

LA LIBERTAD INFORMÁTICA: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y COMPETENCIALES (SS.T.C. 290 Y 292/2000)

JORGE ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES
Profesor Asociado de Derecho Político,
UNED

SUMARIO

1. Planteamiento.
2. La controversia sobre la regulación sustantiva de las leyes que desarrollan el artículo 18.4
3. La controversia sobre la distribución conceptual

1. PLANTEAMIENTO.

El ordenamiento jurídico no puede permanecer al margen de los cambios sociales y del progreso tecnológico. Ello cobra particular relevancia en el supuesto de las normas constitucionales, pues comprenden los fundamentos del orden de convivencia estatal. Su asociación o enlace a la realidad resulta así de particular importancia para la propia conservación de la Comunidad jurídica.

La Constitución española consagró en su parte dogmática un amplio elenco de derechos. Recogió no sólo derechos reconocidos como de la primera y segunda generación, sino también derechos que traen causa de los nuevos desafíos que plantea la actual sociedad tecnológica. Así, en su artículo 18, precepto que consagra el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se añade en su apartado cuarto una referencia a la informática como herramienta que puede afectar tanto al honor como a la intimidad personal y familiar y, en general, que puede incidir en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. En tal sentido, se encomienda a la ley limitar su uso para garantizar el fin protegido¹.

¹ También la Constitución española, en su título IV dedicado al Gobierno y la Administración, prevé otra garantía para los ciudadanos: el artículo 105 CE, por el que la ley ha de regular el acceso a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. No había de excluirse que tales registros se encontraran en un futuro en soporte informático.

Del mandato contenido en este precepto pudiera eventualmente inferirse la necesidad de regular diferenciadamente la protección frente a una nueva amenaza al honor y a la intimidad de las personas², esencialmente distinta a la prevista en la regulación del artículo 18.1 CE. Porque la capacidad de la informática para afectar a tales derechos, como observa Benda³, podría rebasar los planteamientos clásicos del honor y la intimidad personal y familiar, y así, exigiría un planteamiento metodológico parcialmente diverso. Tal autonomía, por lo demás, fue puesta de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional español⁴ y por la doctrina española⁵. Como señala Lucas Murillo⁶, el ámbito del nuevo derecho podría configurarse de forma más amplia al del honor y la intimidad personal y familiar. No sólo parece que se deban proteger datos íntimos, sino cualquier dato personal, pues la capacidad de la informática para lograr perfiles de carácter íntimo a partir de la interconexión de datos irrelevantes por separado es elevada. Esto impondría la conveniencia de atribuir a los ciudadanos ciertas facultades para controlar el uso correcto de los datos que facilitan, pues el peligro "no radica en que se acumule información sobre él, sino, más bien, en que pierda la capacidad de disposición sobre ella y respecto a quién y con qué objeto se transmiten"⁷; estas facultades, claro está, supondrían obligaciones o prohibiciones a terceros. Por último, podrían necesitarse a su vez garantías instrumentales para asegurar su correcto ejercicio y, con toda seguridad, la creación de órganos institucionales para articular la protección consagrada.

En cualquier caso, ello no puede despojar al Estado de su facultad para recopilar datos de los ciudadanos con el fin de ejercer sus legítimas funciones. La nueva realidad da lugar así a un novedoso conflicto entre intereses particulares — los derechos de los ciudadanos a disponer de sus datos— y generales —el Estado necesitado de información sobre datos personales. Tal pugna habrá de resolverse mediante una adecuada ponderación de intereses y, como observa Benda⁸, determinará en creciente medida el debate político y jurídico.

² No se refiere el precepto al tercer derecho protegido en el artículo 18.1 CE, la imagen, pues su especificidad hace que el uso de la informática difícilmente pueda incidir en él. Parece reconocer así la pluralidad de derechos que consagra el artículo 18.1 CE, pese a su estrecha correlación recíproca, ALZAGA, O, *Derecho Político Español según la Constitución de 1978 II. Derechos fundamentales y órganos del Estado*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, págs. 91 ss.

³ BENDA, E, "Dignidad humana y derechos de la personalidad", BENDA, MAIFOER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, págs. 129 ss. Así, "el progresivo incremento de las posibilidades técnicas, la capacidad humana de multiplicar su percepción sensorial suponen un paso en un proceso revolucionario a cuyo final bien puede acabar estando la pérdida completa de protección para la privacidad", op. cit, pág. 131

⁴ La primera vez que esgrime el Tribunal Constitucional el artículo 18.4 como precepto que consagra un nuevo derecho de libertad informática es en su resolución 254/1993, de 20 de Julio, F. J. 6. Posteriormente en la STC 143/1994, de 9 de mayo, F.J. 7, relativa al número de identificación fiscal, en la STC 11/1998, de 13 de enero, F.J. 4, relativa a la libertad sindical, en la STC 94/1998, de 4 de mayo, F.J. 6 y en la STC 202/1999, de 8 de noviembre, F.J. 2.

⁵ LUCAS MURILLO, P, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid: Tecnos, 1990

⁶ LUCAS MURILLO, P, op. cit, pág. 118

⁷ BENDA, E, "Dignidad humana y derechos de la personalidad", op. cit, pág. 131

⁸ BENDA, E, op. cit, pág. 133. El conflicto en cuestión se aborda por el *Bundesverfassungsgericht* en su resolución sobre el censo de la población de 1983 --BverGe 65, 1. Reconoce la protección y, así,

Hasta 1992 no se llevó a término el mandato constitucional⁹ y se promulgó la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos (LORTAD)¹⁰. En su Exposición de Motivos, expresa su voluntad de ir más allá de la protección clásica de la intimidad, amparando así lo que denomina *privacidad*¹¹. De esta manera, el ámbito de aplicación de la Ley se extiende a los datos de carácter personal (no sólo íntimos) que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado (artículo 2). En consonancia con lo anteriormente apuntado, reconoce a los titulares de los datos el derecho de acceso, rectificación y cancelación de los mismos (artículos 15 y 16), y a su vez, prohíbe la transmisión de datos para fines distintos a los solicitados. Mas tales derechos no los configura de igual modo para los sectores público y privado. Mientras que para este último parece recogerlos de forma escrupulosa (artículos 23 - 31), en la regulación del sector público incluye numerosas excepciones a su ejercicio (artículos 19, 21, 22) que, lógicamente atrajeron uno de los reproches de inconstitucionalidad¹² que serán objeto de análisis en estas páginas. Por último, la Ley creó un organismo independiente en orden a garantizar los derechos en ella consagrados, la Agencia de Protección de Datos (artículos 34 - 41); la dotó de rango institucional y atribuyó su competencia en exclusiva al Estado, provocando una controversia competencial con ciertos órganos de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

un nuevo derecho fundamental, mas no de forma ilimitada: el individuo ha de tolerar límites por razón de los intereses generales.

⁹ Hasta ese momento habían de considerarse exclusivamente el propio artículo 18.4 CE y los tratados internacionales suscritos por el Estado español sobre el particular (en virtud del artículo 10.2 CE son criterio interpretativo de los derechos fundamentales). Así, cabe mencionar, amén del artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 8 del Convenio de Roma de 1950, el 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas respecto del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981. Este convenio pretende armonizar la necesidad de la libre circulación de datos con la protección de los derechos de la persona, y fue firmado por España el 28 de enero de 1982 y ratificado el 27 de enero de 1984

¹⁰ Transcurren catorce años desde la promulgación de la Constitución hasta la publicación de la LORTAD. Tal inoperancia del legislador no parece encontrar justificación; podría encontrarse la causa última de su publicación, en cualquier caso, en la pretensión del Gobierno español de incorporarse al Convenio Schengen. Porque para ello se exigía que los Estados miembros hubieran regulado lo que se refiere a la protección de datos personales requerido en el Convenio 100 del Consejo de Europa de 1981.

