

Comentario a la S.T.C. 254/1993, de 20 de Julio. Algunas Reflexiones en torno al Artículo 18.4 de la Constitución y la Protección de los Datos Personales

ANA ROSA GONZALEZ MURUA

Profesora de Derecho Constitucional.

Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco.

I. Antecedentes del Caso¹

Mediante escrito de 28 de febrero de 1986 presentado el siguiente 5 de marzo el Sr. D. Francisco Javier Olaverri Zazpe solicitó al Gobernador Civil de Guipúzcoa se le comunicara si la Administración del Estado o cualquier organismo de ella dependiente disponía de ficheros automatizados donde figuraran sus datos personales. En caso afirmativo solicitaba, asimismo, que se le indicara la finalidad principal de dichos ficheros, la autoridad que los controlaba y su residencia habitual, y que toda esta información relativa a los datos

■ 1 Esta sentencia ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado, nº 197. Suplemento de 18 de Agosto de 1993, pp. 28 y ss.

existentes en dichos ficheros relativos a su persona, se le comunicara de forma inteligible² y sin demora.

Denunciada la mora, el actor elevó alzada ante el Ministerio del Interior. Tras ello, interpuso recurso judicial, que fue desestimado tanto en la instancia de la Audiencia Territorial de Pamplona (sentencia de 7 de febrero de 1989) como por el Tribunal Supremo (sentencia de 30 de abril de 1990).

Contra la denegación presunta del Gobernador Civil de Guipúzcoa y del Ministro de Interior así como contra las citadas sentencias que confirmaron la denegación administrativa, el Sr. Olaverri, mediante escrito registrado el 14 de julio de 1990, interpuso recurso de amparo alegando que esta negativa de la Administración vulneraba los artículos 18.1 y 18.4 de la Constitución.

El 20 de julio de 1993, cumplidos tres años desde su interposición, el Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado y en consecuencia: Anula la denegación administrativa de la información así como las sentencias mencionadas y declara el derecho del actor a que las autoridades administrativas demandadas le comuniquen sin demora la información en los términos que el Tribunal expresa en el fundamento jurídico noveno de esta sentencia.

Conocido el fallo y antes de entrar en el análisis de los aspectos más interesantes de esta sentencia, conviene recordar que poco antes de que se conceda este amparo se produce un hecho fundamental en la materia, a saber, el desarrollo legislativo, mediante ley orgánica del artículo 18.4, uno de los pocos preceptos constitucionales que a esas alturas no había sido objeto de regulación por el legislador³.

II. La Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal.

El 31 de enero del presente año ha entrado en vigor la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LOR-

■ 2 En la publicación de la sentencia en el B.O.E. aparece el término "inteligente". Se trata de una errata que hay que sustituir por la palabra "inteligible".

■ 3 Y más concretamente "una de las pocas leyes previstas en el Capítulo II, Sección Primera del Título I de la Constitución que no ha sido aprobada hasta ahora", como pone de manifiesto P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "la protección de los datos personales ante el uso de la informática en el derecho español" (I parte) en la revista Estudios de Jurisprudencia, ed. Colex, nº 3, Noviembre/ Diciembre 1992, p.8.

TAD)⁴. A pesar de ser España uno de los pocos países en Europa que reconoce constitucionalmente la necesidad de proteger los datos personales ante el uso de la informática⁵ -el artículo 18. 4 de la Constitución establece que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de los derechos"- ha sido necesario esperar catorce años para ver cumplido este mandato constitucional⁶.

Durante todo este largo período se ha venido asistiendo al fracaso de distintas iniciativas legislativas, alegándose siempre que el Gobierno ya tenía preparado un anteproyecto de ley sobre la materia⁷. Pero la promesa gubernamental se ha ido retrasando hasta que, motivos de otra índole, le han obligado prácticamente a sacar esta Ley adelante. La adhesión de España a los acuerdos de Schengen que le comprometen a intercambiar con las policías de otros países información personal, las normas para la protección de datos personales transnacionales que prepara el Consejo de Europa, y la Propuesta de Directiva Comunitaria, la cual inmediata y automáticamente a partir de su aprobación formará parte del ordenamiento jurídico interno, han determinado que España necesite aprobar esta normativa si no quiere quedar excluido de este espacio uniforme⁸.

- 4 Esta Ley fue sancionada y promulgada el 29 de Octubre de 1992 y publicada en el Boletín Oficial del Estado de 31 de Octubre de 1992, sin embargo la LORTAD no ha entrado en vigor hasta la fecha indicada de 31 de enero de 1993, ya que conforme a su disposición final cuarta: "la presente Ley Orgánica entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".
- 5 Con anterioridad, la Constitución portuguesa de 1976 dedica, dentro de su Título II relativo a los derechos y libertades, un artículo (art. 35) al uso de la informática. Sin embargo, no hace mucho tiempo que se ha regulado este precepto (Ley 10/91, de 9 de abril sobre la protección de datos personales frente a la informática). Por su parte, en Austria, mediante un procedimiento que posibilita insertar disposiciones constitucionales en leyes ordinarias, el artículo 1 de la Datenschutzgesetz (ley federal sobre protección de datos personales), que declara el derecho fundamental a la protección de los datos personales, ha sido elevado a rango constitucional.
- 6 Conviene aclarar que, como viene siendo práctica frecuente nos hallamos ante un supuesto de ley parcialmente orgánica. Por ello, a pesar de que la Ley sea denominada como orgánica varios de sus preceptos conforme a su disposición final tercera poseen el rango de ley ordinaria.
- 7 En todos estos años, como texto oficial el gobierno sólo había presentado en 1984 el Anteproyecto de Ley Orgánica de regulación del uso de la informática para la protección de los datos personales, pero su tramitación fue suspendida. Distintos estudios se han venido ocupando de este anteproyecto y de cada una de las iniciativas legislativas, la enumeración de todos ellos sería bastante prolija. Por ello, vid. por todos, "Protección de Datos Personales" (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal). Secretaría General del Congreso de los Diputados. Documentación nº 87, vol. 1, Septiembre, 1991 -donde se encuentran recogidos los precedentes parlamentarios, las proposiciones de ley presentadas durante todas las legislaturas, así como las proposiciones no de ley, las comparencias y las preguntas escritas y orales en torno a la ausencia del desarrollo legislativo del art. 18- y A. E. PEREZ-LUÑO "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en el libro de M. LOSANO, A. E. PEREZ-LUÑO y M. F. GUERRERO MATEUS "Libertad informática y leyes de protección de datos personales", Cuadernos y debates, nº 21, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 185 y ss., quien reúne y analiza no sólo las distintas iniciativas y proyectos institucionales sino también diversas propuestas doctrinales. ■ 8 A estas circunstancias habría que añadir el escándalo que se originó tras el descubrimiento por la policía de una red que traficaba con datos personales procedentes, según todo indica, de ficheros automatizados de titularidad pública. Sobre este particular resulta sumamente ilustrativo la comparencia del Ministerio de Justicia ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, véase para ello el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV Legislatura, nº 380, de 11 de febrero de 1992.

El retraso de la Ley podría verse compensado, si nos hallásemos ante una Ley moderna, la cual se estaba beneficiando (“por ello la tardanza”, se justificaba el Gobierno) de la evolución de la doctrina jurídica vertida tanto en las normas dictadas a nivel internacional como en el marco de los “Estados” que habían legislado en esa materia. Sin embargo, el panorama que abre la LORTAD es bien distinto. La Ley recibe continuas críticas durante todo su iter legislativo. Numerosas excepciones, como la posibilidad de que datos sensibles sean recogidos y tratados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin ser necesario el consentimiento del afectado, o la dependencia gubernamental del Director de la Agencia de Protección de Datos, por citar algunos de entre los abundantes ejemplos, ponen en cuestión el verdadero objeto de la misma: la protección de los datos personales ante el uso de la informática. Prueba de ello es que nada más entrar en vigor, ha sido objeto de cuatro recursos de inconstitucionalidad, presentados por el Defensor del Pueblo, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Parlamento de esta misma Comunidad y el Grupo Parlamentario Popular⁹.

Llegado a este punto, y a pesar de la opinión generalizada, y a mi entender fundada, de que esta Ley ha nacido tarde y mal. Lo cierto es que, y enlazando con el análisis del recurso de amparo que será centro de nuestra atención durante las siguientes páginas, la LORTAD ofrece, a primera vista, una vertiente positiva al regular una serie de principios, como por ejemplo:

- Los principios de pertinencia, exactitud, actualización, racionalidad y congruencia de los datos o,

■ 9 En el Boletín Oficial del Estado nº 43, de 19 de febrero de 1993, p. 5259, se recoge la admisión a trámite de estos recursos. Varios autores han analizado y criticado ciertos puntos de la ley, desde que era un proyecto hasta su conversión en texto definitivo. Vid, por todos, D. LOPEZ GARRIDO, “El Proyecto de Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal: la excepcionalidad como norma” en *Jueces para la Democracia* nº 13, nº2/1991, pp.17 y ss. y J. J. TASENDE CALVO, “Notas al proyecto de ley orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal”, en *Poder Judicial*, nº 231/1991, pp. 105 y ss. Sobre la LORTAD merece destacar entre otros, M. HEREDERO HIGUERAS, “La ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Introducción general”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1669, de 25 de abril de 1993, pp. 2090 y ss., así como la obra citada de P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “La protección de los datos personales ante el uso de la informática” (I parte) en la revista *Estudios de Jurisprudencia*, ed. Colex, nº 3, noviembre/diciembre 1992, pp.7 y ss. y (II parte) en esta misma revista nº 4, enero/febrero 1993, pp. 7 y ss. y la más reciente publicación de este mismo autor “*Informática y Protección de datos personales (Estudio sobre la ley orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*” en *Cuadernos y Debates*, nº 43, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Por otra parte hay que destacar la importante labor de la CLI (Comisión de Libertades e Informática), cuyo documento relativo a propuestas de enmienda a este proyecto de Ley, influyó enormemente en las diferentes enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios. También ha jugado un papel decisivo para que el Defensor del Pueblo presentara recurso de inconstitucionalidad a esta Ley (su labor continúa, denunciado y proponiendo soluciones con el fin de conseguir el efectivo cumplimiento de la LORTAD de la forma más protectora para los derechos y libertades).

- El principio del consentimiento del interesado para el tratamiento automatizado de los datos¹⁰.

Principios que encuentran su manifestación correspondiente, su eficacia jurídica en una serie de derechos entre los que cabe citar entre otros:

- El derecho de información, consistente en la facultad de conocer la existencia de ficheros automatizados de carácter personal, sus finalidades, la identidad del responsable del fichero y su residencia habitual.

- El derecho de acceso que se define como la facultad del titular para solicitar y obtener del responsable de un fichero automatizado información sobre sus datos personales que consten en los registros de éste.

- El derecho de rectificación y cancelación, mediante los cuales se le otorga al titular la facultad de corregir aquellos datos inexactos o incompletos así como la posibilidad de eliminar los innecesarios o los que hayan dejado de ser pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido registrados¹¹.

La situación en 1986, cuando el demandante solicita la información que le es denegada y las situaciones, que en principio pueden vivir las personas a partir de la entrada en vigor de la Ley, son teóricamente distintas. En cualquier caso, se observará la cautela con la se han hecho las afirmaciones anteriores "en principio", "teóricamente". Los problemas antes apuntados pueden hacer que en la práctica estos principios y derechos de los que gozan las personas sean fácilmente exceptuados. La propia Ley así denomina a su artículo 21: "Excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación" y a su artículo 22: "Otras excepciones a los derechos de los afectados", algunos de los preceptos que han sido tachados de inconstitucionales.

Visto someramente el panorama que ofrece la LORTAD pasamos al estudio de los siguientes puntos:

- La pretensión del demandante y la situación en 1986: la ausencia de desarrollo legislativo del art. 18.4. La aplicabilidad del Convenio 108.

- Los derechos de información y acceso. La situación antes y después de la entrada en vigor de la LORTAD.

■ 10 Estos principios se encuentran recogidos en el Título II de la Ley denominado "Principios de la protección de datos".

■ 11 La LORTAD dedica su Título tercero a estos derechos de las personas.

- El derecho a la intimidad, y el derecho a la autodeterminación informativa. Otras denominaciones: el derecho a la libertad informática y el derecho a la privacidad. La posición del Tribunal Constitucional.

III. La Pretensión del Demandante y la Ausencia de Desarrollo Legislativo del Art. 18.4.

En la fecha en que el demandante solicita la información, en 1986, ¿cuáles eran las posibilidades de que la pretensión del demandante obtuviera satisfacción, en ausencia de desarrollo legislativo del art. 18.4 CE?

Una primera solución podría encontrarse en la aplicabilidad directa de la Constitución.

A) LA APLICABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL SUPUESTO DEL ARTICULO 18.4 DE LA CONSTITUCION.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico sexto de este recurso de amparo reitera su jurisprudencia consolidada de la aplicabilidad inmediata de la Constitución y así recuerda que “los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos”¹². Ahora bien, este principio general de aplicabilidad directa puede sufrir excepciones, pero sólo en dos supuestos: cuando así lo imponga la propia Constitución expresamente o cuando así se deduzca de la naturaleza misma de la norma¹³.

De este modo, el Constitucional recuerda que “cuando se opera con una “reserva de configuración legal” es posible que el mandato constitucional no tenga más que un mínimo contenido, que ha de verse desarrollado y completado por el legislador”.

Este sería el caso del artículo 18.4, en el cual se produce una remisión a la ley para que limite el uso de la informática en aras a la protección de los derechos. Sin embargo, lo que se trata de ver es si, mientras esta regulación se produzca, el contenido mínimo provisional en relación con este derecho o libertad incluye los derechos a obtener información ejercitados por el demandante.

■ 12 Así se pronunció el Tribunal Constitucional en STC 21/81, de 2 de julio, y después reiterada en STC 15/1982, de 23 de abril.

■ 13 STC 15/1982, de 23 de abril

Con respecto a ese contenido mínimo provisional resultan interesantes los argumentos del Abogado del Estado, del Fiscal y del Tribunal Constitucional.

