

## ***Derechos de los ciudadanos: Seguridad y garantías en la utilización de las TIC***

***D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José García Beato***



Como ha sido puesto de manifiesto por distintos autores que han estudiado el fenómeno, el indiscutible y creciente desarrollo de la utilización de las tecnologías de la información y comunicaciones conlleva, al mismo tiempo que evidentes beneficios en el desarrollo de la sociedad, riesgos para los ciudadanos que han de conducir necesariamente al reconocimiento de una serie de derechos al individuo derivados directamente del artículo 18 de la Constitución española con el fin de proteger su privacidad. Privacidad, que debe ser entendida, en el sentido acuñado por la doctrina, como un concepto más amplio que el de intimidad, al abarcar facetas de la personalidad que aisladamente pueden carecer de significación pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.

Son muchas las perspectivas desde las que pueden analizarse los derechos de los ciudadanos en relación con la utilización de las TIC, pero deben destacarse, como punto de partida, los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), derivados directamente del desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución española en relación con los ficheros con datos de carácter personal.

Con carácter previo, conviene tener en cuenta al estudiar las disposiciones de la LORTAD la necesaria influencia que debe tener en la misma la Directiva 95/46, de 24 de octubre, del Parlamento y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, cuyo plazo de transposición ha finalizado el 24 de octubre de 1998. El proyecto de modificación de la LORTAD se encuentra ya en el Congreso de los Diputados por lo que cabe esperar que sea aprobado en un breve plazo.

Partiendo del hecho de que la LORTAD, según establece su artículo 1, "en desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución, tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos", hay que destacar que, de acuerdo con el artículo 2.1 de la LORTAD, "será de aplicación a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizado, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado". La delimitación del ámbito de aplicación recoge la diferencia entre sectores público y privado, diferencia que se va a mantener a lo largo de todo el texto legal y que va a generar una distinta configuración del régimen de protección establecida en la misma. La Directiva 95/46/CE, sin embargo, no contiene ninguna disposición que consagre una diferencia como la actualmente existente en la LORTAD entre ficheros de titularidad pública y ficheros de titularidad privada, hecho que debe tenerse

presente con el fin de determinar si las disposiciones del actual texto de la LORTAD son compatibles con las de la Directiva y si tienen que ser modificadas como consecuencia de la transposición.

La Ley parte, como ya se ha puesto de manifiesto, de la distinción entre ficheros de titularidad pública y ficheros de titularidad privada, dedicándoles, en su Título IV, disposiciones específicas a cada uno de ellos. La Exposición de Motivos de la LORTAD justifica esta diferencia entre los ficheros de titularidad pública y privada, con una afirmación que, al menos, puede ser calificada de discutible. Dispone que "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". El problema radicaría en determinar si esta "facilidad" en su control puede llegar a justificar un régimen como el establecido en el Capítulo primero del Título IV de la LORTAD dedicado a los Ficheros de titularidad pública. Al analizar estos ficheros surgen numerosas cuestiones relativas a su uso y a la seguridad y garantías en su funcionamiento, más aún cuando hay que tener en cuenta que los ficheros de titularidad pública almacenan gran cantidad de datos de carácter personal, incluso especialmente protegidos, que pueden tener relación con casi todas las facetas de la personalidad.

La primera diferencia entre los regímenes aplicables se encuentra en la propia delimitación del ámbito de aplicación. Si bien el ámbito de aplicación se define positivamente en el artículo 2.1 de la LORTAD, el apartado 2 del mismo precepto lo define negativamente. En concreto, el citado apartado señala que "el régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley no será de aplicación: a) A los ficheros automatizados de titularidad pública cuyo objeto, legalmente establecido, sea el almacenamiento de datos para su publicidad con carácter general". Aparecen, por tanto, excluidos del ámbito de aplicación una clase determinada de ficheros de titularidad pública. En el mismo sentido, el apartado 3 del artículo 2 recoge una serie de ficheros que se regulan por sus disposiciones específicas y que son también ficheros de titularidad pública. En cualquier caso, conviene tener presente que la Directiva 95/46/CE tampoco contiene ninguna disposición que permita mantener una exclusión como la actualmente prevista en relación con los ficheros de titularidad pública, cuyo objeto, legalmente establecido, sea el almacenamiento de datos para su publicidad con carácter general, por lo que hay que suponer que en un relativo breve espacio de tiempo los ficheros (automatizados o no, tras la transposición de la Directiva) que tengan estas características estarán sometidos al régimen de protección de datos de carácter personal establecido en la LORTAD, sin perjuicio de las especialidades derivadas del propio texto legal.