¹¹ El término *privacidad*, que no aparece en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, procede directamente del inglés *privacy*, y quiere aludir a un ámbito más amplio que el propio del tradicional derecho al honor, y a la intimidad personal y familiar. Podría hablarse simplemente, en cualquier caso, de un nuevo *derecho de libertad informática* que extiende el ámbito de protección del honor y la intimidad de las personas.

¹² La Comisión de Libertades e Informática del Congreso de los Diputados solicitó a su vez un Dictamen sobre la constitucionalidad de la ley al Prof. Dr. D. DIEGO LÓPEZ GARRIDO. Tras señalar que el artículo 18.4 CE consagra un derecho fundamental de naturaleza y contenidos muy amplios, entiende por tanto que las limitaciones al nuevo derecho sólo serán admisibles en el marco de un interés general superior y necesitarán de un fundamento legal basado en la Constitución. En cualquier caso, el legislador habría de observar el criterio de proporcionalidad. Considera así inconstitucionales una serie de preceptos de la nueva ley (artículos 5.3, 17.1, 19.1, 20.2 y 3, 21.1, 22.1, 22.1, 22.2 y la Disposición Final Segunda) por entender que exceden los límites a los derechos reconocidos y, así, los convierten en irreconocibles, "Aspectos de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal", *Revista de Derecho Político*, nº 38, 1994, págs. 11 - 35

Así, el Defensor del Pueblo y una Comisión de Parlamentarios encabezados por el Sr. Trillo-Figueroa impugnaron los preceptos de la Ley que regulaban el régimen de excepciones anteriormente comentado: concretamente, el régimen de excepciones que la Ley disponía al derecho del ciudadano a acceder y rectificar los datos entregados a las Administraciones Públicas y la potestad que se les otorgaba para intercambiarse datos entre ellas. A su vez, la Generalidad de Cataluña y el Parlamento catalán cuestionaron el que la Agencia de Protección de Datos gozara también de la competencia sobre los ficheros creados por la Administración local catalana y aquéllos de titularidad privada que versan sobre materias de su afección. En el transcurso del procedimiento ante el Tribunal Constitucional, se publicó una nueva ley sobre la materia, la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que pretendía trasponer la Directiva comunitaria sobre protección de datos, 95/46/CE. Tal circunstancia motivó, de un lado, que la comisión de parlamentarios encabezada por el Sr. Trillo-Figueroa solicitara por escrito de 24 de julio de 1998 el desistimiento del recurso. El Defensor del Pueblo, por otro lado, comunicó la interposición de un nuevo recurso de inconstitucionalidad contra la nueva Ley, pues, en su opinión, incurría sustancialmente en los mismos vicios de inconstitucionalidad que la primera. La Generalidad y el Parlamento catalán, por lo demás, justificaron que la nueva Ley no alteraba el conflicto competencial¹³, por lo que cabía sustanciar la cuestión en el mismo procedimiento.

El Tribunal Constitucional declara la pérdida sobrevenida del objeto del recurso de inconstitucionalidad, mas declara vigente el conflicto de competencias y, así, resuelve sobre este particular en el procedimiento inicial, que da lugar a la STC 290/2000, de 30 de noviembre. El nuevo recurso del Defensor del Pueblo contra la Ley 15/99, de 13 de diciembre da lugar a la STC 292/2000, de 30 de noviembre. La novedad del tema de sendas resoluciones, amén de su incidencia en aspectos esenciales a la propia teoría general de los derechos, las hace merecedoras de un análisis.

2. LA CONTROVERSIA SOBRE LA REGULACIÓN SUSTANTIVA DE LAS LEYES QUE DESARROLLAN EL ARTÍCULO 18.4

La polémica sustantiva que causó la LORTAD y luego la Ley Orgánica 15/99 es particularmente rica. Plantea, de un lado, la eventual creación jurisprudencial de un nuevo derecho fundamental, al que habría de atenerse el legislador; por otro lado, proyecta la controversia sobre los requerimientos constitucionales a los límites de los derechos, reflejando la pugna entre intereses particulares y generales, y la necesidad de lograr una ponderación adecuada. Sendas cuestiones, objeto de estudio por la teoría general de los derechos, se abordan a partir de un supuesto concreto.

¹³ Si bien, como analizaremos posteriormente, lo reducía.

A. LA ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL DE UN NUEVO DERECHO DE LIBERTAD INFORMÁTICA.
EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO JIMÉNEZ DE PARGA

La STC 290/2000, de 30 de noviembre, contiene un voto particular del magistrado Jiménez de Parga. No cuestiona el fallo de la sentencia —que, como señalamos anteriormente, se reduce a resolver la controversia competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña—. Pero entiende que debió afirmar de modo explícito en su argumentación jurídica la protección de un nuevo derecho fundamental, *el derecho de libertad informática*, que no figura en el texto de 1978. Porque opina que una de las tareas importantes de los Tribunales Constitucionales es extender la tutela a zonas del Derecho no expresamente consideradas en las correspondientes Constituciones. Reconoce que, en el Derecho español, tal reconocimiento de nuevos derechos ofrece más dificultades que en otros ordenamientos, pues no contiene nuestra Constitución una cláusula abierta como coronamiento o remate de la lista de derechos fundamentales¹⁴. Y ofrece el ejemplo de la jurisprudencia norteamericana y, en particular, la sentencia de 1965 dictada en *Griswold v. Connecticut*, donde se consideró violado el derecho a la intimidad del matrimonio.

La sentencia en cuestión reconoce, en cualquier caso, el nuevo derecho, mas lo fundamenta a partir del artículo 18.4 CE (FF.JJ 7 y 11).; convierte en base constitucional lo que en la Constitución es un simple mandato al legislador. Jiménez de Parga entiende, por el contrario, que la libertad informática debe tener como apoyo el artículo 10.1 CE, pues es un derecho inherente a la dignidad de la persona; también facilitarían su consideración como derecho los artículos 18.1 y 20.1 CE, así como los Tratados y Acuerdos internacionales, pues son guías de interpretación constitucional (10.2 CE). Realiza a su vez una distinción tripartita entre *valores superiores, principios generales del Derecho y principios constitucionalizados*. Los primeros carecen de especificidad y orientan la interpretación y aplicación de las normas; los segundos informan el ordenamiento constitucional, amén de iluminar la tarea de interpretación y aplicación, pudiendo ser normas subsidiarias; los terceros poseen la fuerza vinculante propia de las normas jurídicas y son así fuente normativa. Los principios recogidos en el artículo 10.1 CE —"fundamentos del orden político y la paz social"— son, a su juicio, principios constitucionales y, por ende, gozan de fuerza jurídica. Con estos principios constitucionales sería posible extender la tutela a ciertos derechos de relieve en las condiciones actuales como el derecho a la libertad informática.

Y ciertamente, podría ser conveniente extender la tutela del Derecho a diversos ámbitos de la realidad social. El Tribunal Constitucional, como máximo custodio del orden jurídico constitucional, podría ocupar un papel destacado en la tarea de adecuar el Derecho a las nuevas realidades que surgen del progreso tecnológico. Tal razonamiento, por lo demás, como apunta Jiménez

¹⁴ A diferencia de otros textos constitucionales como los de Portugal, Argentina y Estados Unidos de América.

de Parga, podría remitirse al propio desarrollo histórico que permitió en Estados Unidos la configuración constitucional del propio derecho al honor; porque el Tribunal Supremo adquiere un papel relevante en esta dinámica hasta el extremo de consagrarlo en su jurisprudencia sin apoyatura en afirmaciones textuales¹⁵.