Los tres destacan que conforme a su tenor literal, el art. 18.4 posee un contenido negativo: el uso de la informática como límite al honor, a la intimidad de las personas y al pleno ejercicio de los derechos. El Abogado del Estado sostiene que conforme a esta vertiente defensiva se pueda justificar en ciertos casos la negativa de un ciudadano a suministrar a las autoridades determinados datos personales como el origen racial o la vida sexual.

Pero posteriormente las divergencias surgen. Para el Abogado del Estado el art. 18.4 requiere una intervención legislativa, y mientras no se dé, falta la organización necesaria para asegurar la protección. Por tanto, no es posible en ausencia de desarrollo legislativo satisfacer la petición del demandante. La garantía del 18.4 opera sólo en su vertiente negativa y no como título para solicitar deberes prestacionales a los poderes públicos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional añade, siguiendo lo expuesto por el Ministerio Fiscal, que la garantía de la intimidad adopta hoy, además de un derecho a negar información sobre los datos personales, “un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada “libertad informática” es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)”.

Esta es la concepción positiva pero ¿cuál es la vía argumental utilizada por el TC para concluir que la pretensión del Sr. Olaverri, que los derechos de información y acceso por él solicitados forman parte del contenido mínimo del 18.4 CE, y que en ausencia de este desarrollo legislativo gozan de eficacia directa?. Y es aquí donde entra en juego la segunda solución, (que en el fondo se convierte en premisa de la primera): el Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

El Tribunal realiza el paso de una concepción negativa de este derecho a una positiva gracias a la interpretación del citado Convenio:

“...la efectividad de ese derecho puede requerir inexcusablemente de alguna garantía complementaria positiva, y es aquí donde pueden venir en auxilio interpretativo los tratados y convenios internacionales sobre esta materia suscritos por España” (fundamento jurídico séptimo).

B) LA APLICACION DEL CONVENIO 108.

El Sr. Olaverri fundó su solicitud en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, el cual había sido publicado en el Boletín Oficial del Estado de 15 de noviembre de 1985, y por tanto conforme al art. 96.1 de la Constitución quedaba incorporado al ordenamiento jurídico interno¹⁴.

La petición del demandante reproduce prácticamente los dos primeros apartados del art. 8 del Convenio a cuyo tenor cualquier persona deberá poder:

“a) Conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sus finalidades principales, así como la identidad y la residencia habitual o el establecimiento principal de la autoridad controladora del fichero.

b) Obtener a intervalos razonables y sin demora o gastos excesivos la confirmación de la existencia o no en el fichero automatizado de datos de carácter personal que conciernen a dicha persona, así como la comunicación de dichos datos de forma inteligible”¹⁵.

Ahora bien, como afirma el Tribunal “el nudo gordiano del presente recurso consiste en determinar si las dos primeras letras del art. 8 del Convenio del Consejo de Europa sobre protección de datos personales surten efecto directo, o en su caso interpretativo, en relación con los derechos fundamentales que enuncia el art. 18 de la Constitución” (fundamento jurídico cuarto).

Comencemos por la primera vía, la eficacia inmediata del Convenio.

■ 14 El art. 96.1 de la Constitución establece que: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formarán parte del ordenamiento interno”. Como hemos visto el requisito de la publicación se produjo el 15 de noviembre de 1985, (Boletín Oficial del Estado n° 274), sin embargo, para el 1 de octubre de 1985 se trataba de un texto válido y vigente. Esto obedece a las siguientes circunstancias: El plenipotenciario del Estado español había firmado este Convenio en Estrasburgo el 28 de enero de 1992, y fue el cuarto país en ratificarlo el 27 de enero de 1984. Su entrada en vigor quedaba condicionada conforme a su artículo 22:

-En primer lugar, a que fuera ratificado, aceptado o aprobado por cinco Estados miembros del Consejo de Europa. El quinto Estado en ratificarlo fue la República Federal de Alemania el 19 de junio de 1985.

-En segundo lugar, para la entrada en vigor, la fecha concreta sería el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha en que este quinto Estado quedaba vinculado. Como se puede comprobar se trata del 1 de octubre de 1985.

■ 15 En 1987, posiblemente en relación con este “asunto”, el Sr. Bandrés Mollet como portavoz del Grupo Parlamentario Mixto presentó una proposición no de ley relativa al cumplimiento por el Gobierno de las obligaciones derivadas del Convenio 108 del Consejo de Europa, sobre protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. En ella denunciaba que el Gobierno español negaba a los ciudadanos el derecho a acogerse a las disposiciones del Convenio, contestando negativamente a los requerimientos que éstos hacían en relación al ejercicio del derecho de acceso a los ficheros automatizados al amparo del artículo 8 de este Tratado. Para la consulta de esta proposición vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie D: Actos de control, III Legislatura, n° 49 de 18 de marzo de 1987.

Como se señaló en los antecedentes, tanto la Audiencia Territorial de Pamplona como el Tribunal Supremo confirmaron la presunta denegación administrativa del Gobernador Civil de Guipúzcoa y del Ministro de Interior, de la comunicación de la información solicitada. Sus argumentaciones se basaban fundamentalmente en la inaplicabilidad directa del Convenio.

Así para la Audiencia los preceptos del Convenio no son aplicables directamente. La aplicación se halla supeditada a la adopción por cada parte, en su derecho interno, de las medidas necesarias para que los principios básicos para la protección de datos alcancen efectividad, de acuerdo con lo que establece el art. 4.1 del propio Convenio. Previsión coincidente con la del art. 94.1.e) de la Constitución, acerca de que la ejecución de los tratados o convenios puede exigir medidas legislativas¹⁶.

Por su parte, el Tribunal Supremo confirmó que el Convenio necesita para su aplicación práctica el complemento de una actividad interna legislativa y reglamentaria que el Estado no ha desarrollado todavía¹⁷.

Siguiendo esta línea de la Audiencia Territorial de Pamplona y del Tribunal Supremo, desde la doctrina se ha mantenido que este Convenio no es directamente aplicable y se ha precisado que su virtualidad consiste en obligar al Estado Español ante los demás firmantes del mismo a que proceda a su desarrollo¹⁸.

- 16 Por su parte en la memoria explicativa que acompaña al texto del Convenio publicado por la Presidencia del Gobierno, se dice que este Tratado no ha sido concebido como self executing y que por consiguiente los derechos de los individuos no pueden derivarse directamente de él. Lo cierto es que las medidas necesarias para dar cumplimiento al Convenio deberían haber estado en vigor en el momento en que dicho Tratado surtiera efecto en el Estado español, y por tanto, se ha producido un vacío jurídico que no debería haber ocurrido. Véase la nota 13 de la publicación "Protección de Datos. Convenio del Consejo de Europa de 1981" en Documentación Informática, serie amarilla/Tratados internacionales nº 3. Presidencia del Gobierno. Servicio Central de Publicaciones. Servicio Central de informática, Madrid, 1983, p. 31.
- 17 Con respecto al papel que han de desempeñar los jueces en la aplicación del Convenio 108, mientras no existan instituciones de control que garanticen los derechos de las personas como los que aquí analizamos, (derecho de información, derecho de acceso, etc) A. E. PEREZ-LUÑO, en su artículo: "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica. . .", cit., concretamente en la página 180 dice: " Preciso es decir que abogar por la creación de instituciones de garantía de los derechos y libertades establecidos en el Convenio europeo no supone ignorar o infravalorar la importante labor que en ello compete a los tribunales de justicia. El texto del Convenio, por ser parte de nuestro ordenamiento jurídico, es norma directamente invocable ante y aplicable por la judicatura española. Es más, en el momento actual, y ante la carencia de instituciones básicas con que cuentan los ciudadanos de nuestro país para ver paulatinamente protegidos sus derechos y libertades frente a eventuales abusos perpetrados desde los bancos de datos o ficheros automatizados. Ello se logrará a través de una decidida y adecuada aplicación de la normativa del Convenio europeo por nuestros jueces".
- 18 Vid P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el derecho español" (I parte)...cit., p.10. Este autor toma como base precisamente para mantener esta postura la sentencia del Tribunal Supremo relativa al "caso" que estamos estudiando de 30 de abril de 1990. Partiendo de esta misma sentencia llega a igual conclusión M. A. DAVARA RODRIGUEZ, "Derecho Informático", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, p.64. Por otra parte, sobre la incorporación de este Convenio al ordenamiento jurídico español se han dedicado varios estudios pero centrándonos en el problema relativo a su aplicabilidad directa merece destacarse, además de a los autores recién mencionados, a G. GARZON CLARIANA, "La protección de los datos personales y la función normativa del Consejo de Europa" en Revista de

En este sentido el TC considera cuestión ajena al recurso de amparo la alegación que el demandante fundaba en el art. 96.1 CE, según la cual razonaba el efecto directo del artículo 8. del Convenio.

“La adecuación de una norma legal, o de una disposición o actuación de los poderes públicos, a lo preceptuado por un tratado internacional, y por consiguiente si las autoridades españolas han cumplido o no los compromisos derivados de un acuerdo internacional, son cuestiones que, en sí mismas consideradas, resultan indiferentes para asegurar la protección de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 53.2 C.E., que es el fin al que sirve la jurisdicción de este Tribunal en el ámbito del recurso de amparo” (fundamento jurídico quinto) .

Sin embargo, el TC se decanta por el valor interpretativo del Convenio:

“...los textos internacionales ratificados por España pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos recogidos en la Constitución, como hemos mantenido, en virtud del art. 10.2 C.E., desde nuestra STC 38/81, fundamentos jurídicos 3º y 4º. Es desde esta segunda perspectiva desde la que hay que examinar la presente demanda de amparo” (fundamento jurídico sexto).

Como se ha señalado en el epígrafe anterior, las pautas interpretativas del Convenio 108 permiten considerar que la pretensión del demandante se encuadra perfectamente dentro del contenido mínimo, -en ausencia de desarrollo legislativo- del artículo 18 de la Constitución.

En opinión del Tribunal tanto los problemas a los que se tuvo que enfrentar la elaboración y la ratificación de este Tratado, como la experiencia de los países del Consejo de Europa que se condensa en su articulado, conducen a la conclusión de que la protección de la intimidad debe incluir la facultad de que los ciudadanos puedan conocer la existencia y los rasgos de aquellos ficheros automatizados de las Administraciones Públicas donde se conservan datos de carácter personal que les conciernen, así como cuáles son esos datos personales que obran en poder de las autoridades .

Instituciones Europeas, vol.8, nº 1, enero-abril 1981, p.18, quién opina que no se puede afirmar con rotundidad el carácter no self executing del Convenio 108, a M. HEREDERO HIGUERAS, “Ante la ratificación del Convenio de protección de datos del Consejo de Europa” en Documentación Administrativa, nº 199, julio-septiembre y octubre-diciembre 1983, p.754, y más recientemente en “La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado...” cit., p. 2090, así como a A. E. PEREZ-LUÑO, “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica...” cit., especialmente p.175 y p.180.

Sin embargo, esta argumentación utilizada por el TC es criticada por el Presidente del Tribunal don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer en su voto particular formulado en este recurso de amparo. Dicho magistrado discrepa del criterio mayoritario, ya que en su opinión, en este caso el Convenio no se ha utilizado meramente, frente a lo que se dice “ como una fuente interpretativa que contribuye a la mejor interpretación del contenido de los derechos..., sino como elemento de integración ante la demora en el desarrollo legislativo del precepto constitucional, para cuyo desarrollo desde luego habría de servir de pauta, aunque no canon autónomo de validez, el contenido de dicho Convenio”.

Por otra parte, las premisas de las que parten el Abogado del Estado, el Tribunal Constitucional y su Presidente en el voto particular les hace llegar a conclusiones diferentes.

Como hemos visto, en opinión del Abogado del Estado el art. 18.4 CE, a falta de desarrollo legislativo, sólo contiene un mínimo esencial de carácter defensivo, (la negativa del ciudadano en determinados casos, a suministrar ciertos datos) pero nunca supone un derecho activo de control, un derecho prestacional el cual necesita insoslayablemente medidas de Derecho interno.

La petición del recurrente supone una “conducta positiva del Gobierno Civil y del Ministerio de Interior, una prestación informativa (facere)” sólo se hubiera podido satisfacer si se hubiera producido una intervención legislativa previa, que hubiera organizado las garantías complementarias previstas en el art. 8 del Convenio. En conclusión, el derecho fundamental a la intimidad no tiene porque incluir derechos de prestación.

Para el Tribunal Constitucional, sin embargo, el derecho de la intimidad no se agota en unas facultades negativas sino que, merced a las pautas interpretativas del Convenio 108 y como recoge su artículo 8, ha de contener facultades positivas y activas de información y de control sobre la existencia, fines y responsables de los ficheros públicos automatizados de la Administración Pública, tal y como solicitaba el demandante. Estas facultades de información forman parte del derecho a la intimidad, que vincula directamente a todos los poderes públicos, y ha de ser salvaguardado aunque no se haya desarrollado legislativamente.

Por tanto, para el Tribunal no es convincente el Abogado del Estado cuando dice que opera este derecho con contenido negativo, no como derecho de prestación. “No se ve la razón por la que no podría justificar igualmente que ese mismo ciudadano se oponga a que esos mismos datos sean conserva-

dos una vez satisfecho o desaparecido el legítimo fin que justificó su obtención por parte de la Administración, o a que sean utilizados o difundidos para fines distintos, y aun ilegales o fraudulentos, o incluso a que esos datos personales que tiene derecho a negar a la Administración sean suministrados por terceros no autorizados para ello" (fundamento jurídico séptimo).

Expuestos estos argumentos, el Tribunal estima el recurso y considera vulnerado el derecho del art. 18 por la Administración al negar la petición de información solicitada para el demandante¹⁹.

Por su parte, el voto particular, como hemos visto, se aparta del criterio de la mayoría, y en parecida línea a la sostenida por el Abogado del Estado mantiene que, el artículo 18.4, en ausencia del desarrollo legislativo de este mandato constitucional y no pudiendo el Convenio hacer las veces de dicha legislación necesaria, sólo permitiría amparar supuestos como pueden ser la negativa de la persona a suministrar determinados datos a la Administración (lo que hemos denominado vertiente defensiva) pero nunca crear una obligación de hacer para la Administración, una conducta positiva sin previa base legal (negando de esta manera la vertiente positiva, la posibilidad de ejercitar los derechos de información, acceso...).

