al contenido de este derecho, entiende que está integrado «por las diferentes facultades que se le reconocen (al individuo) para controlar el uso de información personal que le atañe tanto en el momento de la recogida de los datos, cuanto en el de su tratarniento y conservación, como, en fin, en el de la transmisión» (37). En este sentido, el contenido esencial del derecho a la intimidad informática consistirá en el derecho de toda persona a controlar sus datos de carácter personal tratados informáticamente.

Este contenido esencial supone un control sobre la colecta de información, o mejor dicho, la recogida de datos para ser introducidos en un sistema informático; sobre el tratamiento automatizado de los datos -que supone «registro de los datos, aplicación a esos datos de operaciones lógicas aritméticas, su modificación, borrado o extracción»-, la reproducción o difusión ae los datos de carácter personal o de los resultados obtenidos a partir de ellos y, por

Fundación Telefónica
Telefónica

último, ese control exige que el sujeto pueda tener conocimiento de las bases de datos en donde pudieran figurar sus datos personales y pueda acceder a sus datos. Así pues, entendemos que el derecho a la intimidad informática se proyecta sobre los tres momentos claves por los que circulan los datos de carácter personal:

– el momento previo a ser introducidos en un ordenador, esto es, la captura o recogida de la información; – una vez que se encuentran los datos dentro del sistema informático (todo lo referente a la conservación y tratarniento automatizado de los datos), y, en tercer lugar; – la difusión de los datos después de ser recuperados.

Comenzando por este último aspecto del derecho a la intimidad informática hemos de manifestar que la facultad de la persona de controlar los datos cuando se transmiten desde el sistema informático tiene una doble perspectiva. Por un lado, la difusión de los datos y toda su problemática se reconduce al tradicional derecho a la intimidado en su caso al derecho al honor, incluso en aquellas informaciones que haya proporcionado el sistema informático a resultas de un cruce de datos (piénsese en el perfil psicológico de una persona, o la valoración sobre la reputación profesional y ética de un empresario. . .). Por otro lado, es importante señalar la posibilidad que tiene la persona afectada de conocer a quienes le han sido transmitidos sus datos y qué finalidad persigue el que recibe los datos.

El problema que se plantea relacionado con el control de los datos ya introducidos en el sistema informático es el más complejo. A este asunto la doctrina ha dedicado un especial interés y se ha permitido configurar un llamado habeas data (38) que Pérez Luño define como «la facultad de las personas de conocer y controlar las informaciones que les conciernen procesadas en bancos de datos informatizados» (39). Podría desglosar este derecho en las facultades de cualquier persona de:

– conocer la existencia de bases de datos – fichero automatizado- y las características de las mismas -finalidad, con qué otras bases de datos se cruza información. . .- en donde pudieran figurar datos personales propios; – conocer la información que en una base de datos exista acerca de él; – poder rectificar la información errónea o inapropiada que le afecte; – recurrir a la autoridad competente, incluso a la vía judicial, en el caso de serle impedida la realización de alguna de las anteriores facultades.

De los tres momento sobre los que se proyecta el derecho a la intimidad informática es el previo el que corresponde a la captación de datos, en donde la protección a la intimidad informática parece más fácil.

A la vista del Convenio Europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal podemos preguntarnos si el derecho a la intimidad informática protege al particular también en el momento de la captación de datos. El punto 31 de la memoria explicativa de dicho convenio entiende que la colecta de información queda fuera de la noción de tratamiento automatizado. Esta interpretación no impide que el Convenio contemple la colecta de datos y la necesidad de establecer un control sobre la misma. En concreto, el artlculo 12 en el caso de flujos transfronterizos de datos se refiere también a los «datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado o reunidos con el

Fundación Telefónica
Telefónica

fin de someterlos a ese tratanmiento». Más explícito es el artículo 5 del Convenio que establece: Los datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado:

a) se obtendrán y tratarán leal y legítimamente;

b) se registrarán para finalidades determinadas y legítimas, y no se utilizarán de una forma incompatible con dichas finabdades

La Ley Orgánica, del que a continuación nos ocuparemos, despeja múltiples dudas entre ellas ésta, al establecer mecanismos de limitación en la recogida de datos para su tratamiento informático.

El desarrollo de la intimidad informática: el por qué de la LORTAD

El mandato constitucional del artículo 18.4 aparenta ser la razón que movió al Gobiemo a enviar un proyecto de Ley Orgánica a las Cortes Españolas. Sin embargo, el porqué se legisló en ese momento y no antes parece que obedece más a la necesidad de adecuar nuestra normativa a la propia de los países comunitarios, que a la existencia de una sensibilidad del Ejecutivo español respecto del derecho a la intimidad informática.

Varias son las razones que nos hacen sospechar esa falta de sensibilidad, comenzando por el retraso en enviar el proyecto de Ley al Congreso de los Diputados. Hemos tenido que esperar casi 13 años desde que en 1978 la Constitución estableció la obligación de legislar sobre el tema. Y de esa inacción es primer responsable el Gobiemo después de que el 22 de marzo de 1987, hace casi cinco años, se hubo aprobado en el Congreso de los Diputados una moción del Grupo Parlamentario Socialista instando al Gobierno a enviar el correspondiente proyecto de Ley.

