

UN NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO

RAÚL CANOSA USERA

La inicial tibieza de los constitucionalistas a la hora de enfocar el análisis de los derechos fundamentales está dejando paso a un interés cada vez más evidente por afrontar, desde la perspectiva de la asignatura, toda la dificultad teórica que la regulación jurídica de la libertad presenta. La monografía del profesor LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (*) demuestra la utilidad de abordar asuntos de este tipo con los métodos del derecho constitucional. No se olviden aspectos metajurídicos, pero su condición auxiliar, no desnaturaliza el análisis encaminado a producir resultados jurídicos. La pretensión del libro que comentamos no es otra que proponer la existencia en nuestro Ordenamiento de un derecho fundamental, sólo esbozado en la Constitución (artículo 18.4), y necesitado de una regulación jurídica específica que lo consagre. El derecho a la autodeterminación informativa, construido doctrinal y positivamente, constituirá el dique necesario para impedir que la circulación de datos personales previamente recabados y su mismo acopio, se hagan sin control de quien es titular personalísimo de esos datos. Los peligros evidentes de la revolución informática y, frente a ellos, la defensa de la identidad de los ciudadanos explican la oportunidad de la monografía de LUCAS MURILLO. Sin exagerar las amenazas que la inclusión de datos en redes informáticas representa, al jurista corresponde descubrir si tal actividad atenta contra algún interés

(*) PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, 207 págs.

que precise defensa. Si fuera necesario habría que levantar un edificio normativo y doctrinal donde cobijar el bien jurídico antes sin protección suficiente, y no obstaculizar en demasía que la actividad potencialmente peligrosa pudiera desarrollarse sin acarrear efectos nocivos. Así actúa el autor cuando configura un derecho a la autodeterminación informativa que no impide, cosa imposible, el desarrollo de otras actividades (recogida de datos y transmisión de los mismos), sino que las encauza para que no incidan negativamente en la libertad. Con esta clave finalista, *pro libertatem*, desarrolla el autor su argumentación; agota, o casi, todos los aspectos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales, yendo de mayor a menor, no dando por supuesto ninguno de los elementos que al final intervienen en la concepción particular del nuevo derecho. El completo tránsito doctrinal que se cubre, junto con la claridad expositiva, permiten al lector seguir el intachable hilo argumental de la obra.

Como ya se ha indicado el profesor LUCAS MURILLO propone la existencia de un derecho distinto, a su juicio, de otros afines; un derecho, privado todavía de su correspondiente regulación jurídica que el autor reclama e inspira con sus propuestas. Para amparar su postura utiliza dos argumentos: En primer lugar, recuerda que se suceden generaciones de derechos ampliándose el ámbito de la libertad y, en segundo lugar, que el derecho propuesto es distinto del derecho a la intimidad con el que algunos lo confunden.

La enumeración constitucional de libertades permite a algunos contemplar nuestra tabla de derechos fundamentales como un conjunto inalterable e indisponible. No basta, sin embargo, petrificar los mandatos constitucionales con una férrea rigidez; aun en estos supuestos la vida del derecho evoluciona sin modificación literal de los textos normativos y se acomoda a las nuevas situaciones desconocidas o apenas atisbadas por los creadores de las normas. Son otros más adelante quienes de una pequeña referencia o del silencio mismo del legislador construyen un nuevo derecho fundamental o proponen una interpretación innovadora. Precisamente la monografía de LUCAS MURILLO procede de la manera descrita porque de una anodina alusión constitucional (artículo 18.4) deduce un derecho fundamental. El paso que el constituyente no se atrevió a dar, aunque lo amagó como se recuerda al recorrer el iter legislativo

del precepto, se da en la obra del catedrático de Córdoba. En otras palabras, se encuentra en el Texto fundamental algo más de lo que los constituyentes fueron conscientes de introducir. Pero los propios constituyentes al redactar el artículo 10.1 mencionaron la «dignidad de la persona humana y los derechos inviolables que le son inherentes...». Esta cláusula de apertura en el Título dedicado a las libertades permite considerar los derechos que siguen no como una lista cerrada, sino abierta. Las nuevas necesidades de protección de la libertad justifican la identificación de nuevos derechos, desgajándolos en ocasiones, de otros más antiguos. Esto ocurre con el nuevo derecho que comentamos diferenciado del derecho a la intimidad luego de la pertinente depuración dogmática y a la vista de las necesidades reales. El hallazgo no es fruto de un prurito técnico, sino del convencimiento de que es necesario proteger un bien jurídico mediante la identificación de un derecho fundamental no expresamente formulado en la Constitución. Lo último es posible porque se independiza el nuevo derecho de otro sí consagrado en el artículo 18.1 de la Carta Magna: el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Otros autores han aprovechado la noción de intimidad para concebir la protección jurídica frente a los abusos de la informática como una subespecie de la protección debida a la intimidad; así las cosas el bien jurídico a proteger sería el mismo (la intimidad), lo que variaría serían las amenazas frente a las cuales la nueva protección se dispondría. La aparición de la informática se ve, según lo dicho, como una nueva y potencial amenaza contra la intimidad; para combatirla no es preciso, según los mantenedores de esta postura, articular un derecho distinto, basta arbitrar las pertinentes medidas de salvaguardia que amparen el disfrute de la intimidad, también, frente a los abusos de la informática.