Esto conduce a la conclusión de que ni la Administración ni el órgano judicial han vulnerado el derecho fundamental del recurrente al negar la aplicación directa del Convenio. Sólo a partir de la entrada en vigor de la LOR-TAD, los derechos reconocidos en dicha Ley, - en el supuesto que nos ocupa

■ 19 El diputado socialista DIAZ FORNAS en la toma en consideración de la Proposición de Ley del Grupo parlamentario de Coalición Popular sobre protección al honor y a la intimidad frente a la utilización de las bases de datos decía que, a pesar de la exigencia de una ley de protección de datos, tanto por el art. 18.4 CE como por la obligación contraída por el Convenio 108, en su ausencia no se tenía que producir una situación de indefensión ya que el derecho a la intimidad, el honor y los derechos que atañen a la privacidad, tiene el rango de fundamentales y cuentan con la protección reforzada del artículo 53.2 de la Constitución, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Si se interpreta que el derecho a la privacidad, - como posteriormente veremos-, posee también la vertiente activado de control del derecho, manifestada en el derecho de información, de acceso, de rectificación, etc, se podría llegar a la conclusión de que también éstos últimos podrían gozar de la protección de amparo constitucional. Vid, esta solución en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, III Legislatura, nº99, de 12 de abril de 1988, p. 6145. Posteriormente, y en respuesta de la proposición no de ley presentado por el Sr. Bandrés citada en nota 15, este mismo diputado sostiene que "...si bien el conjunto de principios establecidos en el convenio deben ser desarrollados por la legislación interna para su plena efectividad, algunos de sus preceptos como bien pudieran ser los que contiene su artículo 8º, podrían aplicarse directamente para contener derechos de las personas, y de acuerdo con nuestro sistema constitucional." Sorprende esta interpretación teórica que no deja de ser positiva (si bien utilizada, en mi opinión, para eludir las obligaciones contraídas por el Convenio y justificar la tardanza en la regulación legislativa del art. 18.4 CE). Sin embargo, a renglón seguido añade que ni el Estado español ni el Gobierno niegan ni vulneran los derechos de los ciudadanos". Como hemos tenido ocasión de comprobar esta interpretación teórica no ha sido llevada a la práctica, por lo menos en el caso" que nos ocupa. Para su consulta véase el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, III Legislatura, nº92, de 11 de marzo de 1987, p.3601.

serían los derechos de información y de acceso - en cuanto desarrollo del derecho a la intimidad, pueden ser objeto de tutela y protección a través del recurso de amparo, pero no antes.

Pero, sin embargo el Tribunal Constitucional como consecuencia de los argumentos arriba apuntados declara el derecho del actor a que el Gobernador Civil le comunique sin demora la información solicitada, que incluye los siguientes extremos:

-La existencia de ficheros automatizados de datos de carácter personal, dependientes de la Administración Civil del Estado, así como sus finalidades, y la identidad y el domicilio de la autoridad responsable del fichero.

-La comunicación en forma inteligible de aquellos datos personales que al actor le conciernen, pero tan sólo los contenidos en ficheros sobre los que el Gobernador civil sea competente.

Una última observación. El Tribunal Constitucional antes de declarar el derecho del demandante a la petición informativa solicitada debe superar una objeción más del Abogado del Estado: la imposibilidad material, la carencia de los medios precisos, en que se encuentran las autoridades para poder satisfacer la pretensión del demandante.

A lo que el Tribunal responde:

“El que un determinado órgano administrativo disponga, o carezca, de los medios materiales o de las atribuciones competenciales precisos no sirve para discernir los derechos de un ciudadano, especialmente si esos derechos son declarados por la Constitución” (fundamento jurídico tercero).

Por lo tanto, como el actor tiene derecho en virtud del art. 18 a ver satisfecha su petición, será deber de todos los poderes públicos poner los medios organizativos y materiales para procurársela. De todos modos, esta cuestión deberá matizarse cuando tratemos el ejercicio del derecho de información y el del derecho de acceso.

Además, añade el Tribunal que el Gobernador Civil como representante permanente del Gobierno de la Nación en la provincia, así como primera autoridad de la Administración Civil del Estado detenta la competencia para “ejercer la superior dirección de todos los servicios periféricos de dicha Administración en la provincia, y coordinar la actividad de todos sus órganos”. Por consiguiente, el Gobernador Civil era plenamente competente para resolver la

petición solicitada por el actor y en cualquier caso, nunca esas carencias administrativas pueden servir de justificación para mantener su silencio.

IV. Los Derechos de Información y Acceso. La situación antes y después de la entrada en vigor de la LORTAD.

Recordemos la pretensión del demandante, el actor solicitaba el derecho a conocer si existen ficheros automatizados de la Administración del Estado o de cualquier organismo de ella dependiente, donde figuraran sus datos personales, y en caso afirmativo, se le indicara la finalidad principal de estos ficheros, la autoridad responsable y su residencia habitual, y que toda esta información relativa a los datos existentes en dichos ficheros relativos a su persona, se le comunicara de forma inteligible y sin demora.

El TC se aparta en parte de la pretensión del demandante, distinguiendo lo que las legislaciones de protección de datos, (asimismo la reciente LORTAD) y el propio Tribunal en esta sentencia denomina, el derecho de información y el derecho de acceso. Cuando enumeramos los derechos que establece la L.O. 5/1992, de 29 de octubre, dijimos que el derecho de información, se viene concibiendo como un derecho general a poder conocer qué ficheros automatizados existen, su finalidad, la identidad del responsable y su residencia habitual, mientras que el derecho de acceso consiste en la facultad del titular para solicitar y obtener información sobre sus datos personales que consten en los ficheros automatizados.

Por su parte, de la pretensión del actor se deduce lo siguiente: El Sr. Olaverri pedía al Gobernador Civil que le comunicara la totalidad de sus datos personales que se contenían en todos y cada uno de los ficheros de la Administración del Estado. La pretensión así formulada difícilmente podía prosperar.

Veámos el precepto que el Convenio 108 dedica al derecho de información y de acceso, y en el cual se inspiró el demandante:

“ Cualquiera persona deberá poder:

a) Conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sus finalidades principales, así como la identidad y la residencia habitual o el establecimiento principal de la autoridad controladora del fichero.

b) Obtener a intervalos razonables y sin demora o gastos excesivos la confirmación de la existencia o no en el fichero automatizado de datos de carácter

personal que conciernen a dicha persona, así como la comunicación de dichos datos de forma inteligible.

El apartado a) se refiere al derecho de información mientras que el b) queda dedicado al derecho de acceso²⁰. Lo cierto es que de la letra del Convenio no resulta fácil deducir -y por tanto tampoco para el demandante- cómo se debe proceder para poder ejercitar estos derechos. Por otra parte, como ya se puso de manifiesto, tampoco se puede exigir más a un Convenio que lo que pretende es establecer en este punto unos mínimos que debían haber sido desarrollados en la legislación interna antes de su entrada en vigor. Sin embargo, y aun en ausencia de desarrollo legislativo en esas fechas en España, el derecho comparado y la doctrina que para aquél entonces ya se habían acercado al estudio de estos temas proporcionaban un auxilio considerable en la interpretación de este artículo.

Así, en las Jornadas internacionales sobre Informática y Administración Pública, organizadas por el IVAP/HAEE, HERNANDO COLLAZOS en su estudio titulado "La Comunidad Económica Europea y la Informática"²¹ dedicaba un capítulo a los aspectos técnicos del derecho a acceder a los datos personales. La autora desglosaba el derecho acceder a los datos en cuatro más específicos:

-El derecho público a conocer la existencia de todos los ficheros.

-El derecho del individuo a conocer la existencia de información que le concierne en un fichero determinado.

-El derecho del individuo a conocer el contenido de la información que le concierne en un fichero determinado.

-El derecho del individuo a solicitar la rectificación de los datos que le conciernen, si es necesario.

Con respecto al primero, el derecho público a conocer la existencia de todos los ficheros, que coincide con lo que hemos denominado derecho a la

■ 20 Por su parte, M. HEREDERO HIGUERAS prefiere la expresión "derecho de acceso en sentido amplio" para referirse a lo que se viene denominando derecho a la información y la de "derecho de acceso en sentido estricto" en lugar de la generalmente empleada derecho de acceso. Estas denominaciones las ha venido manejando dicho autor desde hace ya algún tiempo, así con respecto al Anteproyecto de Ley Orgánica de 1984 en su artículo "El anteproyecto de Ley Orgánica de regulación del uso de la informática, cinco años después en Congreso sobre Derecho Informático, Facultad de Derecho, Zaragoza, 1989, p. 284 y en relación a la LORTAD en "La ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre...", cit., p. 2099.

■ 21 I. HERNANDO COLLAZOS, "La Comunidad Económica Europea y la Informática" en Jornadas Internacionales sobre Informática y Administración Pública", I. V. A. P./H. A. E. E., Oñati, 1986, p.87.

información, lo considera una consecuencia del principio de transparencia. Se trata, en definitiva, de un derecho de información general a conocer qué ficheros automatizados existen, de quién dependen, qué fines persiguen, etc. Asimismo distingue las distintas formas que en las legislaciones de protección de datos se contemplan para ejercer este derecho: sistema de información voluntaria por parte de los responsables, de publicación en boletines oficiales o de registro público.

Como se puede comprobar el apartado a) del art. 8 del Convenio no hace alusión alguna a ninguno de estos sistemas mencionados -tampoco es ésta tarea del Convenio sino de los Estados que adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de este derecho-. Con todo, lo que resulta evidente, y así lo han venido regulando las distintas legislaciones de protección de datos, el derecho a la información debe quedar limitado a la facultad que a toda persona corresponde de conocer la existencia de todos los ficheros no comprendiendo, por tanto, -como pretendía el demandante-, la facultad de conocer si en todos esos ficheros se contienen datos que a ella le afectan o no. Lo que ocurre, es que, como más tarde veremos, normalmente para los tratamientos automatizados posteriores a la entrada en vigor de la legislación sobre protección de datos se suele establecer un derecho previo a la información de tal manera que las personas sepan a qué ficheros van a ir a parar sus datos²². Sin embargo, como ocurre con la pretensión, objeto de estudio, para los tratamientos anteriores a la Ley -y aunque fuera deseable para que no se diera una desigualdad entre los primeros citados y éstos segundos- no se regula esa posibilidad de conocer los datos que a cada uno conciernen sino ejercitando el derecho de acceso ante todos los posibles ficheros automatizados a instancia del interesado²³.

Continuando con los derechos segundo y tercero, el derecho del individuo a conocer la existencia de información y el derecho del mismo a conocer el contenido de esa información que le concierne en un fichero determinado, la profesora HERNANDO dice que éste adopta formas diversas según las legislaciones, como pueden ser el método de demanda directa ante el responsable de fichero o el de notificación. En cualquier caso, quien "responde" en última ins-

■ 22 Así el artículo 27 de la Ley Francesa nº78-17, de 6 de enero de 1978, sobre Informática, ficheros y libertades establece el derecho de las personas a conocer quiénes van a ser los destinatarios, personas físicas o jurídicas, de la información que se les ha solicitado. Se ha manejado la versión de traducción de M. DARANAS PELAEZ, en Boletín de Legislación Extranjera, nº 88-89, enero-febrero 1989, p.3 y ss. Muy en parecida línea se sitúa el artículo 5 de la LORTAD, si bien las excepciones que prevé ponen en peligro esta facultad.

■ 23 Una crítica a la falta de información a los afectados y a la imposibilidad de conocer el titular en qué ficheros se encuentra sin tener que ejercitar el derecho de acceso con respecto a los tratamientos anteriores a la Ley se encuentra en M. LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, "Los derechos de la personas en la ley de protección de datos personales" en Jornadas Abogacía e Informática. Illustre Col.legi d'Advocats de Barcelona, 1993, p. 92.

tancia del correcto ejercicio de este derecho, como su propio nombre indica es el "responsable" del fichero²⁴.

El apartado b) del Convenio piensa en estos dos derechos que constituyen propiamente lo que se denomina derecho de acceso, y aunque tampoco especifica -dejando así abierta las distintas posibilidades que en las legislaciones se establezcan- de quien pueda la persona obtener esta información, se deduce claramente del derecho comparado (exceptuando ciertos supuestos en los que se encomienda dicha función a un intermediario o a la autoridad de tutela²⁵) que se ha de tratar del responsable de fichero.

Llegado a este punto hay que afirmar, en consecuencia, que tanto el derecho comparado como la doctrina que lo ha estudiado, brindaban argumentos suficientes para distinguir perfectamente entre derecho de información (o derecho a conocer la existencia de los ficheros) y derecho de acceso (o derecho individual a conocer). Por ellos los términos en se redactó la demanda pueden obedecer a los siguientes motivos:

- El desconocimiento de esta distinción. El actor fundamentó su solicitud en los apartados a) y b) del art. 8 del Convenio. La lectura de este precepto puede conducir a conclusiones erróneas. Cuando el apartado a) habla del derecho a "conocer la existencia de un fichero automatizado", aunque se esté utilizando el número singular se refiere a la posibilidad de conocer la existencia de todos los ficheros automatizados. Por otra parte, el apartado b) se refiere a la facultad de conocer la existencia o no en el fichero automatizado de datos de carácter personal que conciernen a la persona, así como la comunicación de dichos datos de forma inteligible. Poniendo en contacto los dos incisos y si lo mismo que en el primer inciso en el segundo se sobreentendiese que cuando se habla de "fichero automatizado" se quiere decir "ficheros automatizados", se podría concluir que se establece una facultad general de conocer la existencia de todos los datos personales de uno que obre en todos los ficheros automatizados. Sin embargo, como hemos expuesto, esta interpretación no viene siendo admitida.