Además, ante las proposiciones de Ley sobre protección de datos del Grupo Parlamentario Popular (2-IV-1987) y de Izquierda Unida- Ezquerra Catalana (16-VI-1988), la mayoría que sostiene al Gobierno decidió en ambos casos esperar elproyecto de Ley del Ejecutivo. Cierto que la firma del Convenio Europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal obligó de alguna forma a tomar medidas que se plasmaron en una provisional e insuficiente disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 1182, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen -norma tristemente famosa porque ha servido para solicitar a los medios de comunicación millonarias cifras como indemnizaciones. Dicha disposición establece que:

En tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo 18, apartado 4 de la Constitución, la protección civil del honor,la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se desarrollarán por la presente ley.

La falta de sensibilidad del Ejecutivo procede no sólo del retraso en regular el derecho a la intimidad infomnática o del bloqueo sistemático de las proposiciones de Ley de la oposición, también se aprecia en la redacción de la LORTAD. Norma que si es importante por su

Fundación Telefónica
Telefónica

aparición, resulta bastante insatisfactoria en varios extremos.

La posibilidad de transmisión de datos más allá de las fronteras, el llamado flujo transfronterizo de datos, es en última instancia la causa de la Ley Orgánica que nos ocupa. A nivel internacional -comenzando por el artículo 12 del ya mencionado Convenio Europeo número 108- se exige que para el libre flujo transfronterizo de datos, el país de destino cuente con un sistema de protección de datos equivalente al del país de origen de los datos.

La falta en España de un eficaz sistema de protección de datos adecuado significaría la exclusión de nuestro país de un espacio uniforme, en donde el libre flujo de datos «constituye una auténtica necesidad de la vida actual de la que las transferencias bancarias, las reservas de pasajes aéreos o el auxilio judicial internacional pueden ser simples botones de muestra» (40). Coherente con esta idea la propia Ley Orgánica dedica un título al Movimiento internacional de datos -artículos 32 y 33- en donde como principio general se establece que «no podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal…con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que preste la presente Ley…».

De alguna forma si tenemos presente el por qué se legisla sobre la protección de datos de carácter personal, podremos entender mejor cuáles son los principios que inspiran dicha norma y qué aspectos de dicha norma nacen deficientes. En concreto, esto nos permitirá entender la carencia de un principio de transparencia general de los ficheros automatizados en el proyecto de LORTAD y por qué no ha afrontado cuestiones directamente relacionadas como la regulación del acceso de los ciudadanos a los archivos administrativos artículo 105 b) de la Constitución espanola-.

Algunas de las ideas que subyacen en la LORTAD

La parte de la vida humana que la LORTAD viene a proteger se encuentra en el ámbito privado. Es la privacidad el objeto de este proyecto de Ley. Así se reconoce en la propia exposición de motivos del proyecto de Ley:

El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de privacidad, y no de intimidad: aquella es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de las personas -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo- la privacidad constituye un conjunto más aplio, 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 …

El hecho de que la privacidad del individuo sea el objeto de protección del proyecto de Ley Orgánica que nos ocupa, ha suscitado la pregunta de si al no estar el derecho a la privacidad expresamente recogido en la Constitución española, no es preciso que la protección de este

Fundación Telefónica
Telefónica

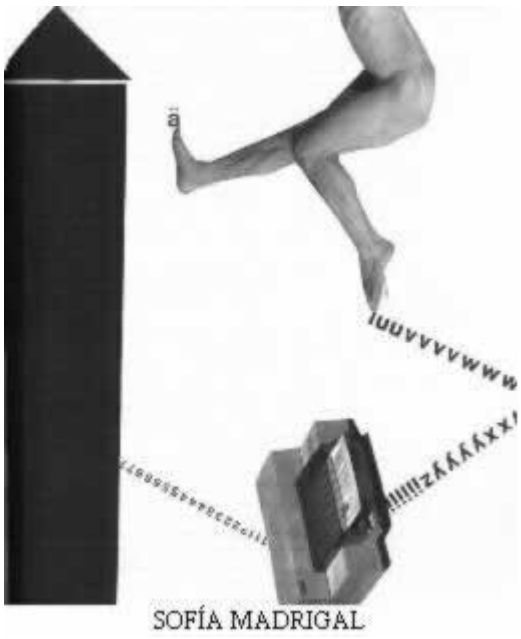
derecho se realice mediante una Ley Orgánica, bastando para ello una simple Ley ordinaria. Esta cuestión, a nuestro juicio, ha de ser resuelta negando tal posibilidad. Entendemos, tal y como antes hemos sostenido, que es preciso una regulación mediante Ley Organica. Es cierto que el proyecto de LORTAD se ocupa de los datos privados de las personas y no únicamente de los datos íntimos. Pero, y esto es lo importante, el hecho es que el tratamiento automatizado de esos datos personales, privados aunque no íntimos, permite el conocimiento de la intimidad de la persona.