En cualquier caso, la actividad de los tribunales y, en particular, del Tribunal Constitucional en el reconocimiento de nuevos derechos no se encuentra exenta de polémica¹⁶. Porque consagrar *ex novo* derechos no recogidos por la Constitución podría exceder de sus funciones, en tanto no encuentren más acomodo en el texto de la Carta Magna que el genérico de la protección de la dignidad humana (artículo 10 CE). El máximo custodio e intérprete constitucional puede considerar los derechos fundamentales como parámetros de interpretación del resto de las normas constitucionales; puede a su vez conectar derechos fundamentales con otras normas constitucionales o con otros preceptos jurídicos. Tal actividad podría justificarse a partir de su tarea hermenéutica y no implica la asunción por el tribunal de una función innovadora del propio texto constitucional. Crear un derecho sólo reconducible al principio genérico de la dignidad podría entrañar, sin embargo, una innovación, tarea reservada en principio al poder de reforma. Si el constante cambio tecnológico y social impone nuevas necesidades, el texto constitucional se ve sometido a continuos cambios, y ello podría debilitar su fuerza normativa. Pero lo cierto es que cuando la trasposición entre lo fáctico y lo normativo exige una decisión inexcusable, la lógica del Estado constitucional impone el triunfo de la legalidad¹⁷, esto es, de las vías democráticas para la reforma. Ciertamente, la actividad del Tribunal Constitucional encuentra su fundamento en la noción de Constitución normativa y, lógicamente, en la democracia pluralista que le es consustancial. Pero ésta opera no sólo como fundamento de su actuación, sino a su vez como límite. El Tribunal Constitucional podría estar legitimado para interpretar, desarrollar o conformar normativamente los enunciados constitucionales; mas no para innovar la propia Constitución, por más que estas tareas sitúen su capacidad de producción normativa más allá de la legitimidad que le otorga su subordinación a la Constitución¹⁸.

¹⁵ El desarrollo de tal derecho en el continente europeo difirió del americano. Positiviza tal derecho a partir de los conocidos derechos de la personalidad, para posteriormente incluirlo expresamente en las Constituciones como derecho fundamental. La participación de los Tribunales Constitucionales en su formación es por tanto nula.

¹⁶ Reconoce LUCAS MURILLO cómo tal actividad ha provocado una seria controversia, *El derecho a la autodeterminación informativa*, op. cit, pág. 64

¹⁷ DE VEGA, P, *La reforma constitucional y la teoría del poder constituyente*, Madrid: Tecnos, 1985, pág. 93. No obstante, sobre la relación operativa entre reforma constitucional y Tribunal Constitucional en la adecuación del texto a las transformaciones sociales, véase especialmente PÉREZ ROYO, J, *La Reforma de la Constitución*, Madrid: Congreso de los Diputados, 1987, págs. 14 ss, 23 ss, 29 ss, 37 ss, 96 ss, 105 ss.

¹⁸ BALAGUER, F, "Tribunal Constitucional y creación del Derecho", ESPÍN TEMPLADO, E, DÍAZ REVORIO, FJ, *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Valencia: Tirant lo blanch, 2000, págs. 389 ss

Ciertamente, el *Bundesverfassungsgericht* ha amparado ciertos derechos no recogidos en la Ley Fundamental de Bonn a partir del genérico principio del libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 LFB), al que podría ser asimilado nuestro artículo 10.1. Pero este principio es susceptible de amparo en el orden constitucional germano, no así el artículo 10.1 CE. A su vez, tal actividad ha llevado al *Bundesverfassungsgericht* a un cierto activismo judicial que eventualmente le ha podido conducir a exceder sus propias competencias, y ello ha sido objeto de crítica por la doctrina alemana¹⁹.

No parece, en cualquier caso, que se encuentre el nuevo derecho huérfano de soporte en el texto constitucional. Porque el artículo 18.4 CE, aun cuando se configura como un mandato al legislador, reconoce la especial protección frente a la informática del honor, la intimidad personal y familiar y los restantes derechos del ciudadano. Las propias intervenciones que se produjeron en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas avalan la pretensión de los constituyentes de extender la protección frente a la informática no sólo para asegurar los derechos clásicos al honor y a la intimidad, sino también en orden a garantizar en general los derechos de las personas²⁰. Y tal extensión podría implicar la admisión de un nuevo derecho distinto al recogido en el artículo 18.1 CE; o que, al menos, lo complementa y amplía su ámbito de protección²¹.

A partir de este razonamiento cabría considerar acertada la actuación del Tribunal Constitucional. Reconoce expresamente el derecho fundamental a la protección de datos personales, pero a partir del artículo 18.4 CE (F.J.13). Con ello interpreta la Constitución o conforma normativamente un enunciado constitucional, el recogido en el artículo 18.4 CE. Para lo cual, claro está, es útil no sólo la interpretación postulada del mencionado precepto, sino a su vez su interconexión con el 18.1 CE y con el propio 10.1.CE.

¹⁹ HESSE hace referencia a los límites a la jurisdicción constitucional en "Estadios en la jurisdicción constitucional alemana", *Teoría y Realidad Constitucional* nº 1, 1.º semestre de 1988, págs. 110 ss. Para SIMON, la "decisión constitucional por una democracia con división de poderes veda una interpretación sin límites que, eludiendo la reforma constitucional, difumine las lindes entre interpretación y potestad normativa y haga subrepticamente soberano a quien únicamente es custodio de la Constitución", "La jurisdicción constitucional", BENDA, E; MAIHOFER, W; VOGEL, J. J.; HESSE, K; HEYDE, W; *Manual de Derecho Constitucional*, op. cit, pág. 854.

²⁰ El diputado ROCA JUNYENT apoyó la enmienda 117 de Minoría Catalana, que podría ser útil a la hora de interpretar el precepto en cuestión como configurador de un nuevo derecho. Porque esta enmienda, aceptada, dejó claro que "cuando la Ponencia limita ese uso (de la informática) a los daños que puedan producirse al honor, a la intimidad personal y familiar, se queda simplemente en una reflexión parcial de los problemas, porque lo realmente grave aparece cuando esta información que puede dañar al honor incide en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, es decir, cuando un ciudadano, por ejemplo, deseando constituir una asociación o promocionar una reunión, o bien practicar una actividad económica, encuentra que, por razón de una información de la que él no es conocedor y respecto de la cual no puede incluso ni pronunciarse en muchas ocasiones, se limita de tal manera el ejercicio de sus derechos que se ve colocado en una situación de inferioridad y desigualdad frente a los ciudadanos", *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas*, nº 70, del 19 de mayo de 1978

²¹ Así lo reconoce LUCAS MURILLO en *El derecho a la autodeterminación informativa*, op. cit, pág 152.

B. LOS LÍMITES A LOS DERECHOS

El Tribunal Constitucional aborda, en el análisis del recurso contra la Ley de protección de datos, la cuestión de los límites que cabe imponer al ejercicio de los derechos y, en concreto, el régimen de excepciones que regula esta normativa. Idénticos problemas se le plantean al máximo custodio constitucional en el recurso contra la LORTAD, si bien no llega a pronunciarse sobre el particular por las razones conocidas. Analizaremos, pues, en primer lugar el planteamiento de los recursos contra la LORTAD; y a continuación, el recurso del Defensor del Pueblo contra la Ley de Protección de Datos, que da lugar a la STC 292/2000.

a) *Los recursos contra la LORTAD*

El Defensor del Pueblo recurre el artículo 19.1²² y ciertos incisos de los artículos 22.1²³ y 22²⁴ de la LORTAD por escrito de 28 de enero de 1993. El artículo 19.1 constituye una excepción a la regla general contenida en el artículo 11 por la cual la cesión de datos de un fichero a otro precisa del consentimiento previo del afectado. Este derecho, aun cuando no se prevea expresamente en el Convenio de Estrasburgo de 1981, está implícito, a su juicio, en el propio artículo 18 CE²⁵. Se trata, pues, de un derecho fundamental que, por imperativo del artículo 53.1 CE, sólo puede limitarse por ley. En el ámbito de las Administraciones Públicas, sin embargo, tal prohibición sólo será efectiva si no prevé lo contrario la norma de creación del fichero, y en virtud del artículo 18.1 LORTAD, basta con una disposición general; de ello se deriva la posibilidad de que la norma que autorice la cesión de datos sin la autorización del afectado tenga carácter reglamentario. Se establecería así, de un lado, la posibilidad de limitar un derecho por una norma