■ 24 La LORTAD define el responsable de fichero como la "persona física, jurídica de naturaleza pública o privada y órgano administrativo que decida sobre su finalidad, contenido y uso del tratamiento" (art. 3.d). En este mismo sentido el artículo 2.d) del Convenio europeo: "persona física o jurídica, la autoridad pública, el servicio o cualquier otro organismo que sea competente con arreglo a la ley nacional para decidir cuál será la finalidad del fichero automatizado, cuáles categorías de datos de carácter personal deberán registrarse y cuáles operaciones se les aplicarán".

■ 25 La Ley Francesa nº78-17, de 6 de enero de 1978, sobre Informática, ficheros y libertades establece el acceso indirecto por medio de un intermediario, un médico con relación a los datos médicos (art.40) y la Comisión Nacional de Informática y Libertades (C.N.I.L.) -órgano de tutela de esta Ley- para los tratamientos que afecten a la seguridad del Estado, la defensa y la seguridad pública. Asimismo, en España aunque no ha llegado a ser derecho vigente, hay que destacar el artículo 30 de la Proposición de Ley Orgánica de Izquierda Unida el cual preveía el acceso a través de la Comisión Nacional para la Telemática con respecto a los bancos de datos de los Ministerios de Hacienda, Defensa e Interior.

- Aun no desconociendo la distinción entre el derecho de información y el derecho de acceso, y a pesar de las pautas que se podían encontrar en la doctrina y en el derecho comparado para interpretar estos derechos, la situación en España en 1986 ofrecía serias dificultades para el ejercicio de los mismos. En primer lugar, si bien es cierto que no es una condición previa el derecho de información, (es decir el poder consultar un listado con el nombre de todos los ficheros existentes y de quién responde de cada uno de ellos), para poder ejercitar el derecho de acceso, (si la persona conoce de antemano la existencia de ese fichero se podrá dirigir directamente ante su responsable para que se le comuniquen sus datos) si uno no conoce qué ficheros existen se dificulta enormemente el derecho individual a conocer si en tal o cual ficheros hay registrados datos personales suyos.

En las fechas en que el actor realizó la demanda no se sabía qué ficheros existían, ya que no estaba establecido ningún medio para asegurar el derecho público al conocimiento de todos los ficheros, el derecho a la información. Por otra parte, las personas podían intuir que ciertos datos estarían en mano de ciertas autoridades, pero desde luego se desconocía a quién se hubiesen podido comunicar o ceder.

Ante la falta de este primer mecanismo de conocimiento, (ningún listado, ni ningún registro donde aparecieran los ficheros que existen, y quiénes eran los responsables de los mismos) el actor se decidió a dirigirse al Gobernador Civil, pues él es, en la provincia, la primera autoridad de la Administración Civil del Estado.

Lo que no sabemos es si esta petición obedece a un desconocimiento de lo que es el derecho de información y el derecho de acceso o que, a sabiendas de ella, se aprovecha la coyuntura española para que el Gobernador sea el encargado de comprobar si en todos y cada uno de los ficheros automatizados de la Administración hay datos del Sr. Olaverri y se los comunique, y además sepa posteriormente a quién dirigirse y a dónde para ejercitar en su caso los derechos de rectificación y cancelación. Con ello de una sola gestión se hubiera conocido todas las informaciones que sobre él constan en todos los ficheros de la Administración.

Sin embargo, como ha opinado, el TC, para garantizar el derecho de información hubiese bastado con que el Gobernador Civil le hubiera comunicado al Sr. Olaverri la existencia, el responsable, y la residencia habitual de todos y cada uno de los ficheros automatizados de datos de carácter personal que dependiesen de la Administración Civil del Estado. Eso si, a él correspondería posteriormente la molestia de comprobar ante estos responsables de

fichero -ejercitando así el derecho de acceso- si en los mismos obraban o no datos suyos personales.

En cualquier caso, hay que poner de manifiesto que si bien el Gobernador Civil en 1986 pudiera haber logrado esa información, lo cierto es que si hubiese querido ofrecer al afectado una respuesta adecuada habría encontrado ciertas dificultades. Así, conforme a la disposición final segunda de la LORTAD los ficheros automatizados de las Administraciones Públicas anteriores a la entrada en vigor de la Ley deberán adoptar una disposición de regulación del fichero o adaptar la que existiera. Esto significa que los extremos arriba mencionados (responsable del fichero, domicilio habitual, fines del fichero) -además de otras informaciones conforme al art.18 del texto legal- deberán ser recogidas en una disposición general, quizás porque muchos de estos ficheros no precisan (ni precisaban hace siete años) con claridad todas estas informaciones necesarias.

- En cuanto al derecho de acceso, el Gobernador Civil no podía comunicar la totalidad de los datos personales del Sr. Olaverri que se contenían en todos y cada uno de los ficheros de la Administración. El Gobernador Civil no tenía ni tiene competencia sobre todos los ficheros de la Administración, como dice el Tribunal Constitucional- sóloamente le hubiese podido y podrá comunicar al solicitante "en forma inteligible aquellos datos personales que le conciernen, pero tan sólo los que obren en aquellos ficheros sobre los que el Gobernador Civil ostente las necesarias facultades".

Una vez clarificado como debería haber sido resuelta esta petición en 1986 cuando el demandante la solicitó, a tenor de lo que ya para entonces habían sido definidos como derecho de información y derecho de acceso, una precisión debe ser realizada.

Ni mucho menos lo que se pretendía en estos párrafos anteriores era criticar la redacción de la instancia del solicitante, excusada además por los dos motivos arriba apuntados -quizás el desconocimiento del solicitante ya que el texto en que fundamentó su demanda, no aclara realmente el contenido de estos derechos; o quizás porque el solicitante hizo una "petitio" amplia a sabiendas, esperando ver cuál era la reacción de la Administración a falta de los medios que normalmente se establecen para el ejercicio de estos derechos-, sea lo que fuere, muy por el contrario, nuestros elogios a la misma pues, además de sentar un precedente, demuestra la sensibilidad sobre este tema en unas fechas tempranas (no es lo mismo solicitar esta petición en 1986 que en 1993 tras la entrada en vigor de la LORTAD). El actor atreviéndose a ejercitar la vertiente activa de control de los datos personales persigue conseguir, por

otra parte, reavivar la conciencia ciudadana sobre los peligros que la informática conlleva en el disfrute de los derechos y libertades .

Hecha esta precisión y vista cuál debería haber sido la respuesta hace siete años, hay que ser conscientes de que esta sentencia se produce en un momento en que la esperada -y después criticada- LORTAD ha entrado en vigor. Este hecho puede añadir algún elemento nuevo para su comprensión a pesar de que su institución fundamental, la Agencia de Protección de Datos, - encargada de velar por el cumplimiento de la Ley y especialmente los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación de los datos personales²⁶- no ha comenzado a funcionar. En cualquier caso es preciso analizar el momento actual para conocer cuál es el momento en que este amparo se hace efectivo y las consecuencias para ahora y a futuro que se desprenden de la doctrina de la jurisprudencia constitucional.

Comencemos por el derecho de información. Este derecho público a conocer la existencia de los ficheros, -por medio del cual todas las personas y no sólo los afectados (se trata de un derecho público) pueden conocer qué datos se procesan en una sociedad, quién los realiza, con qué fin-, se ha de configurar como un derecho necesario que ayude a prevenir en lo posible la lesión de los derechos o libertades a partir de un tratamiento automatizado y garantice el principio de transparencia en una sociedad democrática.

Con anterioridad vimos que existen diversos sistemas en las legislaciones de protección de datos para hacer posible el ejercicio de este derecho: sistema de información voluntaria por parte de los responsables, de publicación en boletines oficiales o de registro público. La LORTAD, por su parte, dedica generosamente varios artículos a los diversos medios que se establecen para garantizar el derecho de información.

Artículo 13. Derecho de información.

“Cualquier persona podrá conocer, recabando a tal fin la información oportuna 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. El Registro General será de consulta pública y gratuita.”

Por tanto, este Registro, que conforme a la Ley se trata de un órgano integrado en la Agencia de Protección de Datos²⁷ , se convierte en la vía adecuada

■ 26 Art. 36 a) de la LORTAD.

■ 27 Art.38 de la Ley.

para ejercer el derecho de información. Con él queda garantizado el principio de transparencia propio de una sociedad democrática, poniendo en conocimiento de las personas de donde pueden proceder los potenciales riesgos para sus derechos. Por otra al conocerse qué datos se procesan en una sociedad, quién los realiza, con qué fin, etc. se brinda a los particulares la información necesaria para después ejercitar, si así lo desea, los derechos de acceso, rectificación y cancelación²⁸.

De lo anterior se deduce obviamente que para que el mencionado Registro contenga tal información habrá sido necesaria la previa inscripción de todos los ficheros. Naturalmente así lo exige la LORTAD:

Artículo 38. El Registro General de Protección de Datos.

"2. Serán objeto de inscripción en el Registro General de Protección de Datos:

a) Los ficheros automatizados de que sean titulares las Administraciones Públicas.

b) Los ficheros automatizados de titularidad privada...

c) Los datos relativos a los ficheros que sean necesarios para el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación."

Dejando de lado la modalidad de inscripción que se establece para los ficheros de titularidad privada²⁹, y centrándonos en los ficheros automatizados de la Administraciones Públicas, a los que se refería la pretensión del demandante, conviene realizar unas cuantas consideraciones. No obstante comenzaremos con una observación que afecta con carácter general tanto a los ficheros de titularidad pública como privada:

- Como hemos dicho, este Registro forma parte de la estructura orgánica de la Agencia de Protección Datos" cuyo Estatuto fue aprobado por el Gobier-

■ 28 Esta doble perspectiva institucional y subjetiva la pone de manifiesto. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA en "La protección de los datos personales ante el uso de la informática..." (11 parte), cit., p.26.

■ 29 La LORTAD establece un mecanismo específico para poder ejercer el derecho de información con respecto a los ficheros de titularidad privada. Así el art. 24. Notificación e inscripción registral nos dice:

1. Toda persona o entidad que proceda a la creación de ficheros automatizados de datos de carácter personal lo notificará previamente a la Agencia de Protección de Datos.

2. Por vía reglamentaria se procederá a la regulación detallada de los distintos extremos que debe contener la notificación, entre los cuales figurarán necesariamente el responsable del fichero, la finalidad del mismo, su ubicación, el tipo de datos de carácter personal que contiene, las medidas de seguridad y las cesiones de datos de carácter personal que se prevean realizar..."

no mediante decreto a primeros del mes de mayo³⁰. Sin embargo, en la fecha en que se escriben estas páginas, -mediados de octubre- no se ha puesto todavía en marcha dicha Agencia y en consecuencia tampoco el Registro General de Protección de Datos³¹. El Sr. Olaverri cuando presentó su escrito, en 1986, no contaba con este sistema de Registro para hacer posible el ejercicio de sus derechos, pero tampoco parece claro que para cuando se ejecute esta sentencia haya sido creado³². La tardanza de la puesta en funcionamiento de este órgano imposibilita tanto la inscripción en este Registro de los ficheros de datos personales, tanto de titularidad pública como privada, creados tras la entrada en vigor de la LORTAD, como la de los ficheros anteriores existentes a este momento, los cuales conforme a la disposición adicional segunda deberían ser declarados antes del 31 de enero de 1994³³. Como consecuencia se hace imposible el ejercicio del derecho a la información, vía Registro General de Protección de Datos, para conocer la existencia de ficheros automatizados de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del fichero.

-Centrándonos en los ficheros automatizados de titularidad pública, resulta sumamente interesante detenernos en un artículo de la Ley, el dieciocho, dedicado expresamente a la creación, modificación y supresión de los ficheros de titularidad pública.

Artículo 18. Creación, modificación y supresión.

"1.La creación, modificación o supresión de los ficheros automatizados de las Administraciones Públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el "Boletín Oficial del Estado" o diario oficial correspondiente.

- 30 Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos. Boletín Oficial del Estado, nº 106, de 4 de mayo de 1993, pp. 13244 y ss.
- 31 El Estatuto de la Agencia de Protección de Datos establecía un calendario para su puesta en funcionamiento: había que proponer una serie de miembros para componer un Consejo Consultivo, y a partir de éstos el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, nombraría al Director, el cual, dicho sea de paso, está llamado a cumplir la mayoría de las funciones de la Agencia. La disolución de las Cortes, el pasado junio, retrasó estos plazos. Por otra parte, parecía lógico que para adoptar una decisión de esta trascendencia habría de esperarse a la formación del nuevo Gobierno. De este modo, muy recientemente según Orden de 15 de octubre de 1993 se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se nombran los Vocales del Consejo Consultivo de la Agencia de Protección de Datos, Boletín Oficial del Estado, nº 248, de 16 de octubre de 1993, pp. 29256 y ss. Sin embargo, falta aún por determinar el nombramiento del Director, pieza imprescindible para que comience a funcionar la Agencia.
- 32 Si se aplica para este caso el artículo 42 de la Ley 20/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a partir de la solicitud de ejecución de la sentencia, el Gobernador Civil tendría un plazo de tres meses para comunicar esta información al Sr. Olaverri. Sería deseable que para entonces se hubiese puesto en marcha la Agencia.
- 33 Disposicional adicional segunda. Ficheros existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.
"1. Dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica deberán ser comunicados a la Agencia de Protección de Datos los ficheros y tratamientos automatizados de datos de carácter personal existentes con anterioridad y comprendidos dentro de su ámbito de aplicación."

2. Las disposiciones de creación o de modificación de los ficheros deberán indicar:

- a) La finalidad del fichero y los usos previstos para el mismo.
- b) Las personas o colectivos sobre los que pretenda obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos.
- c) El procedimiento de recogida de los datos de carácter personal.
- d) La estructura básica del fichero automatizado y la descripción de los tipos de datos de carácter personal.
- e) Las cesiones de datos de carácter personal que, en su caso, se prevean.
- f) Los órganos de la Administración responsables del fichero automatizado.
- g) Los servicios o unidades ante los que pudieran ejercitarse los derechos de acceso, rectificación y cancelación...”.