De ahí que en último término el objeto de protección de la LORTAD, diga lo que diga su exposición de motivos, es el derecho a la intimidad. Es más, se protege la intimidad frente a las agresiones provenientes de los sistemas informáticos capaces de almacenar, procesar, generar y proporcionar datos de las personas. De ahí la denominación escogida de derecho a la intimidad informática en tanto en cuanto que la protección no se limita a los datos íntimos o los sensibles, sino también a los privados; por lo que dicho derecho tiene un principio diferenciador con el simple derecho a la intimidad. En segundo lugar observamos que la protección se realiza desde mecanismos cautelares, tal y como establece la propia exposición de motivos:

La ley está animada por la idea de implantar mecanismos cautelares que prevengan las violaciones…

Pese a que esto es cierto, tarnbien lo es que el proyecto de LORTAD establece importantes mecanismos de control a posteriori, en especial una Agencia de Protección de Datos encargada de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la LORTAD y todo un título VII dedicado a infracciones y sanciones de carácter administrativo que pueden llegar a ser de 100 millones de pesetas. Pero tanto de una forma como de otra, la protección se nealiza mediante un control restrictivo de los datos. Se trata de buscar la seguridad de la información mediante el hermetismo de las bases de datos, de forma que sólo determinados sujetos puedan manejar informáticamente los datos personales cuando se cumplen determinadas circunstancias y, casi excepcionalmente, los afectados pueden conocer y controlar las inforrnaciones que les conciernen procesadas en bases de datos informatizadas (41). En tercer lugar, debemos de entender que la LORTAD, pese a nacer con vocación de regular en general todos los ficheros automatizados de datos personales, en su propio articulado, comenzando por el artículo 2, nos encontramos múltiples exclusiones, tanto para aquellas bases de datos para las que no se aplica de forma absoluta o relativa la LORTAD -átículo 2.2 (42)- como para los ficheros que reciben una regulación específica artículo 2.3 (43)- Existen también diversas excepciones que afectan a cuestiones importantes como el consentimiento del afectado a efectos del tratamiento de sus datos personales. Consentimiento que no se exige en un gran número de situaciones artículo 6.2 (44).

Fundación Telefónica
Telefónica



Así pues, se trata de una norma jurídica con demasiadas excepciones en su ámbito de aplicación, en definitiva una norma que regula sólo
parcialmente a los ficheros automátizados de datos personales y que para nada desarrolla el derecho de los ciudadanos a la información.
En cuarto lugar, podemos observar que el tratamiento diferenciado entre ficheros de titularidad pública y ficheros de titularidad privada, tal y como se reconoce en la propia exposición de motivos:

…ha establecido regimenes diferenciados para los ficheros en razón de su titularidad, toda vez que, con toda evidencia, resulta más problemático el control de los de titularidad privada que los de titularidad pública.

Sin embargo, un principio que debería parecer sencillo como es el de publicidad de las acciones de la Administración y, por ende, la
transparencia de sus actuaciones y de los ficheros públicos, no se recoge en ninguna parte del articulado de la LORTAD.
En efecto, es cierto que un particular teme las posibles agresiones a su intimidad producidas por sistemas informáticos del Banco X, la Aseguradora Y la empresa de marketing directo JJ o en general de cualquier fichero de titularidad privada; sin embargo, lo que preocupa de verdad al ciudadano es la agresión informática que puede sufrir por parte del Estado. La idea del Hermano Grande del que hablaba Orwell (45) que nos vigila es la que realmente inquieta. Hoy en día con el NIF, DNI, carnet de conducir… (46) el número de identificación único parece ser una realidad en nuestro país que permite el fácil cruce de datos.

Es positivo que se desarrolle el articulo 18.4 y se establezcan mecanismos de protección del derecho a la intimidad informática. Sin embargo, la LORTAD podía haber sido aprovechada para establecer fórmulas de acceso de los ciudadanos a las bases de datos públicas. Ello conllevaría no sólo una mayor transparencia de la acción administrativa, sino también una protección añadida al derecho a la intimidad informática tal y como trataremos de demostrar.

Fundación Telefónica
Telefónica

Transparencia e intimidad

Tanto el derecho a la intimidad informática como la transparencia administrativa contemplan la facultad de acceder a los ficheros informatizados. Ahora bien, existe una serie de diferencias entre ambos supuestos. En el caso del derecho a la intimidad informática, el dato es personal, el sujeto legitimado es únicamente el interesado y el sistema informático puede ser tanto privado como público. En el supuesto del artículo 105.b, el dato puede ser personal o de otra índole -por ejemplo, los volúmenes de ventas de cebollas en las campañas 1985/1991-, el sujeto legitimado es cualquier ciudadano y el sistema informático es de la Administración.
Los bienes juridicos protegidos en uno y otro caso son muy diferentes. La opinión pública libre en el caso de la transparencia administrativa -en tanto en cuanto que entendemos que se constituye en una faceta particular de la facultad de investigar del derecho a la información- y la intimidad de las personas en el supuesto del derecho a la intimidad informática.
La redacción del artículo 105 b) parece apuntar a una colisión entre la transparencia administrativa y la intimidad, hasta el punto de establecer la intimidad como una excepción al principio de transparencia de la Administración. La cuestión es ¿por qué la intimidad opera como una excepción a la transparencia de las bases de datos de la Administración?