El autor mantiene un planteamiento opuesto que sorprende la existencia de un derecho diferente, precisamente porque son distintos los bienes jurídicos protegidos. Por un lado, en el ya clásico derecho a la intimidad se protege la intimidad física, la confidencial, una «intimidad preinformática». Para LUCAS MURILLO el nuevo derecho ampara todos los datos personales, íntimos o no; esos datos forman un bien jurídico a proteger de distinto carácter al constituido por el derecho a la intimidad. En la obra se analiza extensa-

mente el derecho a la intimidad y sus distintas concepciones doctrinales. Este conocimiento profundo permite al autor justificar, después, el tratamiento dogmático diferenciado de los dos derechos, sin olvidar, por supuesto, las conexiones que, sin duda, hay entre ellos.

Como es bien sabido la Constitución española en su artículo 18.4 remite al legislador la aprobación de una ley que se ocupe de proteger el honor, la intimidad y el pleno ejercicio de los derechos de cada ciudadano y límite con este fin el uso de la informática. A la vista del precepto constitucional no es sólo la intimidad la que puede verse afectada por los abusos informáticos; éstos se producen cuando datos personales se utilizan en perjuicio real o potencial de los intereses propios de los titulares de los datos. La ley reclamada en la Constitución deberá, pues, proteger los datos personales contra los manejos lesivos que pudieran cometer quienes hacen acopio de los mismos. La previsión constitucional no contiene como en el caso portugués, una explícita consagración de un derecho autónomo, pero al menos encarga al legislador la provisión de una norma que proteja al individuo frente a las amenazas informáticas. Las Cortes Generales todavía no han aprobado la ley de protección de datos y sólo algunos convenios internacionales suscritos por España se ocupan de la materia, sin que su abstracción resuelva gran cosa el vacío normativo que padecemos. Hubo, y el autor las analiza, dos iniciativas legislativas de grupos minoritarios en las Cortes; ninguna prosperó por voluntad de la mayoría, pero al menos se convino en la necesidad de acometer normativamente el asunto, sin que los buenos deseos se hayan traducido aún en la iniciativa legislativa que la mayoría se ha reservado para sí.

El profesor LUCAS MURILLO elabora su análisis dogmático para nutrir el debate legislativo cuyo desarrollo muchos aguardan. Al ser España una de las naciones europeas más retrasadas en la protección de datos personales, la experiencia normativa de otros países occidentales, que ya cuentan con leyes específicas, servirá de referencia indispensable. El conocimiento de lo ocurrido en otros países en un campo inédito para nuestro legislador y nuestros juristas resulta a todas luces necesario y así lo entiende el profesor LUCAS MURILLO cuando dedica numerosas páginas al análisis del derecho comparado.

Luego de recorrer la experiencia jurídica en la protección de la intimidad y de traer a colación las prácticas normativas sobre la protección de datos personales frente a la informática, la monografía aprovecha las enseñanzas, que el previo estudio de derecho comparado ofrece, para levantar el edificio teórico con el que concluye el libro: se trata de una propuesta aglutinante de todos los elementos presentes en el derecho a la autodeterminación informativa. Para llevar a cabo su investigación LUCAS MURILLO no cuenta con más apoyo normativo patrio que la ambigua formulación constitucional contenida en el artículo 18.4. En su auxilio viene, únicamente, el ya mentado bagaje normativo extranjero.

La monografía brinda, pues, al legislador español la propuesta de una completa consideración dogmática del derecho a la autodeterminación informativa; encajan en ella todos los elementos, algunos controvertidos, y forman un engranaje teórico montado alrededor de la idea de contenido esencial. Hay intención clara de precisar cuáles son los contornos esenciales de este derecho, sobre todo cuando la delimitación precede al tratamiento normativo. En ayuda del teórico no viene esta vez la norma sobre la cual identificar el núcleo indeclinable del derecho; esta tarea constituye la más importante de cuantas acomete el autor, puesto que el sistema de protección de datos sólo puede regularse después de conocer cuál es el bien jurídico que se ha de proteger y de individualizar qué facultades dispone el titular del derecho; dichas facultades forman el contenido esencial. El bien jurídico a salvaguardar es, ya lo sabemos, la autodeterminación informativa; pues bien, el contenido de este derecho lo forma un conjunto de facultades a disposición del titular de los datos personales. Esas facultades no van a impedir que esos datos se recojan, salvo excepciones, o se transmitan, pero garantizan que estas actividades no se realizan en contra de la voluntad de los titulares de los datos. Estos últimos son los sujetos activos del derecho frente a quienes recogen o transmiten datos, sujetos pasivos, incluidos los poderes públicos.