De la lectura de este precepto se desprende que basta con la publicación de una disposición general para crear o modificar un fichero de titularidad pública. En principio, no se exige para nada la intervención de la Agencia en este primer momento. Otra cuestión es que, sin lugar a dudas, conforme a lo preceptuado por la Ley y el Estatuto de la Agencia estos ficheros deban de ser inscritos. En consecuencia cabría deducir que, a pesar de la situación actual en la que no se ha puesto en marcha la Agencia de Protección de Datos, ni en consecuencia el Registro, cualquier persona, mediante la consulta al Boletín Oficial del Estado o al diario oficial correspondiente, podría saber quién es el responsable, el domicilio, los fines -en definitiva, todos los datos necesarios para ejercitar el derecho de acceso, rectificación y cancelación- de todos los ficheros que se vayan , creando, o modificando. Además esta facultad no sólo existe para los nuevos ficheros sino que ha de entenderse que se debería extender también a los ficheros existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, pues, conforme a la disposición adicional segunda “los ficheros automatizados de las Administraciones Públicas deberán adoptar una disposición de regulación del fichero o adaptar la que existiera”. Esta adopción o adaptación de disposiciones debe interpretarse como una remisión a lo preceptuado por el artículo 18.

Esta interpretación, que posibilitaría el derecho de información en la actualidad, presenta, sin embargo, ciertas dificultades.

- Para comenzar hay que decir que se trataría de un ejercicio “parcial” del derecho de información. El derecho de información concebido como el derecho público a conocer la existencia de todos los ficheros automatizados se ejerce realmente a través del Registro General de Protección de Datos. Cuando el mismo entre en funcionamiento y cuando se inscriban todos los ficheros automatizados de titularidad pública anteriores a la entrada en vigor de la LORTAD y se vayan inscribiendo los de nueva creación así como las diversas modificaciones, el listado que de los mismos se publique si será realmente una garantía, una expresión del principio de transparencia para conocer “todos” los tratamientos automatizados que en manos de las Administraciones Públicas existen en ese momento en la sociedad española. Por tanto el ejercicio del derecho de información que ofrece la correlativa disposición general creadora de un fichero es un ejercicio parcial de este derecho, ya que solamente se irá conociendo en la medida en que se vayan publicando los ficheros en los Boletín o diarios oficiales y no se configura como la facultad de ver en su conjunto los tratamientos automatizados existentes en cada momento en el país.

- Hasta la fecha en que escribimos -17 de octubre- no ha sido publicada ninguna disposición general creadora o modificadora de fichero automatizado cuyo titular sean las Administraciones Públicas. Esto no quiere decir que en un futuro y antes de la entrada en funcionamiento del Registro General de Protección de Datos, si así se desea, no se vayan comenzando a publicar, pero, también es cierto, y dando por supuesto la complejidad que para ciertos ficheros automatizados anteriores supone la adaptación a lo establecido en la LORTAD, que si esta fuera la voluntad, nueve meses desde la entrada en vigor de la Ley es tiempo suficiente para poderlo haber llevado a cabo. En el fondo de todo esto quizás esté presente otra cuestión, a saber, la necesidad, a pesar de que explícitamente no se mencione en el artículo 18, de informe previo de la Agencia de Protección de Datos para poder crear o modificar un fichero de titularidad pública.

Así, la Exposición de Motivos de la LORTAD dice:

“ ...Con la pretensión de evitar una perniciosa burocratización, la Ley ha desechado el establecimiento de supuestos como la autorización previa o la inscripción constitutiva en un registro. Simultáneamente, ha establecido regímenes 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 el de aquéllos de titularidad pública. En efecto, en lo relativo a estos últimos, no basta la mera voluntad del responsable del fichero sino que es precisa norma habilitante, naturalmente pública y sometida al control jurisdiccional, para crearlos y explotarlos, siendo en estos supuestos el informe

previo del órgano de tutela el cauce idóneo para controlar la adecuación de la explotación a las exigencias legales y recomendar, en su caso las medidas pertinentes”.

Referencia, por tanto, al informe previo de la Agencia de Protección de Datos.

En este sentido el artículo 36 de la Ley establece que:

“Son funciones de la Agencia de Protección de Datos:

h) Informar, con carácter preceptivo, los proyectos de disposiciones generales que desarrollen esta Ley”.

Sobre este particular, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA³⁴ sostiene que, en efecto, el acto normativo de creación de un fichero público es una disposición general y por tanto en principio nos encontraríamos en la hipótesis del artículo 36.h): necesidad de informe previo de la Agencia. Pero, sin embargo, la creación, (o en su caso modificación) de un fichero no es una disposición general que desarrolle la LORTAD sino que se trata de un acto de aplicación de la Ley y este supuesto no se contempla en el mencionado precepto.

Sin embargo la no existencia de una definición jurídico-positiva de lo que se deba entender por desarrollo, unido a la mayor garantía que supondría la intervención de la Agencia para controlar que estas disposiciones adopten (o en su caso se adapten) una (a la) regulación legal, permitiría extender también para este supuesto, -conforme a una interpretación amplia del artículo 36.h)-, la exigencia del informe previo.

Por otra parte, en su opinión, el artículo 5 del Estatuto de la Agencia de Protección de Datos (en adelante EAPD) dedicado a la función consultiva de la Agencia abre un resquicio para una interpretación diferente, no centrada en este caso en una interpretación amplia del término “desarrollo”, pero con igual consecuencia. Así, conforme a este precepto, junto al informe preceptivo de los proyectos de disposiciones generales de desarrollo de la Ley, el apartado b) establece igualmente este informe preceptivo para cualesquiera proyectos de ley o de reglamentos que incidan en la materia propia de la Ley Orgánica 5/1992. De este modo se puede negar que la creación de un fichero sea desa-

■ 34 Vid. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “La protección de los datos personales ante el uso de la informática” (II parte), cit., 37, p.95.

rollo de la LORTAD pero no puede decirse que este mismo acto no incide en la materia propia de dicho texto legal³⁵.

Desde nuestro punto de vista, si bien el informe previo preceptivo sería un cauce sumamente interesante para la creación de estos ficheros, y así además lo demuestra la exigencia del mismo en otras legislaciones de protección de datos de nuestro entorno más próximo³⁶, no parece tan evidente que del texto de la Ley ni del EAPD se puedan extraer, al menos nítidamente, la solución que ofrece el profesor LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. El apartado b) del artículo 5 del Estatuto cuando se refiere a proyectos de ley o de reglamentos que incidan en la materia propia de la LORTAD está pensando en otro tipo de disposiciones como puedan ser leyes o reglamentos sectoriales (leyes relativas a secreto estadístico o información médica, tributaria, etc). Por su parte el silencio que a este respecto guarda el artículo 18 de la Ley y la interpretación un tanto forzada del apartado h) del artículo 36 con respecto a lo que se deba de entender por "desarrollo de la LORTAD" nos hace dudar de la exigencia de la necesidad de la intervención de la Agencia antes de la publicación de estos ficheros en el Boletín o diarios oficiales en la creación (o modificación) de ficheros de titularidad pública.

Dependiendo de la solución que en su día se determine podrá ocurrir que hasta que no se produzca la puesta en marcha de la Agencia, no se podrá ejercitar -aunque sea como dijimos de una manera "parcial"- el derecho de información, -en el supuesto de que el informe previo de la Agencia sea preceptivo-, o por el contrario a pesar de la no entrada en funcionamiento de la misma gracias a la publicación de estas disposiciones generales en el Boletín o diarios oficiales se podrá ir conociendo aunque sea paulatinamente informaciones de los ficheros que se vayan creando o adaptando, (identidad del responsable, domicilio, categoría de destinatarios, fines, etc) las cuales forman parte del derecho de información.

Lo cierto es que la publicación oficial de estas disposiciones generales ofrece no sólo en el momento actual, -si tales disposiciones fueran publicadas antes de la puesta funcionamiento del Registro- sino también hacia futuro -cuando el citado órgano de la Agencia haya sido puesto en marcha- la posibili-

■ 35 Esta nueva interpretación que ofrece el EAPD la recoge el autor en su obra más reciente. Vid P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "Informática y Protección de datos personales..." cit, nota 118, p.93.

■ 36 Así el artículo 15 de la Ley Francesa nº78-17, de 6 de enero de 1978, sobre Informática, ficheros y libertades exige el previo dictamen motivado de la Comisión Nacional de Informática y de las Libertades para los tratamientos de informaciones nominativas efectuados por cuenta del Estado, de un organismo público o de una entidad territorial, o de alguna persona jurídica de derecho privado.

dad de que el lector del BOE o en su caso de los diarios oficiales (si bien una escasa minoría del país) conozca con anterioridad a la inscripción en el Registro, toda la información necesaria para ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación³⁷. En cualquier caso se ha de reseñar que estas conclusiones, en lo que respecta a la posibilidad de ejercicio de estos últimos derechos, deben ser relativizadas.

El derecho de información, sea cual sea el momento, (sin o con órgano de tutela) nunca debe ser una condición previa para el ejercicio del derecho individual a conocer o derecho de acceso. En consecuencia, no hace falta el que se sepa que un fichero existe, basta con que exista para que sea accesible³⁸. Ahora bien, en estos momentos transitorios antes de la puesta en funcionamiento de la Agencia, -concretamente del Registro General- y si fuera factible publicar las mencionadas disposiciones sin necesidad de intervención de la misma, la información que se obtiene de la consulta a los boletines o diarios oficiales podría servir, -especialmente con respecto a los ficheros anteriores a la Ley (pues como veremos más tarde el conocimiento de los datos los ficheros de nueva creación se puede obtener por otras vías)- para conocer, además de qué ficheros existen, quién es el responsable, qué fines se persiguen con los mismos, etc -manifestaciones por otro parte interesantes del derecho de información-, en qué tipo de ficheros estamos registrados. Este tipo de información hasta el momento actual no era posible saberse en España, pero la disposición general creadora del fichero la facilita al establecerse que ésta deberá indicar "las personas o colectivos sobre los que pretenda obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos".

Como ya se ha puesto de manifiesto, además de esta vía, -la publicación en boletín o diarios oficiales de las disposiciones relativas a ficheros de titularidad pública- hay que decir que el mecanismo adecuado para ejercitar el derecho de información, cuando se ponga en marcha, será el Registro General de Protección de Datos. Su consulta será pública y gratuita y por tanto se ha de entender que este derecho se puede ejercer cuantas veces se quiera. Corresponde al Registro y a la Agencia "velar por la publicidad de la existencia de los ficheros automatizados de datos de carácter personal, con miras a hacer posible el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación". Esta publicidad, a mi entender debe ser entendida en el sentido más

■ 37 Esta circunstancia relativa a la posibilidad de conocer desde el primer momento la información de cada fichero automatizado de titularidad pública, también ha sido puesto de manifiesto por P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "Informática y Protección de datos personales...", cit., p.94.

■ 38 HERNANDO COLLAZOS, "La Comunidad Económica Europea y la Informática..." cit., p 87.

amplio posible. La Ley y el EAPD se refieren únicamente a la publicación y difusión anual de un catálogo que contenga la relación de los ficheros automatizados inscritos en el Registro³⁹. Pero, para ello, habrá que esperar un año desde que comience a funcionar la Agencia y además y posteriormente para que este listado sea conocido por el número máximo de personas habrá que darle una buena difusión. Lo más acertado es que desde el primer momento en que se vayan inscribiendo los ficheros automatizados pudieran ser conocidos. Así además de la consulta al Registro, sería sumamente interesante que se arbitraran medidas -como se viene realizando en países vecinos- a las cuales se podría hacer referencia, por ejemplo, en el reglamento que en su día desarrolle el derecho de acceso⁴⁰ tales como la difusión del listado de los ficheros que existan y que se vayan creando en publicidad oficial en ayuntamientos, prensa local, etc⁴¹.

En cuanto a la consulta al Registro o a la Agencia también resulta ilustrativo el ejemplo francés, donde la lista de los tratamientos automatizados, (además de otras cuestiones, como puedan ser las recomendaciones o decisiones de la institución de control, o la información sobre los derechos de la persona, etc) pueden ser accesibles por un servicio telemático de información⁴².

La adopción de medidas como estas conseguiría materializar el derecho de información pues tanto la LORTAD como el EAPD insisten reiteradamente además de, en la necesidad de velar por la publicidad de los ficheros automati-

- 39 El art. 36 de la LORTAD establece que: "Son funciones de la Agencia de Protección de Datos:
j)Velar por la publicidad de la existencia de los ficheros automatizados de datos con carácter personal, a cuyo efecto publicará periódicamente una relación de dichos ficheros con la información adicional que el Director de la Agencia determine". Por su parte, el art.7 del EAPD denominado "Publicidad de los ficheros automatizados" especifica que se tratará de un catálogo anual de los ficheros inscritos en el Registro General.
- 40 El artículo 16 de la Ley establece que el procedimiento para ejercitar el derecho de acceso, será establecido reglamentariamente.
- 41 A estas medidas y a otras más se refiere la deliberación n°80-10 del 1 de abril de 1980 de la Comisión Nacional de Informática y Libertades francesa (C.N.I.L.) que adopta una recomendación relativa a la puesta en funcionamiento del derecho individual al acceso a los ficheros automatizados. (J.O. de 29 de mayo de 1980). Este texto se encuentra recogido en la obra de J. FRAYSSINET "Informatique, fichiers et libertés". Ed. Litec, pp. 211 yss.
- 42 El servicio telemático de información (Minitel 3615, código CNIL) es accesible desde el 2 de abril de 1990. Funciona 24 horas al día e informa de diversas cuestiones como las arriba apuntadas y de otras más, por ejemplo: funciones de la CNIL, el sistema para la declaración de los tratamientos, flashes de actualidad, etc. El número mensual medio de conexiones es superior a 600 y el tiempo medio de una consulta es del orden de 6 minutos. De todo ello se da cuenta en el "11e Rapport de la Commission Nationale de l'informatique et des libertés 1990". C.N.I.L., La documentation française, París, 1991, p.94. Por otra parte, la propia Ley 20/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece en su artículo 45.2: "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 respeto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento".

zados, en la de “informar a las personas de los derechos que la Ley les reconoce en relación con el tratamiento automatizado de sus datos”⁴³. Para ello, para difundir esta información, se establece que la Agencia podrá promover campañas de difusión, valiéndose de los medios de comunicación social.