La respuesta pasa por considerar que la divulgación de determinados datos pueden acarrear consecuencias negativas -robos, extorsiones, secuestros…- para las personas cuyos datos figuran en el fichero automatizado (47) y vulnerar derechos perso nalisimos como el honor, la intimidad personal o la intimidad informática.
Sin embargo, varias son las reflexiones que podemos hacemos al respecto. Debemos considerar que los males que le pueden suponer a una persona por conocerse determinados datos de su vida privada, deben ser atajados por la actividad policial que impida el delito, no por la prohibición de conocer esos datos, que muchas veces se obtienen de una observación de la realidad cotidiana. Incluso el hecho de que los delincuentes obtengan de los ficheros administrativos datos para cometer un delito puede servir de indicio a los servicios policiales al rastrear las peticiones de información que se han realizado.

Además, las peticiones de información integrarían una base de datos importante desde el momento en que servirían como punto de partida para la actuación de la Agencia de Protección de Datos.

Si se argumenta que la transparencia de datos de la Administración atenta contra la intimidad o el honor de las personas, se deben realizar varias precisiones.
En primer lugar, los datos pueden significar un atentado directo contra la intimidad, se trata de los llamados datos sensibles. La cuestión se reduce en este caso a recapacitar si la Administración debe de tener esos datos en su poder.
Defendiéndose como principio genérico que, salvo absoluta necesidad para el funcionamiento de la Administración o para el bien de la sociedad. el Estado no debe de poseer datos sensibles de los ciudadanos -se trataría ya de un atentado contra la intimidad-. Cuando se justifique tal extremo, la excepción tendría su correlativa excepción a la hora de proporcionar datos al público. Con lo cual la oposición a entregar datos de los archivos públicos a los particulares, argumentada a partir de la intimidad de las personas, precisaría una doble justificación: la razón por la cual la Adminstración tiene esos datos considerados por ella misma

Fundación Telefónica
Telefónica

como íntimos y la razón por la que considera que esos datos afectan a la intimidad de las personas.

Si los datos que están en poder de la Administración son de los llamados no sensibles, la cuestión vuelve a reproducirse con algunas matizaciones. En primer lugar, también sería necesario cuestionarse las razones por las que la Administración tiene esos datos en su poder, o incluso la forma en que tiene la Administración los datos.
Evidentemente para realizar un censo de viviendas o de población, al Estado para nada le interesa que la señora María Jiménez Pérez ha tenido 15 hijos y 3 abortos; lo que le interesa es el dato agregado de que hay 390 mujeres que han tenido ese número de hijos. Se trataría en definitiva del problema de la pertinencia de los datos.
La diferencia con el supuesto anterior vendría del hecho de que la intromisión en el derecho a la intimidad informática se produciría por el cruce informático de datos realizado por un particular. En este caso son los mecanismos de protección del derecho a la intimidad informática establecidos en la LORTAD, los encargados de evitar tales situaciones.

En definitiva, la transparencia de las bases de datos obligaría a las administraciones a tener en sus ficheros sólo aquellos registros que fueran precisos para su actuación, pues al estar estos datos a la vista del público cualquiera ,podría detectar intromisiones en los derechos de la personalidad.

A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN

La conclusión se cerñírina a resaltar la necesidad de proceder a hacer transparentes las actividades de todas las administraciones -central, autonómica y local-. Ello exige no solamente un
esfuerzo legislativo sino también formativo que erradique el vicio del funcionario al secreto.
En definitiva, si buscamos una comunidad en donde sean efectivos los principios de libertad e igualdad se deberán potenciar todos aquellos mecanismos mediante los cuales el ciudadano participa plenamente en los beneficios de una sociedad avanzada y, entre ellos el acceso a la inforrnación en poder de las Administraciones.
Los profesionales de la información, como delegados de la sociedad en su función de mediación, deberán ser considerados interesados a
todos los efectos y ,podrán acceder a los ficheros de titularidad pública salvo en lo que afecte a la intimidad, a la averiguación de los delitos o a la seguridad interior y exterior de la nación.
La pugna entre la función del periodista y la intimidad parece ser una constante, en palabras de Meyer: «La invasión de la privacidad es casi parte constitutiva de la descripción del trabajo del periodista» (48). El periodista debe saber en cada caso cuándo ha de traspasar la frontera de la intimidad y eso es algo propio de la profesionalidad del informador.

(1) ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, J.M.: «El derecho a la intimidad personal, la libre difusión de la información y el control del Estado sobre los bancos de datos», en Davara. M.A. y otros Encuentros sobre Informática y Derecho 1990-1991. Universidad Pontificia de Comillas – Pamplona, 1992. Página 183.
(2) PÉREZ LUÑO, A.E.: «Del Habeas Colpus al Habeas Data», en Davara, M.A. y otros Encuentros sobre Informática y Derecho 1990-1991. Universidad Pontificia de Comillas –

Fundación Telefónica
Telefónica

Pamplona, 1992. Página 175.
(3) Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 15 de diciembre de 1983 (publicada en español en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional, núm. 33, 1984, páginas 126 y siguientes) sobre la Ley del Censo de Población. Sentencia calificada por la doctrina como el Sermón de la Montaña jurídico-constitucional en materia de protección de datos (Scheneider, H.: «Anmerkung zum Urteil» en DOV. 1984. Pág. 161, citado por Pérez Luño, A.E.: Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. Madrid, 1987, página 152).

