

La LORTAD: Entre las luces y las sombras

ANTONIO-ENRIQUE PEREZ LUÑO

*Catedrático de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Sevilla.*

Con la promulgación el pasado 29 de Octubre de la Ley Orgánica para la Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD) España se incorpora al grupo de Estados que cuentan con normas específicas para la protección de informaciones personales. Se concluye así una larga etapa de incertidumbres y vacíos normativos, al tiempo que se inicia una cargada de expectativas sobre las anheladas virtualidades de la LORTAD para poner coto, y evitar en adelante, los abusos informáticos contra la intimidad perpetrados en nuestro país. Conviene indicar que dicha Ley Orgánica llega tarde y mal. Lo primero, porque desde la promulgación de la Constitución, en virtud del expreso mandato de su art. 18.4, así como de la obligación adquirida por la ratificación en 1984 del Convenio de protección de datos personales del Consejo de Europa, el legislador español debía establecer una norma de tutela de las libertades en relación con el uso de la informática. Este compromiso nacional e internacional se ha visto demorado hasta el presente. Lo segundo, porque cabía el consuelo de confiar que nuestro retraso legislativo nos permitiría beneficiarnos de las experiencias previas del Derecho comparado de la informática. No ha sido así y el texto ahora promulgado presenta algunas deficiencias que pudieron y debieron ser evitadas.

La LORTAD presenta en su **haber**, como uno de sus logros más significativos, la definición de los **principios básicos** que informarán la actuación de los bancos de datos automatizados que procesen informaciones personales (artículos 4 a 11). Entre los mismos figuran los de la calidad de los datos (deberán ser adecuados y pertinentes a los fines para los que se han obtenido, exactos, actualizados...); la *transparencia* (que obliga a informar a los afectados por la recogida de datos personales sobre la finalidad, obligatoriedad, consecuencias y derechos que implica su tratamiento automatizado), el *consentimiento* (como garantía de los afectados que es requisito general para cualquier proceso informatizado de datos personales), la tutela reforzada de los *datos sensibles* (informaciones que hacen referencia a convicciones personales o datos susceptibles de engendrar tratos discriminatorios por motivos de raza, salud, vida sexual...), la *seguridad* (frente a la alteración, pérdida o acceso indebido a los datos personales), el *secreto* (que obliga a no revelar las informaciones personales a quienes intervienen en cualquier fase de su tratamiento automatizado) y la *cesión* (limitada al uso para fines legítimos y con el previo consentimiento del afectado).

El otro aspecto abiertamente positivo de la LORTAD consiste en el reconocimiento y tutela jurídica de la **libertad informática** (a ello se consagran sus artículos 12 a 17). La libertad informática se concibe como el nuevo derecho de autotutela de la propia identidad informática. Su función se cifra en garantizar a los ciudadanos unas facultades de información, acceso y control de los datos que les conciernen. Dicha libertad informática ha sido concebida por la doctrina y la jurisprudencia germanas como un derecho a la autodeterminación informativa, que se refiere a la libertad para determinar quién, qué y con qué ocasión pueden conocer informaciones que conciernen a cada sujeto. En la situación tecnológica propia de la sociedad contemporánea todos los ciudadanos, desde su nacimiento, se hallan expuestos a violaciones de su intimidad perpetradas por determinados abusos de la informática y la telemática. La injerencia del ordenador en las diversas esferas y en el tejido de relaciones que conforman la vida cotidiana se hace cada vez más extendida, más difusa, más implacable. Por ello, al tradicional *habeas corpus* corresponde en las sociedades tecnológicas del presente el *habeas data*. El *habeas data* constituye, en suma, un cauce o acción procesal para salvaguardar la libertad informática, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, a la que en los de la primera generación correspondió al *habeas corpus* respecto a la libertad física o de movimientos de la persona. No es difícil, en efecto, establecer un marcado paralelismo entre la "facultad de acceso" en que se traduce el *habeas data* y la acción exhibitoria del *habeas corpus*.

Pero junto a estos avances innegables, hay que apuntar en el **debe** de la LORTAD determinados fallos e insuficiencias que no pueden ser soslayados. Así, por ejemplo, sobre la **Agencia de Protección de Datos**, ente de Derecho Público sobre el que gravita la implementación de la LORTAD y de sus garantías, hay que decir de inmediato que constituye uno de los aspectos más negativos e insatisfactorios de la nueva norma. Suscita perplejidad y estupor que la Exposición de Motivos destaque la “absoluta independencia” de su Director. A diferencia de lo que es norma habitual en el Derecho Comparado de los *Ombudsmen* especializados en la protección de datos, el Director no es nombrado por el Parlamento, sino por el Gobierno a quien también corresponde su cese (art. 35). Además, a diferencia de los *Ombudsmen* para la protección de datos extranjeros que presentan informes anuales (muy importantes para conocer el “quién es quién” en materias de agresiones a las libertades informáticas) a las Cámaras representativas, el Director español lo deberá hacer ante Ministerio de Justicia (art. 36, K). Ello condiciona gravemente el riesgo de convertirse en un mero delegado gubernativo para la informática.

Pero quizás el aspecto más discutible e inquietante de la LORTAD sea el de sus constantes y significativas **excepciones** que limitan el alcance práctico del ejercicio de las libertades informáticas. Los constitucionalistas y, en especial, los estudiosos de los derechos fundamentales, suelen criticar la práctica desvirtuadora de algunos textos normativos que, tras solemnes y generosos reconocimientos de las libertades, recortan su ejercicio y las vacían de contenido al establecer un régimen de excepciones y limitaciones no menos generoso. Por ello, no puede dejar de suscitar inquietud el que la LORTAD, tras proclamar las garantías en orden a la protección de datos y derechos de las personas, establezca excepciones relevantes referidas a: la información de los afectados (art. 5.3); a su consentimiento (art. 6.1); a las garantías de los datos sensibles (art. 7.3); a la posibilidad de que las Fuerzas de Seguridad del Estado puedan informatizar datos sensibles sin control judicial, fiscal o de la propia Agencia de Protección de Datos (art. 20.3); así como a la restricción del derecho a la información y acceso de los ciudadanos a los datos que les conciernen (*habeas data*) elaborados por las Administraciones Públicas por motivos tan vagos como “las funciones de control y verificación” de las mismas y a la supeditación general de la tutela a cuanto afecte a la Defensa Nacional, Seguridad pública, persecución de infracciones penales o administrativas, interés público o intereses de terceros más dignos de protección (art. 22)... Excepciones que pueden afectar al contenido esencial de la garantía reconocida en el art. 18.4 de la Constitución y sobre las que, por tanto, se cierne la sombra de la **inconstitucionalidad**.

En las actuales sociedades avanzadas la protección de datos personales tiende, en definitiva, a garantizar el **equilibrio de poderes y situaciones** que

es condición indispensable para el correcto funcionamiento de una comunidad democrática de ciudadanos libres e iguales. Para su logro se precisa un adecuado ordenamiento jurídico de la informática, capaz de armonizar las exigencias de información propias de un Estado avanzado con las garantías de los ciudadanos. Pero estas normas de Derecho informático exigen, para su plena eficacia, impulsar la conciencia y el compromiso cívicos de hacerlas una experiencia tangible en la vida cotidiana. Es tarea de todos contribuir a evitar una paradoja dramática: compensar nuestro retraso en la incorporación al desarrollo tecnológico con la vanguardia mundial en la piratería del *software*, la delincuencia informática, y las agresiones informáticas a la libertad.