²² Artículo 19.1 LORTAD: "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 de igual o superior rango que regule su uso"

²³ Artículo 22 LORTAD "Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 no será aplicable a la recogida de datos cuando la información del 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 infracciones penales o administrativas". Sólo recurre los incisos "impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas" y "la persecución de infracciones [...] penales"

²⁴ Artículo 22.2 LORTAD: "Lo dispuesto en el artículo 14 y en el apartado 1 del artículo 15 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 de intereses de terceros más dignos de protección. Si el órgano administrativo responsable del fichero automatizado invocase lo dispuesto en este apartado, dictará resolución motivada e instruirá al afectado del derecho que le asiste a poner la negativa en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos o, en su caso, del órgano equivalente de las Comunidades Autónomas". Sólo recurre el inciso "ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección"

²⁵ Porque el peligro del uso de la informática, a su juicio, radica en la posibilidad de intercambio de los datos personales, respondiendo a finalidades diversas de las que motivaron su entrega. Una garantía elemental consiste en que el ciudadano pueda controlar ese flujo.

reglamentaria. Pero, a su vez, tal límite supondría una remisión en blanco, incondicional y sin límites al poder de la Administración. El precepto sería por tanto inconstitucional, pues sólo se puede limitar un derecho fundamental de forma precisa y por ley.

Los artículos 22.1 y 2 LORTAD establecen excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos personales que obren en ficheros automatizados. Estos derechos, en opinión del Defensor del Pueblo, forman parte del contenido esencial del derecho al honor y a la intimidad, en relación con el uso de la informática (artículo 18.4 CE). Cabría excepcionar el derecho de información de los particulares a los datos cedidos cuando impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o cuando afecte a la persecución de infracciones administrativas. El derecho de acceso, a su vez, podría excepcionarse por "razones de interés público o intereses de terceros más dignos de protección". Pero tales excepciones se configuran de forma tan abierta, y la cláusula del interés público es tan amplia, que cualquier actuación administrativa estaría justificada, y ha de tenerse en cuenta que por imperativo constitucional la Administración debe servir con objetividad los intereses generales (artículo 103 CE). Los derechos de terceros aludidos sólo podrían ser derechos fundamentales de terceros, pero no parece ser ése el supuesto del que parte el artículo 22.2 LORTAD. Sendos preceptos de la LORTAD violarían, pues, la reserva de Ley del artículo 53.1 CE y el propio contenido esencial del artículo 18.4 CE

Una Comisión de Parlamentarios del Grupo Popular, encabezados por el Sr. Trillo-Figueroa, recurrieron a su vez los artículos 6.2, 19.1, 20.3 y 22.1 y 2 LORTAD. Entienden que estos preceptos infringen el apartado 4 del artículo 18 CE, pues vacían de contenido los límites que deben imponerse a la informática. La impugnación de los artículos 19.1 y 22.1 y 2 se lleva a cabo en términos similares a los realizados por el Defensor del Pueblo²⁶. Así, los límites a los derechos, que se derivan del propio cumplimiento de los fines del Estado social y democrático de Derecho, no pueden configurarse de forma tal que los desnaturalicen; se precisa de una previa ponderación de la ley²⁷. El artículo 6.2 LORTAD²⁸, por

²⁶ Se le imputa a su vez al 19.1 LORTAD un vicio de inconstitucionalidad por omisión, pues, en su opinión, silencio y, en consecuencia, no impide la cesión de datos dentro de una misma Administración.

²⁷ Los Diputados recurrentes entienden que para valorar las excepciones a los derechos deben tenerse en cuenta a efectos hermenéuticos, por remisión del artículo 10.2 CE, los principios del Convenio de Estrasburgo de 1981. El Convenio fija estos límites en la seguridad e integridad del Estado, en la seguridad pública y en sus intereses monetarios y la protección de la persona concernida y la de terceros. Además, el Convenio menciona los ficheros con fines estadísticos o científicos, que por sus cualidades también imponen límites al derecho a la autodeterminación informativa. A su vez, tales límites, interpretados a la luz del Convenio, deben ser, a su juicio, objeto de una aplicación restrictiva.

²⁸ "No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan de fuentes accesibles al público, cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias, ni cuando se refieran a personas vinculadas por una relación negocial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato"

su parte, prevé un régimen de excepciones al derecho de consentimiento del ciudadano para ceder datos personales (artículos 6.1 LORTAD). Tales excepciones, de un lado, pueden establecerse por ley, sin ser necesaria ley orgánica; tampoco es necesario recabar el previo consentimiento del interesado para el supuesto de datos accesibles al público; se establece, a su vez, un régimen especial para supuestos en los que la recogida y tratamiento de los datos esté ligada a ciertas relaciones jurídicas, donde parece que el legislador ha supuesto la existencia de un consentimiento previo cuando se entabló la relación. Pero tales relaciones jurídicas podrían comprender así cualquier vínculo jurídico entre la Administración Pública y sus administrados; en consecuencia, el límite al derecho a consentir se reconduciría al cuarto supuesto, que permite excepcionarlo en virtud del ejercicio de las funciones propias de la Administración en el ámbito de sus competencias. La amplitud de las nociones empleadas vacía el contenido del derecho y lo convierte en inconstitucional. El artículo 20.3 LORTAD²⁹, por lo demás, autoriza el almacenamiento y tratamiento de los *datos sensibles* (relativos al sexo, creencias, religión e ideología). Habilita así a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para la recogida y tratamiento de esa información sin someterse a las cautelas específicas que establece la LORTAD para este supuesto (artículo 7). El ciudadano goza de la garantía absoluta de no declarar sobre las propias creencias e ideologías como un derecho fundamental (artículo 16.2 CE) y así lo reconoce el artículo 7.1 LORTAD respecto de la actividad de captación y recogida de tales datos. Pero el problema surge en lo que respecta a su almacenamiento y tratamiento, porque en este supuesto, cabría aplicar la excepción del artículo 20.3 LORTAD; cabría privar a los ciudadanos de sus derechos de acceso, rectificación y cancelación para datos tan sensibles, sin que tan siquiera se prevea una autorización judicial previa para semejante restricción de derechos. Pero, a su vez, mientras que el propio artículo 18.4 CE³⁰ impediría crear ficheros policiales con datos sensibles, el artículo 20.3 LORTAD permite su existencia, con la condición de que se haga para el supuesto de una investigación concreta, lo que no salva, a juicio de los recurrentes, su inconstitucionalidad.

Ambos recursos, como es conocido, no dan lugar a un pronunciamiento del tribunal por pérdida de su objeto. Pero, en cualquier caso, el Abogado del Estado se pronuncia en el curso del procedimiento. Su razonamiento se articula en torno a dos premisas: de un lado, el interés general de la Administración por cumplir sus fines, lo que impone la necesidad de recopilar datos e información de los ciudadanos; de otro, la valoración de los derechos recogidos

²⁹ "La recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos a los que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7 podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta"

³⁰ El artículo 18.4 CE, junto con el 16.2 CE, a juicio de los recurrentes, impediría de plano la existencia, el tratamiento y el almacenamiento de los datos sensibles, al no prever las garantías mínimas, que bien pudieran ser, en su opinión, las de que su recogida y utilización se sometiera a la previa autorización de un órgano judicial.

dos en la LORTAD como de configuración legal y, así, el análisis del artículo 18.4 CE como un mero mandato al legislador y no como un derecho fundamental. Esta última premisa contradiría el juicio que de los mismos realizan el Defensor del Pueblo, la Comisión de Parlamentarios y el propio órgano constitucional, que considera que el artículo 18.4 CE recoge un derecho fundamental y no meramente un límite al legislador; ello redundaría, claro está, en el propio análisis de la ponderación entre intereses particulares y generales en los límites a los derechos.