(4) En la antiguedad, los llamados Libri Sibyllini romanos eran celosamente guardados en el templo de Júpiter Capitolino por los duoviri sacris faciundis. En dichos libros se contenían los destinos del pueblo romano, de ahí su inaccesibilidad en razón de la segurilad de la comunidad. Véase Falias García, P.: Libertades Públicas e Información. EUDEMA, Madrid, 1988,página 49, y más especificamente Gil, L: La censura en el mundo antiguo, Alianza Universidad, Madrid, 1985, páginas 98-99.

(5) En este sentido se equipara la confidencialidad de los documentos admnistrativos al secreto del rey del Antiguo Régimen. En palabras de Desantes, «en los regímenes posrevolucionarios la Administración ha conservado su autoritarismo. Entre otras razones porque era consciente de su continuidad que reducía los inconvenientes de la inestabilidad política y de la calidad de aficionados o internos de los cargos designados por razones politicas». (DESANTES, J. M.: Teoría y Régimen Jurídico de la Documentación. Madrid 1987. Página 132.).

(6) SOUVIRON MORENILIA J.M.: Notas para una Ley sobre la información. Presidencia de Gobierno. Madrid 1980. Página 36.
(7) Este precepto pasó prácticamente desapercibido en las discusiones parlamentarias, aprobándose prácticamente la redacción original del entonces artículo 103 b) del anteproyecto de Constitución. Véanse la edición de las Cortes Españolas: Constitución española. Trabajos parlamentarios. Madrid 1980.
(8) Ponente ROLDAN MARTINEZ. Aranzadi, 3369.

(9) En el mes de marzo de 1993 entró en vigor la Ley 30/92, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE 27 de noviembre de 1992). Dicha norma en palabras de su propia exposición de motivos (punto 9) » ….regula el acceso a la información de los archivos y registros administrativos, conforme a lo establecido en el artículo 105. b), de la Constitución y aborda de manera frontal y decidida -en contraposición a la timidez de las previsiones de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958- la instalación en soporte informático de los registros generales, así como la integración informática de aquellos con los restantes registros administrativos. Más adelante analizaremos dicha norma y cuál es lo que pueda dar de si en región con el acceso a los archivos administrativos.

(10) OLIVA, A. de la: «Límites constitucionales a la obtención y uso de la información». Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 6/1984. Página 55. Las referencias que realiza son a: MUÑOZ MACHADO, S.: «Sobre el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos» presentado en el Seminario sobre Relaciones Administración-Ciudadano: Información, Documentación y Libertades Públicas, organizado por el Instituto

Fundación Telefónica
Telefónica

Nacional de Prospectiva en mayo de 1980. SAINZ MORENO: «El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (Sentencia del Tribunal Supremo de noviembre de 1979)». Revista Española de Derecho Administrativo, núm 24, 1980. Páginas 180 y ss.

(11) DESANTES GUANTER, J.M.: Teoría …. Ob. cit. Páginas 49 y siguientes.
(12) DESANTES, J.M.: Teoría …. Ob. cit. Página 155.
(13) DESANTES GUANTER: Teoría y …. Ob. cit. Página 162. Sobre la facultad de investigación y su relación con la facultad de información, véase SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA M.: La libertad de expresión del militar profesional. UCM Madrid, 1992. Páginas 92-96. Esta descolocación del artículo 105 b) ha llevado a DESANTES y a SORIA a afirmar con rotundidad «Hay una norma en la Constitución a la que no se ha concedido la importancia que tiene para hacer eficaz la facultad de investigación, quizá por su desplazamiento del lugar donde debería haberse incluido, que es el artículo 20. Se trata de la contenida en el artículo 105 b),…» (DESANTES GUANTER, J.M. y SORIA, C.: Los límites de la información. Ob. Cit. Página 80).
(14) Por su interés, reproducimos dicha Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado sobre publicidad de los Registros de la Propiedad, de 5-2-1987 (BOE 13-2-1981. núm. 38).
Primero. Conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 del Reglamento Hipotecano, se pondra de manifiesto el contenido de los libros del Registro a quienes tengan interes, a juicio del Registrador, en conocer el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos.

Segundo. El Registrador podrá dispensar la justificación del interes a las personas o Entidades cuando la obtenaión de la información reagistral constituya el obleto específico de sus actividades profesionales o empresariales o sea elemento esencial para su regularr desenvolvimiento, (Entidades y Organismos públicos, Entidades financieras, profesionales del Derecho, detectives, gestores, agentes de la propiedad inmobiliaria, informadores comerciales, verificadores de fincas y demás profesionales que desempeñen actividades similares).

Tercero. Cuando la persona o Entidad que solicite la información registral no sea portadora de un interes directo, el Registrador podrá exigir la acreditación del encargo recibido y la concreción de éste a personas o fincas determinadas.