Estas campañas de difusión son decisivas para que los ciudadanos conozcan sus derechos, sobre todo en el momento actual que existe un profundo desconocimiento sobre esta materia. Por lo tanto, esta actividad de difusión debería estar formulada como una obligación de la Agencia y no como una mera posibilidad⁴⁴. Por otra parte, si se llevara a la práctica, se debería informar asimismo de cómo han de ejercitarse estos derechos. En relación por ejemplo del derecho que hemos estudiado, el derecho de información, se habrá de mencionar todas las vías existentes para el ejercicio del mismo. Así la consulta al Registro -con todas las formas posibles que se adopten para su conocimiento, consulta oral, escrita, por vía telemática, etc-, la posibilidad de consultar o informarse del listado de los ficheros existentes y de los que se vayan creando (o modificando) por los medios que se establezcan (Boletín o diarios oficiales, publicidad en lugares oficiales, prensa..) y la difusión del catálogo anual de ficheros y de la memoria anual que publique la Agencia (p.e distribución en el seno de la Administración y de las empresas privadas). Para todo ello habría que reservar ciertos espacios en la radio, televisión, prensa, etc y no estaría de más la publicación, a modo de guía, de todas estas cuestiones.

Hechas todas estas consideraciones sobre el derecho de información, (con especial relación a los ficheros de titularidad pública), a los instrumentos para ejercitar este derecho en la situación actual antes de la entrada en funcionamiento de la Agencia -y del Registro-, y a los mecanismos que garantizarían un mejor conocimiento y práctica del mismo, volvamos a los términos en que debe ser interpretado el fallo de la sentencia del Tribunal Constitucional anteriormente estudiada.

Con respecto al derecho de información el TC reconoce al actor el derecho a que el Gobernador Civil le comunique la existencia de los ficheros automatizados de datos de carácter personal, dependientes de la Administración Civil del Estado, las finalidades de estos ficheros, y la identidad y el domicilio

■ 43 Art. 36 e) de la ley y art. 4 del EAPD. En este sentido, la CLI entre sus propuestas de enmienda al Anteproyecto de Real Decreto de Estatuto de la Agencia de Protección de Datos proponía la creación de una Oficina de Información y Asesoramiento en el órgano de la Agencia encargado de atender las peticiones de información y asesoramiento que ésta recibiera por parte de los ciudadanos, empresas u organizaciones en relación con la Agencia o la aplicación de la LORTAD.

■ 44 Art. 4 del EAPD. La CLI en relación con el estatuto formulaba un cambio de redacción en vez de la Agencia de Protección de Datos “podrá” la Agencia de Protección de Datos “deberá”.

de cada una de la autoridades responsables de los mismos. Previamente en este mismo fundamento jurídico, el noveno, expone que:

“La creación del Registro General de Protección de Datos, y el establecimiento de la Agencia de Protección de Datos, facilitarán y garantizarán el ejercicio de los derechos de información y acceso de los ciudadanos a los ficheros de titularidad pública, y además extienden su alcance a los ficheros de titularidad privada. Pero ello no desvirtúa el fundamento constitucional de tales derechos, en cuanto imprescindibles para proteger el derecho fundamental a la intimidad en relación con los ficheros automatizados que dependen de los poderes públicos. *Ni tampoco exonera a las autoridades administrativas del deber de respetar ese derecho de los ciudadanos, al formar y utilizar los ficheros que albergan datos personales de éstos, ni del deber de satisfacer las peticiones de información deducidas por las personas físicas en el círculo de las competencias propias de tales autoridades.*”⁴⁵

Del texto anterior cabe deducir la siguiente conclusión:

- Tanto en ausencia de desarrollo legislativo del art. 18.4 CE, (situación en la que se encontraba el demandante en 1986), como tras la entrada en vigor de la LORTAD pero sin producirse la puesta en funcionamiento del Registro y de la Agencia General de Protección de Datos (situación en la que se produce la sentencia) o como tras su “creación” y “establecimiento” (situación futura), las autoridades administrativas deberán satisfacer las peticiones de información que les soliciten las personas físicas, si bien en el círculo de sus competencias.

El derecho de información, como hemos venido afirmando, presupone que se conozcan qué ficheros automatizados existen en esa sociedad, quién es el responsable de los mismos, qué fines, qué personas o colectivos, ante qué servicios se debe ejercitar, etc. La vía que en España se ha adoptado para posibilitar el ejercicio de este derecho es la inscripción de estos ficheros automatizados con todos esos extremos en un Registro Público. Evidentemente, y si cuando se ponga en funcionamiento se realiza de forma correcta, no hay ningún problema para que cualquier autoridad administrativa controla al día toda esta información, -incluso por consulta telemática al Registro-, sin embargo a falta de la puesta en funcionamiento del mismo la obtención de esta información puede ofrecer dificultades. Así, en opinión del Abogado del Estado:

“Parece obvio que la petición se dirigió al Gobernador Civil como representante permanente del Gobierno de la Nación en la provincia, pero es igual-

■ 45 El subrayado es nuestro.

mente evidente que carecía de los medios precisos para poder satisfacer la prestación informativa que se le recababa. Cada uno de los ficheros tienen sus propias y específicas normas, por no hablar de los ficheros de índole tributaria... la información sólo se hubiera podido suministrar si se hubiera producido una intervención legislativa previa, que hubiera organizado las garantías complementarias previstas en el art. 8 del Convenio europeo de 1981." (Antecedente sexto).

Por tanto, conforme a esto, en ausencia de desarrollo legislativo, como era la situación en 1986, no se podría obtener del Gobernador Civil satisfacción a esta pretensión. En la época actual la entrada en vigor de la LORTAD podría permitir al mismo un mejor conocimiento de los ficheros automatizados de las Administraciones Públicas, si como pusimos de relieve, a pesar de la no intervención de la Agencia estos nuevos ficheros se fueran creando y los anteriores a la Ley adaptando o adoptando por medio de las correspondientes disposiciones generales. Sea como fuere y en cualquier caso seguiría faltando el mecanismo adecuado, el funcionamiento del Registro General, para el correcto ejercicio del derecho de información.

Sin embargo, el TC opina -como hemos visto anteriormente- que el Gobernador Civil, cuando el actor lo solicitó en 1986, debería haber satisfecho esta demanda y por supuesto, tampoco, en la actualidad nada impide que el Gobernador satisfaga esta pretensión.

"El que un determinado órgano administrativo disponga, o carezca, de los medios materiales o de las atribuciones competenciales precisos no sirve para discernir los derechos de un ciudadano, especialmente si esos derechos son declarados por la Constitución. La cuestión que debemos determinar en este proceso es si el actor tenía o no derecho, en virtud del art.18 CE, a que la Administración le suministrase la información que solicitaba. Si tiene derecho a ella, es deber de todos los poderes públicos poner los medios organizativos y materiales necesarios para procurársela.." (fundamento jurídico tercero).

En consecuencia, para el TC la ausencia de medios organizativos, cuando el actor presentó su solicitud, o en este momento debido al retraso en la puesta en funcionamiento de la Agencia y del Registro, no exonera al Gobernador Civil de si existe este derecho de información, este derecho a conocer la existencia de los ficheros automatizados, poner todos los medios posibles para conseguirle esta información. El que la creación del Registro facilite el ejercicio de este derecho no significa que mientras éste no se ponga en funcionamiento

no se deban satisfacer las peticiones de información, aunque resulte más difícil llevarlo a cabo⁴⁶.

Por tanto el Sr. Olaverri podrá obtener del Gobernador Civil de Guipúzcoa esta información en breve plazo desde el momento en que se solicite la ejecución de la sentencia⁴⁷.

No creo que imitando la demanda estudiada abunden solicitudes, antes de que comience a funcionar el Registro General, requiriendo a cualquier órgano de la Administración el derecho a conocer la existencia de ficheros automatizados públicos. Pero si así fuera las Administraciones deberían poner todos los medios para satisfacer estas peticiones. Desde luego, la mayor dificultad estribaría en conseguir adecuadamente toda esta información: relación de ficheros, identidad y domicilio de responsables, fines, etc. Por otra parte, hasta que no comience a funcionar el Registro General no se podrá, dado el caso y si fueran numerosas las solicitudes de derecho de información dirigidas a una Administración concreta con el fin de evitar colapsos, remitir las mismas al mencionado órgano de la Agencia⁴⁸.

Para terminar una última observación. El demandante solicitó información sobre los ficheros automatizados de la Administración del Estado o cualquier organismo de ella dependiente pero como es lógico, conforme al ámbito de sus competencias el Gobernador Civil sólo le podrá dar información de los ficheros de la Administración Civil del Estado, quedando por tanto excluida la Administración Militar⁴⁹. Por otra parte, tampoco le dará la información relativa a los ficheros de las Comunidades Autónomas y de sus Territorios Históricos. No obstante, cuando entre en funcionamiento el Registro General de Protección de Datos, éstos también deberán inscribirse en el mismo

■ 46 Al menos actualmente conforme al artículo 18 y la disposición adicional segunda los ficheros automatizados de titularidad pública estarán a punto de adoptar una disposición de regulación o de adaptar la ya existente.

■ 47 Como hemos puesto de manifiesto en la nota nº 30, de aplicarse para este caso el artículo 42 de la Ley 20/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en un plazo de tres meses.

■ 48 Con respecto a este derecho de información, la respuesta por el Registro de las solicitudes de información que la Administración le remitiera cumpliría perfectamente "el deber de satisfacción a las peticiones de información" por las autoridades administrativas a la que alude el TC en esta sentencia.

■ 49 En Francia, por ejemplo, el Consejo de Estado puede establecer que los actos reglamentarios relativos a ciertos tratamientos relativos a la seguridad del Estado, la defensa o la seguridad pública no sean publicados (art 20 de la Ley Francesa nº 78-17, de 6 de enero de 1978, sobre Informática, ficheros y libertades), y por tanto las personas sobre estos tratamientos no sepan que existen, quién es el responsable, los fines, etc. Es decir se les niega en relación a los mismos el derecho de información (aunque después, como hemos comentado en nota 25, por medio de la CNIL, se pueda ejercitar el derecho de acceso). La LORTAD no dice nada sobre este tema. En consecuencia sería deseable que al menos se supieran estas informaciones independientemente que después con respecto a este tipo de ficheros la Ley establezca que el derecho de acceso no es o es difícilmente posible.

según especifica el art. 24 del EAPD. De esta manera podrán ser conocidos, sin perjuicio de que si así lo desean las Comunidades Autónomas puedan crear sus propios registros públicos en el ámbito de sus competencias (art. 40.2 de la LORTAD).

En relación con el derecho de acceso, conviene distinguir, como se hizo en páginas anteriores:

a) El derecho del individuo a conocer la existencia de información que le concierne en un fichero determinado.

b) El derecho del individuo a conocer el contenido de la información que le concierne en un fichero determinado.

Mientras que el artículo 8 b) del Convenio 108 se refería expresamente a estos dos aspectos -"la confirmación de la existencia o no en el fichero automatizado de datos de carácter personal que conciernen a dicha persona, así como la comunicación de dichos datos de forma inteligible"- el legislador español ha optado por no hacer alusión expresa a los mismos, aunque se ha de entender que la redacción genérica del artículo 14 de la LORTAD garantiza ambos derechos:

"1. El afectado tendrá derecho a solicitar y obtener información de sus datos de carácter personal incluidos en los ficheros automatizados".

Sin lugar a dudas, la solicitud y obtención de información se puede referir tanto a la existencia o a la ausencia de datos que le afectan como al contenido de los mismos.

Así, y con respecto al derecho a conocer si existen datos referidos a una persona determinada en los ficheros automatizados hay que distinguir la situación de los ficheros previos y la de los posteriores a la entrada en vigor de la LORTAD.

En este sentido el artículo 5 de la Ley denominado "derecho de la información en la recogida de los datos" establece la obligación de informar de modo expreso, preciso e inequívoco a quien se solicite datos personales de la existencia del fichero automatizado, la finalidad de la recogida de los datos y los destinatarios de la información, el carácter obligatorio o facultativo de la respuesta, las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos, la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación, y de la identidad y dirección del responsable del fichero.

Por tanto, en relación a los ficheros posteriores a la Ley, (o ficheros anteriores a la misma pero que soliciten de nuevo datos personales) las personas podrán conocer en qué ficheros están registrados, qué tipo de datos se registran y quién es el responsable de ficheros si se quiere ejercitar posteriormente sus derechos.

Hace siete años cuando el Sr. Olaverri dirigió su solicitud al Gobernador Civil, el actor desconocía qué ficheros existían, en cuáles se encontraba registrado y qué datos de él constaban en los mismos. En el momento actual, exceptuando la situación de los ficheros que se creen tras la entrada en vigor de la Ley o de los anteriores a la misma pero que soliciten nuevamente datos personales al titular de los datos que quiera saber si está o no incluido en los distintos ficheros automatizados y qué datos de él se contienen no le quedará más remedio que dirigirse y acceder a todos los posibles ficheros⁵⁰.

Según tuvimos ocasión de comprobar, en un futuro próximo, la entrada en funcionamiento del Registro General de Protección de Datos puede, en parte, facilitar esta labor. Así a pesar de que de este órgano sólo se podrá conocer el listado de los ficheros existentes, pero no si un determinado fichero contiene datos nuestros y en qué sentido, el EAPD establece que en los asientos de inscripción de los ficheros de titularidad pública habrá de figurar toda la información contenida en la disposición general de creación o modificación del fichero⁵¹. Como tuvimos ocasión de ver, una de estas informaciones es la relativa a "las personas o colectivos sobre los que pretenda obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos". Por lo tanto, si no nos encontramos en el supuesto del artículo 5 y por tanto no conocemos en qué ficheros estamos registrados, esta información mencionada puede servir a modo de orientación para el posterior ejercicio del derecho de acceso⁵².

En cualquier caso se ha de decir que la solución más adecuada consistiría en informar a los afectados en qué ficheros anteriores a la entrada en vigor de la LORTAD se encuentran registrados, y qué datos de cada uno constan en cada uno de ellos. Sin embargo, la disposición adicional segunda que se ocupa

■ 50 M. LOPEZ-MUNIZ GONI critica lo anómalo de esta situación en "Jornadas Abogacía e Informática...", cit., p. 92.