El citado Título IV contiene únicamente dos artículos que son aplicables, con carácter general, a los ficheros de titularidad pública (artículos 18 y 19), en el sentido que se está analizando, ya que el artículo 20 se refiere a los "ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad" y los artículos 21 y 22 recogen una serie de excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación, atendiendo a la especial naturaleza de los ficheros o a los intereses en conflicto, que si bien tienen una especial trascendencia en la configuración de los derechos del individuo al suponer una excepción al régimen general de derechos establecidos en la LORTAD, no se establecen por razón exclusiva de su titularidad.

Pues bien, el artículo 18 de la LORTAD regula la "creación, modificación o supresión" de los ficheros de titularidad pública, cuya característica más importante es que sólo podrá hacerse por medio de disposición general publicada en el Boletín Oficial del Estado o diario oficial correspondiente. Dichos ficheros



posteriormente son objeto de inscripción en el Registro General de Protección de Datos en los términos establecidos en el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la

LORTAD, siendo el órgano competente responsable del fichero el obligado a notificar la creación a la Agencia de Protección de Datos. El establecimiento de esta forma especial de creación, modificación o supresión no supone ningún menoscabo para los derechos de los ciudadanos, sino que antes al contrario pueden entenderse como una forma más intensa de garantía. En realidad, no se trata sino del cumplimiento de requisitos legales dirigidos a dotar de eficacia a la actuación administrativa con el fin de proceder a la creación de un determinado fichero con datos de carácter personal.

El artículo 19 de la LORTAD relativo a la "cesión de datos entre Administraciones Públicas" no puede ser objeto de una interpretación tan pacífica.

Debe destacarse, en primer lugar, que la cesión de datos es una de las más evidentes manifestaciones de la informática y una de las que más perjuicios puede acarrear al ciudadano. La Exposición de Motivos de la Ley justifica estas consideraciones, al poner de manifiesto que "las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio, y la informática posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de las comunicaciones y acceder a ellos en apenas segundos, por distante que fuera el lugar donde transcurrieron los hechos, o remotos que fueran éstos. Los más diversos datos -sobre la infancia, sobre la vida académica, profesional o laboral, sobre los hábitos de vida y consumo, sobre el uso del denominado "dinero de plástico", sobre las relaciones personales o, incluso, sobre las creencias religiosas e ideológicas, por poner solo algunos ejemplos -relativos a las personas podrían ser, así, compilados y obtenidos sin dificultad. Ello permitiría a quien dispusiese de ellos acceder a un conocimiento cabal de actitudes, hechos o pautas de comportamiento que, sin duda, pertenecen a la esfera privada de las personas".

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en su considerando 15, ampliando su protección a los datos no automatizados, establece "que los tratamientos que afectan a dichos datos sólo quedan amparados por la presente Directiva cuando están automatizados o cuando los datos a que se refieren se encuentran contenidos o se destinan a encontrarse contenidos en un archivo estructurado según criterios específicos relativos a las personas, a fin de que se pueda acceder fácilmente a los datos de carácter personal de que se trata".

El artículo 19 de la LORTAD hay que ponerlo en relación con el artículo 11 del mismo texto legal en el que se recogen los criterios generales para la cesión de datos. Este último precepto establece en su apartado 1 que "los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado sólo podrán ser cedidos para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del afectado". A continuación, el mismo precepto, en su apartado 2, dispone que el consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso, entre otros supuestos, cuando una Ley prevea otra cosa y cuando la cesión se produzca entre las Administraciones públicas en los supuestos previstos en el artículo 19".