Cuarto. Los Registradores establecerán el tipo de control que estimen oportuno acerca de la identidad y datos personales de quienes soliciten la manifestación de los libros del Registro, de manera que quede en la oficina información suficiente de las personas que cada día hayan examinado los libros u obtenido notas simples de su contenido.

Quinto. La manifestación del contenido de los libros puede hacerse, de acuerdo con el artículo 332 del Reglamento hipotecario, mediante exhibición de los libros nota simple informativa, determinando el Registrador en cada caso la forma de manifestación. La exhibición podrá llevarse a cabo mediante la presentación de los libros o mediante fotocopia de los folios que se deseen consultar, que será retirada por el Registrador después de la consulta. Para el mejor cumplimiento de la exigencia legal de conservación de los libros, la presentación directa de éstos tendrá carácter excepcional y se reducirá a aquellos casos en que concurran

Fundación Telefónica
Telefónica

circunstancias especiales que la justifiquen.

La nota simple, sola o complementada con fotocopia de los libross correspondientes, especificará la titularidad y cargas de las fincas o derechos que constituyan su objeto. Excepcionalmente, cuando por la claridad gráfica y de conceptos del folio u hoja, la comprensión de asiento o asientos no planteen dificultad, la nota simple podra expedirse solo mediante fotocopia, indicando en ella su valor meramente informativo. En todo caso, las notas expresaran el número de hojas y la fecha en que se expiden, y llevarán el sello del Registro. Su expedición se efectuara en el plazo mas breve posible, que no excederá en ningún caso del establecido en el artículo 236 de la Ley Hipotecaria.

Sexto. Los interesados a quienes se deniegue la manifestación podran hacer uso del recurso de queja ante los órganos,judiciales expresados en el artículo 228 de la Ley Hipotecaria, y tras decisión de éstos, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.
(15) Base de datos denominada REMIC. Dicha modalidad de consulta supone un notable avance respecto de las previsiones del Reglamento del Reagistro Mercartil, aprobado por el Real Decreto n° 1597/1989, de 29-12-1989 que en el artículo 79 establecía:
Consulta por ordenador.
Los Registros Mercantiles facilitarán a los interesados la consulta de los datos relativos al contenido esencial de los asientos por medio de terminales de ordenador instaladas a tal efecto en la oficina del Registro.
Dicho Regalmento ha sido desarrollado por la Orden 30-12-1991 del Ministerio de Justicia por la que se establecen las normas relativas al funcionamiento del Registro Mercantil Central.
(16) Véase BENAVIDES DEL REY, J.L.: «El Registro Mercantil Central y el servicio de Ibertex de información mercantil». Revista Actualidad Informática Aranzadi, núm 6, enero 1993. Página 1 y ss.
(17) Los datos que REMIC proporciona son:
– Información general sobre el servicio
– Consulta de datos generales de sociedades
– Denominación
– CIF
– Datos Regislrales (Sección, Hoja Registral, Hoja Duplicada)
– Registro Mercantil Territorial
– Capital suscrito y desembolsado
– Domicilio
– Municipio
– Ultimo acto publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil
– Organos soclales vigentes (apoderados, administradores.. .)
– Relacion de inscripciones.
(18) El Centro de Investigaciones Sociológicas fue transformado de Dirección General en Organismo autónomo mediante el artículo 84 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos
Generales del Estado para 1990. La estructura orgánica se estableció mediante Real Decreto 1526/1990 de 8 de noviembre.
(19) La Ley ha nacido ya con una importante crítica por parte de la doctrina. ALBINANA manifiesta: «Asimismo se ha de anotar que si bien no ha negado los méritos -no podía ser de otro modo- de las dos leyes que parcialmente deroga (la de Régimen Jurídico de la

Fundación Telefónica
Telefónica

Admimstración del Estado de 26 de julio de
1957 y la de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1958), no ha sabido imitar sus textos con su redacción clara, sobria, precisa y castiza en una palabra, y algo tan elemental como la concordancia en el número (singular o plural), la lejanía de los pronombres demostrativos respecto de las personas o cosas por ellos señalados y tantos otros defectos de redacción que aconsejan una rectificación de errores materiales… en una ley que esta obligada a mantener la claridad y el estilo de las que sustituye». (ALBINANA GARCIA-QUINTANA, César: «El silencio en la nueva Ley de Procedimiento Administrativo». Revista Jurídica Tapia. Diciembre, 1992. Página 3).