En primer lugar, defiende la constitucionalidad del apartado segundo del artículo 6 LORTAD, pues, en su opinión, este precepto sencillamente excluye la necesidad de recabar el previo consentimiento del interesado para ceder sus datos personales cuando quien trata los datos es la Administración y lo hace para el ejercicio de sus funciones. Así, es el legislador quien directamente realiza esa exclusión y no la Administración en ejercicio de potestad alguna. La íntima conexión del artículo 6.2 con el 18 LORTAD, que es el precepto que realmente regula la creación de ficheros públicos, salvaría la constitucionalidad del precepto impugnado. Porque si bien permite la creación de un fichero meramente a partir de una disposición de carácter general, somete tal creación a una serie de criterios mínimos enumerados en su apartado segundo³¹. Además, tal creación es impugnabile [artículos 36 a), d) y f) y 43 b) e i) LORTAD]. A partir de tales garantías cabe explicar la excepción prevista. La constitucionalidad del artículo 19.1 LORTAD la defiende en base a la inexistencia, a su juicio, de un derecho fundamental a la cesión de datos personales. Tales excepciones se justifican por el interés superior de la Administración de cumplir sus fines legítimos. Si, a su vez, el artículo 11 LORTAD permite ceder datos sin el previo consentimiento del titular al Defensor del Pueblo, al Ministerio Fiscal o a los Jueces o Tribunales, también ha de estarlo permitido a la Administración Pública. La Constitución española no autoriza a graduar la dignidad o superioridad de un interés general respecto de otros. A su vez, el artículo 25.2 LORTAD prevé las mismas excepciones para los ficheros privados, sin que dicho precepto haya sido recurrido. En fin, la LORTAD no atribuye un poder arbitrario de cesión entre Administraciones, sino una facultad de apreciación perfectamente fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 19.1 LORTAD, en su opinión, no vulnera la reserva de ley del artículo 18.4 CE, y de existir esa infracción sería imputable al artículo 18 LORTAD, precepto de creación del fichero, no impugnado; pero su examen de constitucionalidad, que debe exten-

³¹ Las disposiciones de creación o modificación de los ficheros deberían indicar: a) La finalidad del fichero y los usos previstos para el mismo b) Las personas o colectivos sobre los que se pretende obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos c) El procedimiento de recogida de datos de carácter personal d) La estructura básica del fichero automatizado y la descripción de los tipos de datos de carácter personal incluidos en el mismo 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 se pudiesen ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

derse en virtud del artículo 39.1 LOTC, sólo puede suplir la voluntad impugnatoria de los recurrentes una vez constatada la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados³².

El artículo 19.2 LORTAD, por lo demás, no sería contrario a la Constitución por varias razones. De un lado, la excepción a la disposición general debe publicarse en un diario oficial y se permite su fiscalización, pero, a su vez, se justifica como medida de auxilio y cooperación inter-administrativa³³. El Abogado del Estado defiende también la constitucionalidad del artículo 20.3 LORTAD, porque el artículo 16.2 CE. no impide recoger o almacenar datos sensibles, siempre que se obtengan sin coacción, y aunque se obtuvieran por análisis de su conducta o por terceros, tampoco se ve afectado el artículo 16.2 CE. Por otro lado, ningún precepto constitucional exige que la obtención de datos personales se condicione a la previa autorización judicial. La prevención del terrorismo, por lo demás, en relación con el artículo 55.2 CE, justificaría lo dispuesto en el precepto impugnado. Por lo que se refiere al artículo 22.1 LORTAD, dado que no se trata, en su opinión, de un derecho fundamental, sino de un derecho de configuración legal, cabe la excepción impugnada cuando la información solicitada por el interesado pudiera conllevar la frustración del buen fin del ejercicio de las funciones de verificación y control. Tales nociones, en su opinión, designan un ámbito funcional muy preciso; son susceptibles de una aplicación objetiva que excluya la posible arbitrariedad. El artículo 22.2 LORTAD no atribuye al responsable del fichero más que un poder provisional y cautelar para suspender el derecho de acceso y rectificación, en tanto decide definitivamente el Director de la Agencia de Protección de Datos.

El Abogado del Estado, en definitiva, defiende la constitucionalidad de la Ley a partir de la justificación de la ponderación legal de intereses. Pero ello, como señalamos anteriormente, se fundamenta en un entendimiento parcialmente diferente a la comprensión que del artículo 18.4 CE realiza el TC en su resolución 290/2000. Esto puede anticipar el parcial desacuerdo de sus argumentaciones con las del órgano constitucional a la hora de enjuiciar la Ley que sucede a la LORTAD, la Ley orgánica 15/99, de 13 de diciembre de Protección de Datos (LOPD).

³² También defiende la constitucionalidad de este precepto frente a la imputación del grupo popular de silenciar y, en consecuencia, no impedir la cesión de datos dentro de una Administración. Porque la LORTAD regula este aspecto y así se deduce de la interconexión de sus preceptos 18.2.a) y 4.2. En cualquier caso, ello está sometido al respeto al fin predeterminado por la norma, pudiendo el ciudadano impugnar los usos desviados ante la jurisdicción ordinaria, lo que justifica, a su juicio, la constitucionalidad de la medida.

³³ Por lo que se refiere a esta última premisa, que también justificaría, a su juicio, la constitucionalidad del artículo 19.1 LORTAD, deben tenerse en cuenta dos factores: de un lado, el ahorro en costes económicos que conllevaría esta medida; de otro, la menor molestia que ocasionaría a los ciudadanos el que estos datos se obtuvieran de una sola vez.

b) *El recurso contra la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, 15/1993, de 13 de diciembre (LOPD)*

El Defensor del Pueblo recurre ciertos incisos de los artículos 21.1³⁴ y 24.1³⁵ y 2³⁶ de la nueva ley, porque, en su opinión, plantean problemas similares a los anteriormente impugnados, y posteriormente derogados, 19.1 y 22.1 y 2 LORTAD. El artículo 21.1 LOPD permite la comunicación de datos entre Administraciones Públicas, y de su vínculo con el 20.1³⁸ se infiere la posibilidad de tales comunicaciones para fines distintos a los que motivaron su recogida, sin que el titular de los datos sea informado de su cesión, ni sea requerido su consentimiento, y por medio de una norma con rango inferior a la ley. Produciría así efectos idénticos a los del artículo 19.1 LORTAD; vulneraría, en fin, el artículo 53.1 CE al permitir que una norma con rango inferior a la ley autorice la cesión de datos; tal limitación, y de forma muy restringida, sólo podría establecerla la ley. El precepto en cuestión constituye una deslegalización en la materia y una remisión en blanco al reglamento.

Los artículos 24.1 y 2 LOPD plantean problemas similares a los 21.1 y 2 LORTAD. Porque, al igual que los preceptos de la ley derogada, establecen excepciones a los derechos de los afectados a través de cláusulas en blanco o conceptos indeterminados. Concretamente el artículo 24.1 LOPD exime a la Administración de cumplir con sus obligaciones de información y advertencia del artículo 5 LOPD (derechos de acceso, rectificación y cancelación) cuando ello pudiese impedir o dificultar gravemente las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o cuando afecte a la persecución de infracciones administrati-

³⁴ Artículo 21.1 LOPD: "Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones Públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso, o cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos". Recurre exclusivamente el inciso "o por disposición de superior rango que regule su uso"

³⁵ Artículo 24.1 LOPD: "Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5º no será aplicable a la recogida de datos cuando 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 infracciones penales o administrativas". Recurre exclusivamente los incisos "funciones de control y verificación de las Administraciones públicas" y "persecución de infracciones [...] administrativas"

³⁶ Artículo 24.2 LOPD: "Lo dispuesto en el artículo 15 y en el apartado 1 del artículo 16 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. Si el órgano responsable del fichero invocase lo dispuesto en este apartado, dictará resolución motivada e instruirá al afectado del derecho que le asiste a poner la negativa en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos o, en su caso, del órgano equivalente de las Comunidades Autónomas". Recurre su primer párrafo.