■ 51 Art. 24.2 del EAPD: "En los asientos de inscripción de los ficheros de titularidad pública figurará, en todo caso, la información contenida en la disposición general de creación o modificación del fichero, de conformidad con lo previsto en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre.

■ 52 Cuando hablamos del derecho de información se hizo referencia a que si se publicarán estas disposiciones sin necesidad de intervención de la Agencia en estos momentos transitorios antes de la puesta en funcionamiento de la misma, concretamente del Registro General- esta misma información acerca de las personas o colectivos sobre los que pretenda obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos" le servirá de ayuda a quien siguiera la publicación de las mismas en el Boletín o diarios oficiales para saber a qué ficheros determinados le interesa dirigirse.

de los ficheros que existían previamente a la Ley silencio por completo esta cuestión⁵³.

Además por otra parte, las numerosas excepciones con las que cuenta la Ley hará muy difícil incluso con respecto a los ficheros posteriores a la Ley (o a ficheros anteriores que entren dentro del supuesto del artículo 5) conocer a una persona con precisión en todos y cada uno de los ficheros en que se encuentra. Así toda la información a la que se alude en este precepto podrá ser obviada según el apartado 3 del mencionado artículo 5 “si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban” o “si la información al afectado impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o cuando afecte a la Defensa Nacional, a la Seguridad Pública o a la persecución de las infracciones penales y administrativas”. (art. 22). Además del sistema de cesiones de datos, en el que en determinados casos no es necesario el consentimiento del afectado y por tanto el titular pierde el control de dónde y cómo se registran los datos que él un día dió.

Visto el régimen que la LORTAD establece, si bien podrá haber un mayor conocimiento acerca de en qué ficheros de nueva creación nos encontramos y qué datos se contienen, en relación a los ficheros anteriores a la Ley, la certeza no es ni mucho menos absoluta sobre todo en lo que se refiere a los ficheros de titularidad pública.

Por todo ello, se hace necesario que el ejercicio del derecho de acceso, cuyo procedimiento queda remitido a la vía reglamentaria, se regule de la manera más flexible en la medida de las posibilidades.

Así nada debe de impedir que dicho derecho se ejercite:

- solicitando que se le informe si en determinado fichero constan o no datos que le conciernan y que esta información sean comunicada.

- pidiendo ante el responsable de fichero si en sus registros consta información sobre él y en caso positivo se le comunique toda ella.

■ 53 La disposición adicional segunda establece: 1. Dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica deberán ser comunicados a la Agencia de Protección de Datos los ficheros y tratamientos automatizados de datos de carácter personal existentes con anterioridad y comprendidos dentro de su ámbito de aplicación”. Esta comunicación a la Agencia de Protección de Datos de todos estos ficheros automatizados está pensando en la inscripción de los mismos, y no creo, aunque fuera deseable, que posteriormente, la Agencia o los responsables de los ficheros notifiquen a los afectados en qué ficheros se encuentran, y menos aún qué datos de ellos se contienen.

Para la primera opción hay que conocer la existencia de un fichero determinado, información difícil de saber si previamente no se conocen qué ficheros existen. Ya vimos las posibilidades que la LORTAD establece para el conocimiento de los mismos (consulta al Registro, publicación Boletín o diarios oficiales para los ficheros de titularidad pública, catalogo anual de ficheros inscritos..) y las medidas que para facilitar el derecho de información se podrían arbitrar (publicidad en ayuntamientos, prensa, acceso telemático, campañas de difusión...) ⁵⁴ y por tanto nos remitimos a lo que anteriormente se ha dicho. Simplemente poner de relieve que esta forma de ejercicio resulta prácticamente imposible para el demandante en 1986, y bastante difícil en el momento transitorio en el que nos encontramos antes de la puesta en funcionamiento del Registro (a no ser que conforme al artículo 5 se estuvieran ya solicitando datos y se informara en qué fichero van a quedar registrados y quién es el responsable de los mismos) ⁵⁵ .

La segunda opción, y centrándonos en los ficheros de titularidad pública, es la que adopta el Tribunal Constitucional en esta sentencia pues reconoce el derecho de acceso del Sr. Olaverri a todos los ficheros sobre los que ostente competencia el Gobernador Civil.

Hasta que no se sepa con mayor precisión qué ficheros automatizados existen ni tan siquiera quién responde de ellos ni en el caso de los ficheros de titularidad pública ante qué servicios o unidades administrativas se pueden ejercitar estos derechos, lo más lógico es que quien deseara ejercitar este derecho se dirigiera a la Administración pidiendo que se le comunique los datos que a él le conciernen de todos los ficheros automatizados sobre los que ostente competencia. Pero también posteriormente, cuando entre en funcionamiento la institución de control, como hemos advertido, debido al régimen de excepciones que establece en la Ley, puede resultar sumamente interesante el dirigirse a un órgano o autoridad de la Administración para que nos comunique toda la información que sobre nosotros exista en todos sus ficheros automatizados.

Por otra parte, de las palabras del propio Tribunal Constitucional se deduce que siempre en cualquier momento: en ausencia de desarrollo legislativo, tras la entrada en vigor de la LORTAD, ya aunque se haya “creado” el Registro General o “establecido” la Agencia de Protección de Datos las autoridades administrativas deberán de satisfacer las peticiones de información que

■ 54 Así como las dificultades para ejercitar este derecho mientras no se ponga en funcionamiento el Registro General de Protección de Datos.

■ 55 O la posibilidad mencionada de que se estuvieran publicando ya en el Boletín o diarios oficiales las disposiciones generales creadoras o modificadoras de ficheros de titularidad pública.

se les soliciten en el ámbito de sus competencias. Por tanto esta segunda modalidad de derecho de acceso también debería quedar garantizada, en opinión del Constitucional. También la propia redacción del artículo 14 de la LORTAD “derecho a solicitar y obtener información de sus datos de carácter personal incluidos en los ficheros automatizados” permite amparar una petición de información de forma generalizada ante el responsable de fichero.

Una precisión debe ser realizada. El responsable del fichero será el órgano de la Administración que como su nombre indica “responde”, pero la solicitud de derecho de acceso debe ser dirigida en el caso de los ficheros de titularidad pública a los servicios o unidades que figure en la disposición general creadora o modificadora del fichero en cuestión. Hasta que no se ponga en marcha el Registro sería difícil que se pudiera conocer este dato, e incluso podría ocurrir que no se haya asignado todavía este servicio, no obstante la Administración deberá responder. Es más a pesar de que tal información pudiera ser conocida -incluso cuando se inscriban dichos ficheros- pero el solicitante no supiera este dato, no debería haber inconveniente para que éste presentara su solicitud en la sede de la Administración correspondiente y gracias a la propia organización interna se encaminará la demanda ante el servicio o unidad competente. En este sentido, aunque sea conveniente arbitrar medidas -a las que ya aludimos- para que el solicitante sepa a quién dirigirse (vía Registro, publicidad en lugares oficiales, etc) las informaciones que contienen los ficheros públicos deben ser accesibles, si la Ley lo permite, aunque previamente no se haya ejercitado el derecho de información o no se conociese exactamente la información para dirigirse a un fichero⁵⁶.

Otras cuestiones relativas al derecho de acceso, también están presentes en este recurso de amparo. Así el TC hace alusión, coincidiendo con lo expuesto en la demanda del solicitante y con el art. 8 b) del Convenio 108 a que el Gobernador Civil le comunique al Sr. Olaverri la información solicitada “sin demora” y “en forma inteligible”.

En cuanto a la comunicación “sin demora”, es interesante que el Constitucional lo recuerde. El problema consiste en determinar cuál será el plazo

■ 56 Por su parte, el artículo 37 de la Ley 20/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece con respecto al derecho de acceso a los archivos administrativos que éste “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”. El ámbito de este derecho de acceso y al que nos referimos es diferente pero el precepto mencionado puede tener un valor orientativo. Asimismo la Deliberación -ya citada- nº80- 10 del 1 de abril de 1980 de la C.N.I.L. que adopta una recomendación relativa a la puesta en funcionamiento del derecho individual de acceso a los ficheros automatizados recuerda que la CNIL podrá acordar, a instancia del responsable de fichero, que no sean tomadas en consideración ciertas solicitudes manifiestamente abusivas por su número, su carácter repetitivo o sistemático.

razonable. Ante el silencio de la LORTAD al respecto, sin lugar a dudas esta será una de las cuestiones que habrá de resolver el reglamento que desarrolle el ejercicio de este derecho⁵⁷. Por su parte, la Ley sí alude expresamente a la comunicación de la información en "forma inteligible", admitiendo en cualquier caso una gran variedad de formas. Así según el párrafo 2º del artículo 14:

"La información podrá consistir en la mera consulta de los ficheros por medio de su visualización o en la comunicación de los datos pertinentes mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible e inlegible, sin utilizar claves o códigos convencionales que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos"⁵⁸.

Para terminar, como el propio TC expone, "el reconocimiento de estos derechos derivados del art. 18 CE, no obsta a que la autoridad administrativa deniegue, mediante resolución motivada, algún extremo de la información solicitada, siempre que dicha negativa se encuentre justificada por alguna excepción prevista por la Ley, incluido el propio Convenio de 1981". En este sentido, la LORTAD contempla una serie de supuestos conforme a los cuales el derecho de acceso puede quedar exceptuado:

Artículo 21. Excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación:

" Los responsables de los ficheros que contengan los datos a que se refieren los apartados 2, 3 y 4 del artículo anterior⁵⁹ podrán denegar el acceso, la rectificación o la cancelación en función de los peligros que puedan derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los dere-

■ 57 El art. 14.4 de la Propuesta modificada de Directiva Comunitaria dice que los Estados miembros reconocerán al interesado el derecho a "obtener, previa petición, con una frecuencia razonable, sin esperas ni gastos excesivos, la confirmación de la existencia o inexistencia de datos personales. . . así como, en su caso, la comunicación de esos datos...en forma inteligible";. También la mencionada Deliberación francesa relativa al derecho individual de acceso dice que la respuesta debe ser comunicada en "breve plazo", si bien regula algunas excepciones el plazo para contestar nunca podrá superar los tres meses.

■ 58 Además de estas cuestiones, el párrafo 3º de este mismo artículo hace referencia a la frecuencia en el ejercicio del derecho de acceso. De este modo será posible hacer uso de esta facultad "a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el afectado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrá ejercerlo antes". En opinión de M. DAVARA RODRIGUEZ hubiese sido preferible no limitar este plazo tan categóricamente, sino que se hubiese podido ejercitar las veces que se quisiera, sin la rigidez de "acreditación" de interés legítimo. Vid al citado autor en "La ley española de protección de datos (LORTAD): ¿una limitación del uso de la informática para garantizar la intimidad?(I)" en Actualidad Jurídica Aranzadi, de 19 de diciembre de 1992, p.3. Por otra parte, aunque el Convenio hace referencia a la obtención de la información sin gastos excesivos", no obstante la Ley silencia esta cuestión. Si bien dice que el Registro es gratuito (art. 13) y que no se exigirá contraprestación alguna por la rectificación o cancelación de los datos de carácter personal inexactos (art. 16.2), en la regulación reglamentaria del procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso se podría establecer el pago de un canon.

■ 59 Se refiere al artículo 20. Ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

chos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

2. Los responsables de los ficheros de la Hacienda Pública podrán, igualmente, denegar el ejercicio de los derechos a que se refiere el apartado anterior cuando el mismo obstaculice las actuaciones administrativas tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en todo caso, cuando el afectado esté siendo objeto de actuaciones inspectoras”.

Artículo 22. Otras excepciones a los derechos de los afectados.

“ 2. Lo dispuesto en el artículo 14 y en el apartado 1 del 15⁶⁰ no será de aplicación si, ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección...”

Sobran los comentarios. El último de estos preceptos (art.22) ha conducido, -como en su momento adelantamos-, a plantear sendos recursos de inconstitucionalidad al Defensor del Pueblo y al Grupo Parlamentario Popular⁶¹, sosteniendo que las excepciones que en el mismo se establecen pueden rebasar las dispuestas en el Convenio 108⁶².

Por lo tanto, el Sr. Olaverri cuando ejercite el derecho de acceso (o el de rectificación y cancelación) podrá encontrarse con estas limitaciones. Aun así, hay que recordar, (y en esto no nos detenemos pues excede el objeto de estudio), que también corresponde a la Agencia de Protección de Datos, como órgano de tutela el resolver, a instancia del interesado, la procedencia o improcedencia de la denegación de estos derechos⁶³.

Por último recordar que nos hemos centrado en los derechos de información y de acceso, pues tales eran los derechos tratados en esta sentencia. Sin embargo, y, como en su momento mencionamos, la LORTAD establece otra

■ 60 Se refiere al artículo 14. Derecho de acceso y al artículo 15. Derecho de rectificación y cancelación.

■ 61 Además también se recurren otros preceptos. Sobre el Boletín Oficial del Estado que recogía estos extremos dábamos cuenta en nota 9.

■ 62 En la nota 9 citábamos los autores que se han ocupado de los puntos más críticos de la ley. A ella nos remitimos. Si bien sobre este particular, pues lo tratan más detenidamente, cabe destacar a D. LOPEZ GARRIDO, “El Proyecto de Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal...”, cit., pp. 17 y ss., M. HEREDERO HIGUERAS, “La ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre...”, cit., pp. 2101-2104, así como la obra citada de P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “Informática y Protección de datos personales...”, cit., 101-111.

■ 63 El artículo 21.3 y 22.2 de la Ley establece la posibilidad de poner en conocimiento del Director de la Agencia la negativa del derecho de acceso. Asimismo el art. 12.2 del EAPD dispone que corresponde al Director de la Agencia: “ Resolver motivadamente sobre la procedencia o improcedencia de la denegación, total o parcial, del acceso a los ficheros policiales o tributarios automatizados”.

serie de derechos: Derecho de rectificación y cancelación (art. 15), derecho de indemnización (art. 17), derecho a la reclamación ante la Agencia (art.17). También ellos forman parte de la vertiente positiva, activa del derecho a la autodeterminación informativa .En consecuencia, el demandante, si es el caso, los podrá ejercitar.