Para un análisis más exhaustivo véase SANTAMARIA PAS TOR, J.A y otros: Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo. Madrid, 1993.
(20) POMED SÁNCHEZ, L. A: El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos.Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid 1989.
(21) POMED SÁNCHEZ, Ob. cit. Páginas 168-169.
(22) Ibidem. Páginas 169 a 183.
(23) En parte por el influjo Europeo. La sensibilidad social eurorpea se mueve hacia una protección de la intimidad frente a los sistemas informáticos y telematicos. Buena prueba de ello son ias propuestas de Directivas relativas a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales (90/C 277/03) y la protección de los datos personales y de la intimidad en relación con las redes Públicas digitales de telecomunicaciones y, en particular, la red digital de servicios integrados (RDSI) y las redes móviles digitales publicas (90/C 217/04).
(24) LUCAS MURILLO. P.: El derecho a la autodeterminación informativa. Madrid, 1990.
(25) DENNIGER, E.: «Das Recht auf informationell Selbstbestimmung und innere Sicherheit» en el volumen colectivo Informatiosgesellschatf oder Uberwachungsstaat, Strategien zur Wahrung der der Freicheitsrechte im Computerzeitalter. Actas del Symposium de Wiesbaden en septiembre de 1984.
Wiesbaden, 1984, Páginas 291 y ss. Citado por PÉREZ LUNO, AE.: Nuevas tecnologías, sociedad y derecho Madrid. 1987. Página 152.
(26) Publicada en español en el Boletin de Jurisprudencia Constitucional núm. 33, 1984. Páginas 126 y siguientes.
(27) Véase a PÉREZ LUNO, A.E.: Nuevas tecnologias…. Ob. cit. Páqinas 126 a 129.
(28) FROSINI: Il diritto alla riservatezza come diritto di libertà.
Milano, 1985. Pág. 26. PÉREZ LUNO. A.E.: Derechos hurnanos.
Estado de Derecho y Constitución. Madrid, 1984 . Pág. 310. PÉREZ LUNO, A: Concepto y concepción de los derechos hurnanos».
Doxa, num. 4.1987. HERRERO-TEJEDOR F.: Honor, intimidad y propia imagen. Madrid, 1990. Página 40
(29) Esta es la razón que utiliza LUCAS MURILLO para optar por «derecho a la autodeterminación informativa». Ob. cit. pag. 124
(30) En el mismo sentido LUCAS MURILLO: «No se reduce, por otra parte, a tutelar las que podriamos considerar informaciones sensibles, ni a las relativas a los aspectos reconditos de la vida del individuo. Al contrano, tendremos la ocasión de ver cómo se extiende a datos de

Fundación Telefónica
Telefónica

apariencia, en principio, inocua y que, en modo alguno. se sitúan en esa esfera privada en sentido estricto que cada uno reserva exdusivamente para si». (LUCAS MURILLO. P.: Ob. cit. pág. 26).

(31) Cierto que al tratar del derecho a la intimidad se ha producido una inflación en su contenido que dificulta su definición (Véase DESANTES GUANTER J.M. y SORIA, C.: Los límites de la información. Asociación de la Prensa de Madrid, 1991. Página 107 y siguientes).
(32)La Constitución Portuguesa de 1975 recogió en su artíiculo 35 el derecho a la intimidad informática:
Utilizacâo da informática.
1. Todos os ciudadâos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registos mecanográficos a seu respeito e do fim a que se destinam as informaçôes, podendo exigir a rectificaçâo dos datos e a sua actualizaçâo.

2. A informática nao pode ser usada para tratamento de datos referentes a convicçoes políticas, fé reliqiosa ous vida privada, salvo quando se trate do processamento de datos nâo identificáveis para fins estadísticos.

3. E proibida a atribuiçao de un número único ais ciudadâos.

Como puede observarse esta disposición portuguesa, mucho más precisa que la española, prohíbe en su párrafo 3° de forma taxativa el número de identificación único -que en España es casi una realidad gracias al DNI/NIF-; establece en su párrafo 2° de forma flexible -al permitir su tratamiento anónimo para fines estadísticos- pero a la vez eficaz, una protección de los llamados datos sensibles y, por último, menciona de formas clara las facultades de acceso a los datos, de conocimiento de los fines de la base de datos y de rectificación de datos por parte de los afectados.

En 1978 el land de Renania del Norte-Westfalia (Alemania) modificó su artículo 4° reconociendo un derecho fundamental a la protección de datos. Estados norteamencanos como Alaska, Anzona, California, Florida, Iowa, Montana, Ohio o Washington han modificado sus constituciones para reconocer derechos sobre la intimidad informática.

Entre las disposiciones legales sobre esta materia podemos citar la ley de protección de datos (Datenschutzgesetz del land de Hesse (Alemania) de 7 de octubre de 1970, el Fair Reporting Act 1970 norteamericano de 26 de octubre de 1970, Ia Ley sueca de 11 de mayo de 1973, la Ley federal alemana de 27 de
enero de 1977, la Ley hungara de 27 de enero de 1981…(Véase AUDIJE PACHECO, CAMPUZANO ROBLEDO, FERNÁNDEZ MUGUELES y RUBIO SIERRA: » Consideraciones acerca de una futura Ley española para limitar el uso de la informática», en III Encuentro sobre la informática en las Facultades de Derecho
(mayo 1989). Madrid, 1990. Páginas 214 a 222. Así como MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS, Dirección General de Organización, Puestos de Trabajo e Informática: Leyes de protección de datos. Madrid, 1988 y ARAMENDI,CABELLERO, DOMAICA, MENDEZ, PENADES y VALLES: «Leyes de protección de datos», en rl Encuentro sobre la informática en tas Facultades de Derecho (mayo 1988). Universidad

Fundación Telefónica
Telefónica

Pontificia de Comillas. Madrid. Páginas 59 y siguientes.