³⁷ El inciso recurrido del artículo 21.1 LOPD se encontraba a su vez en el 19.1 LORTAD; este precepto, no obstante, había sido recurrido anteriormente en su totalidad. Los incisos recurridos de los artículos 24.1 y 24.2 LOPD se encontraban a su vez en sus correspondientes 21.1 y 2 LORTAD

³⁸ La creación, modificación o supresión de los Ficheros de las administraciones públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el "Boletín Oficial del Estado" o Diario Oficial correspondiente

vas. El artículo 24.2³⁹ LOPD priva también a los ciudadanos de sus derechos de acceso a sus datos. El Defensor del Pueblo, en consonancia con lo alegado en el anterior recurso, entiende que tales limitaciones lesionan el contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad frente al uso de la informática. Opina, en definitiva, que la nueva Ley sigue desnaturalizando el derecho, volviéndolo impracticable y despojándolo de su necesaria protección.

El Abogado del Estado mantiene una posición similar a la esbozada en el procedimiento frente a la LORTAD. No considera el artículo 18.4 CE como portador de un nuevo derecho fundamental. En el supuesto del artículo 21.1 LOPD, las reglas de acción y cooperación administrativa imponen en ciertos casos el suministro de datos entre Administraciones Públicas para el ejercicio de las respectivas competencias. Pero, a su vez, si la cesión de datos no es un derecho fundamental, las normas que lo regulan no están sometidas a la reserva de ley. Defiende, en fin, la constitucionalidad del artículo 21.1 LOPD en términos idénticos a los esbozados para justificar el antiguo artículo 19.1 LORTAD; no otorgaría a la Administración un poder arbitrario de cesión de datos, sino un poder discrecional fiscalizable por los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo⁴⁰. El Abogado del Estado entiende asimismo que la excepción contenida en el artículo 24.1 LOPD a la regla general de los artículos 5.1 y 5.2 LOPD es muy restringida. Así, únicamente cabe si impide o dificulta gravemente el ejercicio de las funciones de control y verificación, no bastando que simplemente genere dificultades en su desempeño. Observa cómo es doctrina reiterada del TC la posibilidad de emplear conceptos jurídicos indeterminados, siempre que sean razonablemente concretables en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia con los que pueda evitarse el riesgo de arbitrariedad en su empleo. Tal negativa, por lo demás, no impide obtener al interesado el acceso a la información general del fichero y, así, el conocimiento de la existencia, fines y responsables del mismo; a su vez, permite el recurso pertinente ante la vía contencioso-administrativa⁴¹. Por último, el artículo 24.2 LOPD, al igual que el artículo 21.1 LORTAD, únicamente concede al responsable del fichero el poder de imponer provisionalmente su punto de vista hasta que se resuelva la controversia definitivamente por el Director de la Agencia de Protección de Datos⁴².

³⁹ Este precepto, al igual que su homólogo 21.2 LORTAD contiene referencias al *interés público* y a *intereses de terceros dignos de protección* que suponen cláusulas en blanco inadmisibles para el supuesto que nos ocupa

⁴⁰ Añade a estas garantías el Abogado del Estado las que se desprenden del hecho de que la disposición, al ser de rango superior, implica que es confeccionada por un órgano distinto a quién ha creado el fichero público

⁴¹ La tacha de inconstitucionalidad del segundo inciso del artículo 24.1 LOPD, referido a la persecución de infracciones administrativas, debe rechazarse, en su opinión, por idénticas razones: la negativa a proporcionar puntual información al interesado no impide el acceso a la información general del fichero.

⁴² Así, lo contenido en este precepto no son límites a estos derechos, sino razones que pueden fundar su derogación cautelar al entender provisionalmente el responsable del fichero que pueden existir razones que así lo justifiquen.

c) *La resolución del Tribunal Constitucional STC 292/2000*

El Tribunal Constitucional, como indicamos anteriormente, comprende el artículo 18.4 CE a partir de una perspectiva diferente a la del Abogado del Estado; esto determina que el razonamiento y las conclusiones diverjan de las de aquél. Ya en su Fundamento Jurídico cuarto advierte cómo las amplias posibilidades de la informática hacen que el derecho fundamental a la intimidad no aporte protección suficiente ante la nueva realidad. Así, el artículo 18.4 CE constituye por sí mismo un derecho o libertad fundamental. El derecho consiste en controlar el uso de los datos insertos en un programa informático y comprende la oposición del ciudadano a que determinados datos sean utilizados para fines distintos a los entregados (F.J.6)⁴³. Otorga, en fin, un poder de control sobre los datos personales y comprende un objeto⁴⁴ y contenido⁴⁵ más amplio que el del honor y la intimidad. Estas conclusiones se corroboran al contemplar el nuevo derecho en acuerdos supranacionales como la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁶ (F.J.8), que ni siquiera había sido proclamada en Niza en el momento de decidirse la Sentencia. Los límites a tal derecho sólo pueden venir impuestos por los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicamente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución; y, a su vez, sólo la ley puede fijarlos. Tal actividad no es así lugar idóneo para la colaboración entre la ley y las normas infralegales; su posibilidad de participación se vería reducida a aspectos secundarios o auxiliares (F.J.11).

A partir de este razonamiento, el Tribunal Constitucional acoge el recurso planteado. Los apartados 1 y 2 del artículo 21 LOPD vulneran el artículo 53.1 CE. No se fijan los límites a los derechos, y se limitan a identificar la norma que puede hacerlo en su lugar, pudiendo ser ésta reglamentaria (F.J. 14). Por lo que se refiere al artículo 24.1 y 2 LOPD, entiende que las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar justificadas en la protección de otros derechos fundamentales y han de ser proporcionadas al fin perseguido; de lo contrario se-

⁴³ El ciudadano, pues, goza del derecho a consentir sobre el uso y recogida de sus datos, y éste es un elemento característico de la definición constitucional de libertad informática (F.J. 7)

⁴⁴ Extiende su garantía a la "esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal" F.J. 6. Comprende, pues, todo tipo de datos que puedan incidir o ser relevantes en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona; así, el derecho fundamental, a juicio del tribunal, no se reduce a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier dato personal cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, alcanzando también datos públicos, F.J. 6

⁴⁵ Garantiza a la persona un poder de control sobre sus datos personales, a fin de impedir su tráfico ilícito. Atribuye, pues, a su titular un haz de facultades "consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos" F.J. 6

⁴⁶ Artículo 8. Apartado 1º: "Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan". Apartado 2º: "Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación". Apartado 3º: "El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente"

rían limitaciones arbitrarias, y deben caracterizarse por la certeza y previsibilidad (F.J. 15). De no darse estos requisitos, la ley no cumpliría su función de garantía del derecho fundamental; supondría apoderar a los Poderes Públicos para que sean ellos los que fijen los límites a los derechos fundamentales (F.J. 16). Pero la ley en cuestión, mediante expresiones como *funciones de control y verificación* (artículo 24.1 LOPD) e *interés público* (artículo 24.2 LOPD) habilita a la Administración a que fije los límites, otorgando así un excesivo campo de maniobra a la discreción administrativa, lo que supone una cesión en blanco que defrauda la reserva de ley (F.J. 17). A su vez, estima, en base a idénticos fundamentos, las tachas de inconstitucionalidad contra los dos otros supuestos de restricciones al derecho impugnadas por el Defensor del Pueblo, la relativa a la persecución de infracciones administrativas (artículo 24.1 LOPD)⁴⁷ y la garantía de intereses de terceros más dignos de protección (artículo 24.2 LOPD)⁴⁸. El contenido del fallo estimatorio no se limita, además, a anular la literalidad de las tachas formuladas por el Defensor del Pueblo. Por lo que se refiere al artículo 21.1 LOPD, la declaración de inconstitucionalidad se extiende al inciso más amplio que incluye tanto las disposiciones de creación del fichero como el literal del impugnado. De igual modo, extiende la inconstitucionalidad a todo el artículo 24.2 LOPD; entiende que si las dos restricciones que prevé en su primera frase son lesivas al artículo 18.4 CE, su nulidad priva de sentido alguno a lo dispuesto en la segunda⁴⁹.