El reiterado artículo 19, al margen del requisito general del consentimiento del

interesado, establece, en su apartado 1, que "los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán cedidos a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la cesión hubiese sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición posterior de igual o superior rango que regule su uso".

En primer lugar, cabe afirmar, superadas las interpretaciones de algunos de los primeros estudiosos de la LORTAD, que el artículo 19 contiene una excepción que coexiste con el resto de las excepciones recogidas en el artículo 11 de la Ley. No es posible pensar que el artículo 19 recoge los únicos supuestos en que es posible la cesión de datos entre Administraciones Públicas, sino que al haberse incluido como un supuesto del artículo 11, facilita y posibilita la cesión de datos entre Administraciones Públicas sin contar con el consentimiento del interesado.

En segundo lugar, debe analizarse el contenido del precepto y las consecuencias de su posible aplicación. La Ley, como señala la Exposición de Motivos, "introduce el concepto de tratamiento de datos, concibiendo los ficheros desde una perspectiva dinámica; dicho en otros términos, no los entiende sólo como un mero depósito de datos, sino también, y sobre todo, como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados y que son susceptibles, si llegasen a conectarse entre sí, de configurar el perfil personal al que antes se hizo referencia".

Partiendo de la consideración contenida en la Exposición de Motivos acerca de la facilidad de control de los ficheros de titularidad pública, la ley configura un régimen privilegiado para la cesión de datos entre Administraciones Públicas. El artículo 19 contiene una regla y una excepción. La regla prohíbe la cesión de datos entre Administraciones para el ejercicio de competencias diferentes -o sobre materia distinta- de la Administración cesionaria (luego no está prohibida la cesión de datos cuando las Administraciones cedente y cesionaria ejercen la misma competencia sobre la misma materia). La excepción es que cabe ceder datos entre Administraciones, aun cuando las competencias sean diferentes o sobre materia distinta, si lo prevé la disposición de creación del fichero. Hay que tener presente que el artículo 18.2 de la LORTAD obliga a que la disposición con que se cree o modifique un fichero de titularidad pública indique las cesiones de datos que, en su caso, se prevean.

La Directiva 95/46/CE no establece, como se ha indicado, un régimen distinto para los ficheros de titularidad pública y privada. Es cierto que la citada Directiva permite que el tratamiento se lleve a cabo, sin necesidad del consentimiento del interesado, cuando "es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos" y si "es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado". Sin embargo, estos preceptos no parece que permitan amparar una excepción en términos tan generales como aparece configurada en el artículo 19 de la LORTAD. A pesar de este criterio, el proyecto de Ley de modificación de la LORTAD mantiene el artículo 19 de la LORTAD en los términos en que aparecía redactado.

Por último, queda por analizar una cuestión relativa a si en los supuestos en que la cesión de datos de carácter personal con arreglo a las disposiciones de la



LORTAD es conforme a derecho, puede llevarse a cabo la cesión en bloque ya sea a través de la entrega masiva de datos o a través de la accesibilidad directa (o intercomunicabilidad) entre los ficheros.

Entre los principios de la protección de datos contenidos en el título II de la LORTAD, aplicables tanto al tratamiento en sentido estricto como a la cesión de datos de carácter personal, debe destacarse el artículo 4.1 de la citada Ley, que establece que "sólo se podrán recoger datos de carácter personal, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando tales datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido"; el artículo 11, que regula los requisitos para la cesión, para la que se parte del principio general del consentimiento del afectado, pero con ciertas excepciones, entre las que figura, como ya se vio, cuando la cesión se produzca entre las Administraciones públicas en los supuestos previstos en el artículo 19; y el artículo 20.2 que dispone que "la recogida y tratamiento automatizado para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas, están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales".

La Exposición de Motivos de la LORTAD incide en la idea de que los principios generales que inspiran la Ley "definen las pautas a las que debe atenerse la recogida de datos de carácter personal, pautas encaminadas a garantizar tanto la veracidad de la información contenida en los datos almacenados cuanto la congruencia y la racionalidad de la utilización de los datos. Este principio, verdaderamente cardinal, de la congruencia y la racionalidad, garantiza que los datos no puedan ser usados sino cuando lo justifique la finalidad para la que han sido recabados; su observancia es, por ello, capital para evitar la difusión incontrolada de la información que, siguiendo el mandato constitucional, se pretende limitar".