(33) Ya mencionamos en la nota a pie de página núm. 23 que pese a la redacción del artículo 18.1 de la CE, en dicho párrafo se mencionan tres derechos diferentes.
(34) Exigencia de Ley Orgánica en el que está de acuerdo la mayoría de la doctrina. Véase LUCAS MURILLO: Ob. cit. Páginas 175 a 178.

El artículo 81 de la Constitución establece:
Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demas previstas en la Constitución.

La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del Proyecto.
(35) Artículo 53.1 de la Constitución: Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley que en todo caso debera respetar su contenido esencial,
podra requlrse el ejercicio de tales derechos y libertades. que se tutelaran de acuerdo con lo previsto en el Artículo 161, 1 a).
(36) La sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981 (BOE 28 de noviembre) nos explica que:

«Se entiende por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin la cual este pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo lo que hace aue sea recognoscible como derecho perteneciente a un determinado tipo .Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para
que el derecho permita a su titular la satisfacción de aauellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga… «.

(37) LUCAS MURILLO, P.: Ob. cit. Página 185.
(38) PÉREZ LUÑO, A. E.: Del Habeas Corpus al Habeas Data. Ob. Cit. Páqinas 173 y siauientes.
(39) Ibidem. Página 175.
(40) Ultimo párrafo del apartado IV de la exposición de motivos de la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD).

(41) Sobre la incidencia de la LORTAD en un sector económico como es el del marketing directo podemos recoger las manifestaciones de la representante de la Asociación Española de Marketing Directo en la Comisión de Libertades e Informática: Los ficheros informáticos son el activo más importante de una empresa de Marketing Directo. . . desearíamos hacer hincapié en la absoluta necesidad de una ley de protección de datos positiva y abierta, destinada a prevenir únicamente las actitudes dictadas por la mala fe, y el enorme desatino que supone un modelo legislativo como la LORTAD cuyo fracaso se ha hecho
manifiesto en otros paises…» (SÁNCHEZ, E.: «El Marketing Directo y la Protección de Datos» en revista NOVATICA, volumen XVIII. num. 96. Marzo-abril, 1992. Página 73).

Fundación Telefónica
Telefónica

(42) En concreto el artículo 2.2 de La LORTAD establece:
El regirnen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley no será de aplicaaon:
a) A los ficheros automatizados de titularidad pública cuyo objeto, legalmente establecido, sea el almacenamiento de datos para su publicidad con carácter general.
b) A los ficheros mantenidos por personas fásicas con fines exciusivamente personales.
c) A los ficheros de información tecnológica o comercial que reproduzcan datos ya publicados en Boletines, Diarios o repertorios oficiales
d) A los ficheros de informática jurídica accesibles al publico en la medida en que se limiten a reproducir disposiciones o resoluciones judiciales publicadas en periódicos o repertorios oficiales e) A los ficheros mantenidos por los Partidos Politicos, Sindicatos e Iglesia Confesiones y Comunidades religiosas en cuanto los datos se refieran a sus asociados o miembros y ex-miembros sin perjuicio de la cesión de los datos que queda sometida a lo dispuesto en el artículo 11 de esta Ley, salvo que resultara de aplicación el artículo 7 por tratarse de los datos personales en él contenidos.
Nota: figuran en subrayado las modificaciones introducidas en la Comisión Constitucional al aceptarse la enmienda 161 del CDS.
(43) Tal y como establece el artículo 2.3. de la LORTAD:

Se rigiran por disposiciones especificas:

a) Los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral
b) Los sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.
c) Los derivados Registro Civil y del Registro Central de Penados y Rebeldes.
d) Los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos y estén amparados por la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la función estadística publica, sin perjuiaio de lo dispuesto en el artículo treinta y seis.

e) Los ficheros automatizados cuyo objeto sea el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales regulados en el artículo 68 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.

(44) A tenor del artículo 6 del proyecto de LORTAD:

1. El tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponqa otra oosa.
2. No será preciso el consentimiento cuando los datos del carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias, ni cuando se refieran a personas vinculadas por una relación negocial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato.
3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuya efectos retroactivos.
(45) ORWELL G.: 1984.
(46) Sobre la implementación en nuestro país del NIF, mediante el atículo 113 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 1988, sus antecedentes y enjuiciamiento

Fundación Telefónica

véase BELLO PAREDES Santiago A. :»El Número de Identificación Fiscal, algunas consecuencias de su incardinación en nuestro ordenamiento jurídico» en Davara, M.A. Encuentro sobre
Informática y Derecho 1990-1991, Universidad Pontificia de Comillas. Pamplona, 1992. Páginas 160 a 170.

(47) Posiblemente el caso más conocido que el del Sr. Suñer industrial valenciano que figuraba en los primeros puestos de la lista de mayores contribuyentes a Hacienda publicados en los primeros años de la democracia. Dicho empresario fue secuestrado con el obieto de pedir un rescate. Desde entonces no se
han vuelto a publicar las listas de mayores contribuyentes a la Hacienda Pública; induso la Orden de 30 de julio de 1982, firmada por el Ministro de Hacienda, García Añoveros, estableció las limitaciones de acceso a la información contenida en las bases de datos fiscales.
(48) MEYER, P.: Periodismno de precisión. Barcelona, 1993. Página 290.

Fundación Telefónica
Telefónica