El Tribunal Constitucional declara así inconstitucionales los límites a unos derechos que consagra la propia ley, pero que se infieren del artículo 18.4 CE y que, en definitiva, gozan de la cualidad de derechos fundamentales. Parece claro, pues, que se han limitado los derechos de espaldas a los requisitos que impone el orden constitucional y la sentencia del Tribunal Constitucional declara nulo tal proceder.

3. LA CONTROVERSIA SOBRE LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

A. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La Generalidad de Cataluña, como indicamos anteriormente, recurre la Ley Orgánica 5/92 por entender que vulnera el orden constitucional de reparto de competencias. Esta disposición atribuye competencias exclusivas en su ejecución

⁴⁷ Este límite, que ni siquiera se prevé para el simple acceso a los archivos y registros administrativos (artículo 105 CE), puede causar grave indefensión al interesado, impidiéndole articular adecuadamente su defensa frente a la denegación por la Administración del acceso a sus datos personales.

⁴⁸ Porque supone, en fin, abandonar a la decisión administrativa la fijación de un derecho fundamental, "sin ni siquiera establecer cuáles puedan ser esos intereses ni las circunstancias en las que pueda hacerlos valer para restringir de esta forma este derecho fundamental" F.J. 18

⁴⁹ Tal extensión la fundamenta en el artículo 39. 1 LOTC; la lógica jurídica aconseja su conexión

sobre todos los ficheros de titularidad pública y de los creados por la Administración local al Estado central, mientras que a la Comunidad Autónoma sólo le resta la competencia sobre los ficheros creados por su propia Administración. Concretamente, es el régimen jurídico de la Agencia de Protección de Datos el que atrajo el reproche de la Generalidad catalana, al estimar que tal sistema de protección no puede quedarse fuera del marco constitucional y estatutario de distribución de competencias, y la circunstancia de que sea una ley orgánica la que regula tal organismo no puede conllevar la exclusión de la intervención autonómica⁵⁰. Reivindica la titularidad sobre las potestades de ejecución administrativa y de tutela administrativa de los ficheros de titularidad privada que afectan a su ámbito material de competencias, y de la Administración local catalana. Porque el elemento de relevancia para atribuir la competencia, en su opinión, es la naturaleza y la utilidad de la información, que puede afectar a muy diversos sectores materiales; y es precisamente ese carácter de técnica instrumental lo que provoca la inexistencia, en la Constitución, o en los Estatutos, de una específica materia competencial sobre el particular. Pero esta omisión, en todo caso, no puede otorgar una competencia residual al Estado⁵¹, sino que la solución debe depender de si esta materia puede encuadrarse en alguna de las competencias ya existentes⁵². De manera que la única distribución competencial constitucionalmente conforme sería aquella que responde al criterio del ámbito material en que opere cada fichero⁵³.

⁵⁰ Porque, en primer lugar, no debe confundirse la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional con la existencia de un ordenamiento jurídico rigurosamente uniforme, pues ello sería contrario a la autonomía reconocida en el artículo 2 CE, como reconoció el propio tribunal (SS.T.C. 37/1981, 76/1983, 37/1986); en segundo lugar, el artículo 81 CE no puede imponerse a lo dispuesto en el artículo 149 CE, desvirtuado la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (STC 137/1986)

⁵¹ Tampoco cabría alegar el artículo 149.1. 1º CE, puesto que, en su opinión, la naturaleza administrativa de la Agencia de Protección de Datos y el carácter de sus funciones tuitivas, incardinables en las denominadas potestades de policía administrativa, poco o nada tienen que ver con la garantía de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales en el conjunto del Estado

⁵² Como sucedió, entienden, en el asunto resuelto por la STC 76/1984 (sentencia sobre la actividad cartográfica)

⁵³ Concretamente, se reprochan los artículos 38, 45 y 48 LORTAD que debieran reconocer expresamente la competencia a la Comunidad Autónoma catalana sobre las funciones de inscripción registral de los ficheros creados por la Administración local catalana y, sin embargo, lo hizo atribuyendo esas funciones de forma exclusiva a la Agencia de Protección de Datos. En cualquier caso, el recurso se centra en el reproche al artículo 40 LORTAD. Este precepto reconoce expresamente competencia autonómica sobre sus propios ficheros, pero efectúa una tácita exclusión de las competencias exclusivas que sobre estas materias pudieran corresponder a las Comunidades Autónomas. A su vez, recurre los artículos 24, 31 y 39 de la ley. Los dos primeros preceptos, en relación con el artículo 40.2 LORTAD, impiden a la Comunidad Autónoma crear y mantener Registros de Protección de Datos propios respecto de los ficheros de titularidad privada. En cuanto al artículo 39 LORTAD, de su interconexión con el 40 LORTAD, se sigue la exclusión a las Comunidades Autónomas de las funciones inspectoras que la ley orgánica atribuye en exclusiva a la Agencia de Protección de Datos. Por último, la Generalidad de Cataluña ataca la Disposición final tercera de la ley que, en relación con su artículo 1, atribuye carácter de orgánico al artículo 24. Considera que el artículo 24 no es desarrollo directo de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 18, pues posee un contenido meramente organizativo.

También el Parlamento de Cataluña recurrió esta ley, en idéntico sentido a la Generalidad catalana, alegando que el artículo 18.4 CE no puede soslayar el marco de distribución de competencias; la interconexión entre los apartados 1 y 4 del artículo 18 CE y el artículo 81 CE no atribuye título competencial alguno al Estado. El desarrollo de los derechos fundamentales deberá realizarse, pues, en el marco de la distribución de competencias prevista en la Constitución y los Estatutos de Autonomía, como reconoce el propio Tribunal Constitucional (STC 137/1986). Pero la LORTAD, a través de sus normas organizativas, ha procedido a una distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas al margen de la que sobre el particular establecen la propia Constitución y el Estatuto de Autonomía de Cataluña⁵⁴.

Como indicamos al inicio de esta exposición, la ley inicialmente recurrida es derogada en el transcurso del propio procedimiento ante el Tribunal Constitucional por la nueva Ley Orgánica 15/99. Sin embargo, y a juicio tanto del Parlamento de Cataluña, como del Consejo de Gobierno de Cataluña, pervive la controversia competencial y, así, sería innecesaria una reiteración de un litigio competencial ya planteado. Porque la Ley Orgánica 15/99 reproduce el ya derogado artículo 40 LORTAD en su artículo 41, añadiendo sólo la competencia de la Comunidad Autónoma respecto de los ficheros creados por los entes locales. Con esto, vendría a reconocer el fundamento del recurso inicialmente planteado; mas sólo parcialmente, pues no hace lo propio con los ficheros de titularidad privada que pudieran versar sobre materias respecto de las cuales la Comunidad Autónoma pudiera ostentar competencias propias⁵⁵. La controversia competencial, se mantiene, si bien se ve reducida a esta última materia.