La Sentencia del Tribunal Constitucional 143/1994, de 9 de mayo, establece que "el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho".

También el Tribunal Constitucional ha señalado en numerosas sentencias, como la 151/1997, de 29 de septiembre, que "los límites impuestos al ejercicio de los derechos fundamentales deben ser establecidos, interpretados y aplicados de forma restrictiva y en todo caso no deben ser más intensos de lo necesario para preservar otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. La limitación debe ser la mínima indispensable y, por ello, está sometida al principio de proporcionalidad al objeto de evitar sacrificios innecesarios o excesivos de dichos derechos. Esto exige, también en este caso, que las resoluciones que aplican los referidos límites tengan una motivación suficiente para poder controlar la proporcionalidad y, en suma, la constitucionalidad de la medida aplicada".

Tanto del texto de la LORTAD como de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta se deduce que no son posible las cesiones masivas, injustificadas, de datos de carácter personal. Si se pone en relación la necesidad de que el sacrificio del derecho fundamental, en este caso la intimidad o la privacidad, sea proporcionado al fin legítimo que se pretende obtener, con los principios recogidos en la LORTAD y, en concreto, en el artículo 4.1 de la LORTAD, que exige que "los

datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido", la conclusión debe ser contraria a la posibilidad de cesiones masivas. En este sentido, cabe destacar el artículo 332 del Reglamento Hipotecario, recientemente reformado por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que recoge este mismo criterio, disponiendo en su apartado 6, que "los Registradores deberán exigir el cumplimiento de las normas vigentes sobre protección de datos de carácter personal y no atenderán las solicitudes de publicidad en masa o indiscriminada".

Por tanto, las cesiones de datos, ya se realicen en ficheros de titularidad pública o privada, deben ser concretas e individualizadas, no debiendo atenderse peticiones masivas, no justificadas, de datos de carácter personal, así como tampoco proceder a conectar ficheros sin la implantación de las debidas medidas de seguridad que permitan asegurar que el acceso se realiza respecto de datos concretos y que son adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con un procedimiento o una investigación concreta.

Por último, es preciso destacar dos cuestiones que aun cuando afectan a todos los ficheros con datos de carácter personal, tienen una indudable trascendencia en relación con los ficheros de titularidad pública, y que hacen referencia a las medidas de seguridad en los ficheros y a la validez y seguridad de las comunicaciones a través de medios técnicos, informáticos o telemáticos.

El artículo 9 de la LORTAD, que establece la obligación del responsable del fichero de adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten la alteración, pérdida o acceso no autorizado, exige, de acuerdo con el apartado 3 del mismo precepto y con el artículo 43.3.h), el correspondiente desarrollo reglamentario; desarrollo que todavía no ha sido llevado a cabo, por lo que gran parte de los principios y obligaciones contenidos en la LORTAD no han tenido aún concreción en la práctica.

Por otra parte, la validez, seguridad y eficacia de las comunicaciones a través de medios técnicos, informáticos y telemáticos entre las Administraciones Públicas debe ser garantizada, con el fin de evitar riesgos innecesarios para la privacidad. Para cumplir este objetivo, el artículo 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social faculta a la Fabrica Nacional de Moneda y Timbre, en colaboración con la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos a la prestación de dichos servicios, convirtiéndola en realidad en una Entidad Pública de Certificación, y previendo además el desarrollo reglamentario del ejercicio de dichas funciones. Este Reglamento está en fase de elaboración y en él se recogen los elementos fundamentales para que las transacciones reúnan, entre otras garantías, las de confidencialidad que se desprenden de la LORTAD.

Estos Reglamentos y su posterior desarrollo práctico se tienen que convertir en elementos esenciales en orden a salvaguardar la privacidad de los administrados, ya que la implantación de los principios, derechos y obligaciones derivados del régimen de protección de datos de carácter personal dependerá de su efectiva aplicación en el ámbito de las Administraciones públicas.