IV. El derecho a la intimidad y el derecho a la Autodeterminación Informativa. Otras Denominaciones: El derecho a la libertad informática y el derecho a la privacidad. La posición del Tribunal Constitucional.

La estrecha conexión del derecho a la intimidad con la protección de los datos personales no se puede poner en tela de juicio. De hecho, la protección ante la informática arranca de este derecho. Sin embargo, en mi opinión, como muy acertadamente señala JIMENEZ ESCOBAR, esta innegable relación ha eclipsado el verdadero problema. Al ligar el derecho a la intimidad con la protección de los datos personales se ha producido una sustitución, "...por un concepto relacionado, pero distinto, cual es el ataque a la intimidad"⁶⁴.

La concepción del binomio informática-intimidad como un hecho indisoluble ha originado que, en el Estado, numerosos estudios, conferencias, trabajos, opiniones etc (salvando notorias excepciones a las que nos referiremos en párrafos posteriores) hayan sido "víctimas" de estas circunstancias . Dicho error , que se ha ido extendiendo y consolidando con el paso del tiempo, también encuentra, a mi modo de entender, sus manifestaciones en esta sentencia del Tribunal Constitucional que estamos analizando .

En cualquier caso, y antes de proceder a la "detección" de tales manifestaciones en el recurso de amparo que nos ocupa, interesa saber cuáles son las razones que han originado que el binomio informática-derecho a la intimidad se muestre a nuestro ojos como una verdad indiscutible para posteriormente destacar el papel magistral desempeñado por cierto sector de la doctrina que ante esta confusión reinante ha sabido enfocar (y enfoca) adecuadamente el problema de la protección de los datos personales.

JIMENEZ ESCOBAR señala que el derecho ante el problema, y necesidad, que suponía encuadrar este fenómeno nuevo de la irrupción informática

■ 64 Se sigue a R. J JIMENEZ ESCOBAR, ' Informática y derecho a la intimidad:una concepción que debe arrumbarse' en Jornadas Abogacía e Informática..., cit., p.85 .

en una categoría jurídica, encontró en la intimidad la respuesta jurídica adecuada. "El derecho a la intimidad era una libertad fundamental perfectamente estudiada, nacida como categoría jurídica el siglo pasado y sin el abolengo de otros derechos humanos, pero totalmente definida, acotada, documentada. Acudir a esta categoría evitaba la fatigosa tarea de crear un nuevo derecho (o el tener que prescindir de un determinado derecho) al que designar como objeto de la agresión de la nueva tecnología"⁶⁵.

Este autor añade además, que en numerosas ocasiones la agresión a la intimidad, es un antecedente previo y necesario para la posterior recogida, tratamiento y comunicación ilegítimos de los datos de carácter personal (se realizan estos procesos sin su consentimiento, por ejemplo, cuando éste debe ser requerido). Esto ha generado una confusión entre el fenómeno y su premisa.

Las causas ahí están. Sin embargo, esto no ha impedido que desde hace ya años, desde casi recién aprobada la Constitución, el profesor PEREZ-LUÑO, cuyos estudios en materia de protección de datos han alcanzado el máximo reconocimiento⁶⁶, se mostrará crítico ante el dogma establecido por el binomio intimidad-informática.

Posteriormente, y sobre todo a partir de 1984, este autor comienza a utilizar en sus escritos la expresión "derecho a la autodeterminación informativa"⁶⁷, (cabe destacar la excelente defensa que de su uso mantiene en los últimos años el constitucionalista LUCAS MURILLO DE LA CUEVA⁶⁸) denominación que desplaza en lo que se refiere a la cuestión de los datos personales al derecho a la intimidad. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre la Ley del Censo de Población de 15 de diciembre de 1983 constituye un hito fundamental en la afirmación del derecho a la autodeterminación informativa. Este nuevo derecho de construcción jurisprudencial (en la Ley Fundamental de Bonn no se encontraba ninguna referencia literal a este precepto) se refiere al derecho de toda persona a controlar el flujo de

■ 65 R. JIMENEZ ESCOBAR, "Informática y derecho a la intimidad...", cit., p.85.

■ 66 La enumeración de sus obras sobre esta materia sería muy prolíja. Citaremos entre otros algunos de sus más antiguos escritos. A. E. PEREZ-LUÑO, La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución de 1977 en Revista de Estudios Políticos, nº 9. Madrid, 1979; Informática y libertad. Comentario al art. 18.4 de la C.E." también en Revista de Estudios Políticos, nº 24. Madrid, 1981; "La defensa del ciudadano y la protección de datos" en Jornadas Internacionales sobre Informática y Administración Pública", cit., pp. 55 y ss; "La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo", en Anuario de Derechos humanos, nº4, 1986-1987.

■ 67 Así, A. E. PEREZ-LUÑO en "La defensa del ciudadano y la protección de datos. . .", cit., pp.55 ss; "Libertad informática y Derecho a la autodeterminación informática". Congreso sobre Derecho Informático, cit., pp. 359 y ss; o en Los derechos humanos en la sociedad tecnológica. . .", cit., pp. 155 y ss.

■ 68 P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "El derecho a la autodeterminación informática", Ed. tecnos, Temas clave, Madrid, 1990; P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "La protección de los datos personales ante el uso de la informática " (I parte) y (II parte), cit.,; " Informática y Protección de datos personales...", cit.

informaciones que a él le conciernen -tanto en la recolección como el posterior tratamiento y uso de los datos personales- mediante toda una serie de derechos subjetivos como el consentimiento, el derecho de acceso, rectificación, etc.

Centrándonos en el recurso de amparo, objeto de nuestro estudio, se observa la presencia de ambas corrientes. Veámoslo:

"...nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática"."

Y añade en el siguiente fundamento jurídico:

"La llamada "libertad informática" es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)."

Como vemos el Constitucional se refiere a un nuevo derecho, que califica de derecho de libertad, (libertad informática), el cuál es además garantía de otros derechos, especialmente el honor y la intimidad. Sin perjuicio de que posteriormente nos detengamos en la doble naturaleza de este "instituto" como derecho y garantía, lo importante en estos momentos es destacar que de las anteriores palabras del TC se deduce una filosofía y una concepción del 18.4 muy semejante a la mantenida por la doctrina anteriormente expuesta. Quizás en el Constitucional se observa una mayor reticencia a dar un nombre a este nuevo derecho, tímidamente se refiere a él como libertad informática frente a la expresión "derecho a la autodeterminación informativa" denominación más frecuentemente utilizada⁶⁹.

Sin embargo, curiosamente a lo largo del resto de los fundamentos jurídicos de esta sentencia el Constitucional abandona este lenguaje que incipientemente había empleado, y para referirse a la misma realidad que hemos comentado se decanta por la expresión "derecho a la intimidad":

■ 69 Así P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA dice: "El bien jurídico subyacente es la libertad informática o -en fórmula menos estética pero más precisa- la autodeterminación informativa". P.LUCAS MURILLO DE LA CUEVA "La protección de los datos personales ante el uso de la informática..." (I parte), cit., p. 17.

“...impide aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades puramente negativas..” (f. jco 7)

“...dichas facultades de información forman parte del derecho a la intimidad..” (f. jco 7)

“... la Administración demandada en este proceso vulneró el contenido esencial del derecho a la intimidad del actor...” (f. jco 8)

“...Pero ello no desvirtúa el fundamento constitucional de tales derechos⁷⁰, en cuanto imprescindibles para proteger el derecho fundamental a la intimidad en relación con los ficheros automatizados que dependen de los poderes públicos.” (f. jco 9), etc.

En estas citas el TC habla del derecho a la intimidad, unas veces como derecho que posee además una vertiente positiva, (derecho a controlar las informaciones, por medio de los derechos de información y acceso) y otras como el derecho que queda protegido por medio de estos derechos instrumentales.

Quizás el cambio en la terminología empleada obedece a que a lo largo de estos fundamentos jurídicos, el Constitucional se ocupa de responder al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado, los cuáles hablan continuamente del derecho a la intimidad.

La utilización de las expresiones derecho a la intimidad y derecho a la autodeterminación informativa como sinónimas nos confirman que el “error” también ha sido obviado por el Constitucional.

Además de las razones anteriormente apuntadas cabría añadir algunas otras para “arrumbar definitivamente el binomio derecho a la intimidad-informática”.

Mantener que el derecho a la intimidad es el marco adecuado para la protección de los datos personales significaría afirmar que este derecho ha ampliado su campo de protección de una manera extraordinaria. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA señala que esta interpretación le convertiría, en la práctica, en un derecho general de la personalidad y sería sumamente difícil la organización de una tutela jurídica que resultara eficaz para un bien de contornos imprecisos y de una naturaleza totalmente dinámica. Además habría que

■ 70 Se refiere al derecho de información y de acceso.

modificar la catalogación de ciertos datos que en el normal entendimiento, en el entendimiento cotidiano no se reconocen como íntimos⁷¹.

Hechos que no guardan ninguna relación con la intimidad como el supuesto de tener o no un automóvil o de ser cliente de una entidad financiera determinada, (ejemplos señala LUCAS MURILLO DE LA CUEVA⁷²) u otros hechos (puestos de relieve por JIMENEZ ESCOBAR⁷³) como la raza, la adición religiosa o la filiación política o la conducta sexual cuando se explicita públicamente en determinados colectivos como forma de protesta, no pueden ser considerados íntimos. Sin embargo, todos estos hechos, y -especialmente estos últimos que aunque han perdido la condición de íntimos por hacerlos públicos la persona- necesitan una tutela legal frente a su tratamiento automatizado, cesión, etc.

La técnica de la protección de datos no se centra ni mucho menos con exclusividad en lo que se viene entendiendo como intimidad. En opinión de LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "si este fuese el bien jurídico por defender, la que habría que resguardar del peligro informático sería bastante poco". Sin embargo ciertos datos que en principio parecen inocuos, o datos que pueden ser sensibles pero no íntimos son los que entran de lleno en el bien jurídico nuevo que se protege: la libertad informática y que da lugar al nacimiento de un nuevo derecho fundamental, el derecho a la autodeterminación informativa.

Por su parte, la LORTAD tampoco menciona este derecho a la autodeterminación informativa, sin embargo resulta sumamente interesante su distinción entre la intimidad y la privacidad.

"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 la privacidad y no de la 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 persona- el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo- la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su persona-

- 71 p LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "La protección de los datos personales ante el uso de la informática ..." (I parte), cit., pp. 15-18.
- 72 P.LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "La protección de los datos personales ante el uso de la informática..." (I parte), cit., p. 16.
- 73 R. JIMENEZ ESCOBAR, "Informática y derecho a la intimidad: una concepción que debe arrumarse" en Jornadas Abogacía e Informática..., cit., p.85.

lidad 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. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo.”

De estas reflexiones del TC se concluye fácilmente que lo que el legislador llama privacidad viene a coincidir prácticamente con lo que se ha venido denominando por la doctrina autodeterminación informativa⁷⁴. De esta manera, esta coincidencia se puede comprobar si se compara el texto que hemos subrayado del concepto de privacidad recogida en la Exposición de Motivos de la LORTAD con la formulación del derecho a la autodeterminación informativa en su nacimiento, en la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de diciembre de 1983

El Tribunal Federal Constitucional señala:

“De este modo un dato carente en sí mismo de interés puede cobrar un nuevo valor de referencia y, en esta medida, ya no existe, bajo la elaboración automática de datos, ninguno “sin interés”.

A pesar de que hubiese sido preferible el empleo por parte del legislador de la expresión derecho a la autodeterminación informativa -pues como hemos tenido ocasión de comprobar, ésta ya ha sido utilizada y estudiada por doctrina de peso- la preferencia por el término privacidad, como bien jurídico diferente del de la intimidad, permite, al igual que esta otra expresión, referirse a un nuevo derecho cuyo ámbito supera el que es comúnmente objeto de protección del derecho a la intimidad. Así en la Exposición de Motivos de la Ley se indica que mediante el desarrollo legislativo del 18.4 de la Constitución se obtiene “una protección reforzada de los derechos fundamentales del ciudadano, En este caso, al desarrollar legislativamente el mandato constitucional de limitar el uso de la informática, se está estableciendo un nuevo y más consistente derecho a la privacidad de las personas”.

■ 74 Así lo afirma LUCAS MURILLO DE LA CUEVA quién además añade que también se llega a esta misma conclusión al comprobar que la LORTAD establece como principio básico inspirador y como uno de los derechos de las personas el de consentimiento o el de autodeterminación “que otorga a la persona la posibilidad de determinar el nivel de protección de los datos a ella referentes”. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “La protección de los datos personales ante el uso de la informática ...” (1 parte), cit., p. 18.

Hasta ahora nos hemos decantado por la preferencia de la expresión derecho a la autodeterminación informativa (y en menor medida, pero también aceptable de esta otra, recogida en la LORTAD, derecho a la privacidad) como marco adecuada para la protección de datos personales. En mi opinión, sería sumamente importante por las razones indicadas, que se produzca el necesario deslinde entre el derecho a la intimidad y el derecho a la autodeterminación informativa.

Las referencias al derecho a la intimidad frente al uso de la informática y al derecho a la libertad informática empleadas por el TC en este recurso de amparo para referirse a realidades idénticas obedece a las causas que hemos ido apuntando. Ante los peligros del fenómeno informático se encontraba una respuesta inicial en un derecho que era perfectamente conocido y estudiado, el derecho a la intimidad. Además, y ya lo señalábamos como otra posible disculpa, es cierto que es el derecho a la intimidad el que queda vulnerado en muchos casos, cuando de manera ilegítima se recogen, tratan y comunican datos.

Sin embargo, a pesar de que estas razones conducen a la doctrina y hasta al propio Tribunal Constitucional a seguir siendo "víctimas" de la expresión derecho a la intimidad, hay que hacer una apuesta fuerte por la utilización de otra terminología perfectamente acuñada como es la del derecho a la autodeterminación informativa.