B. LA POSICIÓN DEL ABOGADO DEL ESTADO

El Abogado del Estado, por su parte, acepta que el conflicto competencial no ha cesado respecto a los ficheros privados. Pero había manifestado un parecer distinto al argumento del Parlamento y la Generalidad catalanas, en orden a justifi-

⁵⁴ Concretamente, recurre el artículo 40, apartados 1 y 2 LORTAD, pues la titularidad del instrumento se convierte en criterio determinante para la distribución de competencias, y no la materia sobre la que versa el fichero. A su vez, las funciones previstas y reguladas en el artículo 24 LORTAD, al que la disposición Final tercera reviste con la forma de ley orgánica —cuando este precepto, a juicio del Parlamento de Cataluña, no desarrolla derecho fundamental alguno—debieran corresponder a la Comunidad Catalana respecto de aquellos ficheros de titularidad privada con finalidades y usos encuadrables en las competencias que tengan conferidas por la Constitución y su Estatuto de Autonomía. Impugna, por último, el artículo 31 LOTAD, pues entiende que dicho precepto no debiera referirse exclusivamente al Registro General de la Agencia de Protección de Datos, sino al poder público que ostente competencias sobre la actividad objeto del fichero. Nos encontramos, pues, ante un recurso más limitado que el anterior, si bien sustentado en idénticos fundamentos jurídicos.

⁵⁵ A su vez, el apartado 2 del artículo 40 LORTAD se sustituye por el 41.2 de la Ley Orgánica de 1999 que sigue sin reconocer la competencia de las Comunidades Autónomas sobre dichas actividades instrumentales. Y ello aun cuando el reproche se circunscriba a los ficheros privados que pudieran inscribirse en el Registro correspondiente. Reproche idéntico se alega contra los artículos 26 (antiguo 24 LORTAD) y 32 (antiguo artículo 31 LORTAD).

car la atracción hacia el Estado de las competencias en cuestión; defiende la constitucionalidad de la LORTAD por lo que se refiere a esta materia.

Entiende que la protección de datos personales no es una actividad instrumental absorbida por la materia a la que sirve el fichero en cuestión, ya que de ser así, se disgregaría el régimen jurídico de la protección de datos y se pondría con ello en riesgo el fin garantista del artículo 18.4 CE. En consecuencia, y a juicio del Abogado del Estado, sólo cabrían dos posibilidades: considerar que la protección de datos es una *materia* y no una mera actividad instrumental y, así, sería competente el Estado en virtud de la cláusula residual del artículo 149.3 CE; o bien, entender que el título competencial del Estado radica en el artículo 149.1.1⁵⁶. En cualquier caso, en tanto se trate de una materia no asumida expresamente en los Estatutos de Autonomía, ha de tenerse por materia residual del artículo 149.3 CE. A su vez, salva la constitucionalidad del artículo 40 LORTAD, al alegar que este precepto establece un tipo de cooperación interadministrativa en el que las tareas deben encargarse al órgano comparativamente mejor situado en la organización más capacitada para su desempeño. La necesidad de establecer garantías básicas en todo el territorio nacional, amén de la novedad en la materia, la inexperiencia en su tratamiento y práctica, así lo aconsejarían⁵⁷. Por último, el Abogado del Estado objeta también la impugnación que se hace del artículo 24 LORTAD. En cualquier caso, y de ser acertada tal impugnación, la consecuencia no sería que el artículo 24 dejase de ser válido, sino que dejaría de ser orgánico; pero, además, está justificado su carácter de orgánico, pues la materia regulada incide directamente en la limitación del libre uso de la informática por los particulares⁵⁸.

C. LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO STC 290/2000

Los fundamentos jurídicos y el fallo del Tribunal Constitucional sobre el particular hacen suyo en gran medida el razonamiento del Abogado del Estado. Se pronuncia en primer lugar sobre la eventual pérdida del objeto del recurso en los términos conocidos (FF. JJ. 4 y 5) y tras considerar el nuevo ámbito reducido de la controversia competencial (FF.JJ. 5 y 6), entiende que existen dos presupuestos para el examen: el contenido del derecho fundamental desarrollado en el artículo 18.4 CE y los rasgos generales de la Agencia de Protección de Datos. La especial naturaleza del derecho en cuestión hace que sea sobre los ficheros donde se deban proyectar las medidas destinadas a salvaguardarlo (F.J.7). La Agencia de Protección de Datos, por lo demás, se carac-

⁵⁶ Porque este precepto no versa sobre materia alguna y, así, comprende los derechos de la LORTAD, que los califica de legales con una indiscutible base constitucional.

⁵⁷ Iguales razones alega el Abogado del Estado en relación a los ficheros creados por entes locales. Pero esta controversia, como expresamos en el apartado anterior, queda diluida con la nueva ley

⁵⁸ Y ello, opina el Abogado del Estado, en garantía del artículo 18.1 CE y de otros derechos ajenos que pudieran verse afectados. El artículo 24 LORTAD sería, pues, un precepto limitativo que sirve a la garantía de los mencionados derechos fundamentales y, en esa medida, constituiría un desarrollo de los mismos en el sentido del artículo 81.1 CE

teriza por su dimensión institucional, al igual que en otros países como Alemania, Francia o Noruega (F.J.8), y por el carácter básicamente preventivo de sus funciones (F.J.9).

Pero la controversia competencial se centra en que los recurrentes no fundamentan su reivindicación en un título competencial específico, sino en tratarse de una actividad instrumental (FF.JJ.10 y 11). Ciertamente, el Tribunal ha admitido el carácter instrumental de una determinada actividad respecto de una materia, pero sólo si la actividad accesoria es llevada a cabo por poderes públicos (STC 76/84, de 29 de junio, F.J.1). A su vez, existe una conexión lógica entre la actividad que regula la LORTAD y las concretas materias sobre las que se ha atribuido competencia a una Comunidad Autónoma. Pero de considerar la actividad como instrumental, se estaría desvirtuando el bien jurídico constitucionalmente relevante —la protección de datos— y se desvirtuaría el propio mandato del artículo 18.4 CE. Con ello, rechaza el órgano constitucional español las pretensiones de atribuir la competencia a las Comunidades Autónomas (F.J. 11).

No excluye, en cualquier caso, el examen del título competencial que puede habilitar al Estado para regular la Agencia de Protección de Datos. En tal sentido, aprecia en primer lugar la íntima conexión entre la Agencia de Protección de Datos y el propio ejercicio por los ciudadanos del haz de facultades que le otorga el derecho fundamental consagrado en el artículo 18.4 CE. Pero del propio artículo 149.1.1º CE se sigue que las regulaciones estatales dictadas a su amparo pueden contener una dimensión institucional⁵⁹. Así, la exigencia constitucional de protección de datos tendría una proyección directa sobre el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas (F.J. 14); la garantía de los derechos fundamentales exigida por la Constitución, así como la igualdad de todos los españoles en su disfrute justifica, en fin, el que la Agencia de Protección de Datos pueda ejercer las competencias cuestionadas⁶⁰.

* * *

La Constitución española previó la incidencia de la informática en el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y en el pleno ejercicio de sus derechos. El Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus competencias, elevó la previsión del artículo 18.4 CE al rango de derecho fundamental. A partir de tal entendimiento, los límites a los derechos que tal precepto consagraba sólo podían realizarse por ley y debían gozar de certeza y claridad. Esto conlleva la estimación del recurso del Defensor del Pueblo contra la LOPD y la deses-

⁵⁹ No es infrecuente, a su vez, que las regulaciones estatales dictadas al amparo de este artículo establezcan un órgano al que encomiendan la ejecución de sus preceptos; así, por ejemplo, y respecto al derecho fundamental recogido en el artículo 30.2 CE, el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia.

⁶⁰ Desestima, pues, los recursos interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Parlamento de Cataluña contra los artículos 24, 31 y 40.1 y 2 de dicha ley orgánica.

timación de las alegaciones del Abogado del Estado, pues las fundamenta en un entendimiento diverso del propio artículo 18.4 CE.

El conflicto de competencias que suscita la regulación de tal derecho lo resuelve el Tribunal a partir de la íntima conexión entre la Agencia de Protección de Datos y el propio ejercicio del haz de facultades que le otorga el artículo 18.4 CE. Esto impone la exigencia constitucional de considerar la protección de datos como un factor con proyección directa sobre el reparto competencial y, por ende, niega que tal actividad pueda considerarse como instrumental.