Antes de proponer medidas de garantía concretas es menester por todo lo explicado enumerar qué facultades forman el contenido esencial de nuestro derecho. Las garantías lo serán de esas facultades; sin identificar claramente éstas no es posible articular aquéllas. Con estas premisas LUCAS MURILLO distingue dos núcleos de facul-

tades: el primero se refiere a la captación de datos y el segundo a su conservación y tratamiento. En el primer grupo, el autor incluye la facultad de controlar previamente el acopio de informaciones sensibles; estos datos personalísimos (raza, opiniones políticas, convicciones religiosas, etc.) no podrán recabarse sin la previa y expresa autorización de su titular. No es preciso recalcar la relación directísima que lo dicho tiene con el disfrute de libertades esenciales. A lo largo de nuestro resumen iremos comprobando la vertiente instrumental, apuntada también por el autor, del derecho a la autodeterminación informativa: su ejercicio preserva el cabal disfrute de otros derechos, tales como el de intimidad, la libertad de conciencia, de opinión y religiosa, la igualdad. El carácter instrumental del derecho a la autodeterminación informativa no menoscaba, sin embargo, su carácter de derecho fundamental; lo mismo ocurre en otros supuestos constitucionales: la inviolabilidad de domicilio o el secreto de las comunicaciones, por ejemplo. Como complemento, la lealtad, y respeto de la legalidad que la garantizan, es otro de los pilares sobre los que se ha de fundar la recogida de datos.

El segundo orden de facultades concierne a la conservación y tratamiento automatizado de los datos personales; en este ámbito los derechos particulares que han de encontrar acomodo en la legislación son, a juicio del autor: el derecho a conocer la existencia de los bancos de datos cuya vida ha de regirse por un status de publicidad; el derecho de acceso a la información personal para comprobar que, en efecto, el banco dispone de alguno de nuestros datos; derecho de rectificación, integración y cancelación que nos permitirá controlar la calidad y veracidad de los datos que nos afecten; por último, derecho a conocer la transmisión a terceros de datos personales. Todos los derechos antes mencionados conectan con la principal de las cautelas que la ley ha de adoptar: asegurar que los datos se utilicen sólo para las finalidades declaradas por los propios bancos; únicamente en este marco las facultades enumeradas contribuirán a la preservación del bien jurídico cuestionado.

Las garantías que, como colofón ofrece la monografía tienen muy en cuenta el derecho comparado y el posible encaje de unas u otras instituciones en nuestro Ordenamiento jurídico. Siempre será necesaria la intervención público para regular el funciona-

miento de los bancos de datos y asegurar que su finalidad es lícita y para permitir también el mejor desarrollo de las facultades que forman el contenido esencial del derecho a la autodeterminación informativa. Sin embargo, la presencia del Estado en el terreno del que nos ocupamos no debe producirse a expensas de la circulación de información, porque ello lesionaría otros derechos igualmente legítimos tales como la libertad de información o comunicación. Debe el legislador ponderar, pues, el disfrute de los derechos en potencial contradicción, y, en lo que nos afecta, instaurar las garantías necesarias para el ejercicio del derecho analizado sin menoscabo de otras libertades. Así las cosas, el autor propone ciertas garantías, institucionales por un lado, y, por otro, garantías procesales y sanciones. En el primer grupo se enmarca la organización de un ente estatal con independencia y medios suficientes para supervisar la actividad de los bancos de datos y amparar el ejercicio de los derechos de quienes son titulares de esos datos. La vida legal de los bancos habría de ajustarse a las reglas de la publicidad, garantizada con un registro público. Las garantías procesales serían las mismas señaladas para los derechos fundamentales, es decir, la Ley 62/1978 de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y, en su caso el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La combinación de las sanciones civiles, administrativas, e incluso penales formarían un último capítulo protector para castigar a quienes recopilaran o utilizaran ilegalmente datos personales.

Las medidas comentadas habrán de constituir el marco normativo que con urgencia España deberá darse. La monografía del profesor LUCAS MURILLO viene a esclarecer algunos aspectos de la cuestión todavía no bien comprendidos; ofrece, en definitiva, una valiosa y original contribución a tener muy presente cuando nuestro legislador afronte la tarea innovadora que en este campo le aguarda.