

Ararteko

Derechos humanos y nuevas tecnologías



Colección «Jornadas sobre derechos humanos»



Ararteko

Derechos humanos y nuevas tecnologías

**XXI Cursos de Verano en San Sebastián
XIV Cursos Europeos - UPV/EHU 2002**

Colección «Jornadas sobre derechos humanos» nº 6



© ARARTEKO

Fotocomposición e impresión: Gráficas Santamaría, S.A.

Ilustración de cubierta: Diseño EPS.

© de la ilustración. Ararteko.

Papel ecológico.

D.L: VI-73/2003.

ÍNDICE

AURKEZPENA / PRESENTACIÓN	7
PRESENTACIÓN DE LA JORNADA EN LOS CURSOS DE VERANO DE LA UPV/EHU. DERECHOS HUMANOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS	15
<i>(Mercedes Agúndez Basterra – Ararteko en funciones)</i>	
AVANCES TECNOLÓGICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. LOS RIESGOS DEL PROGRESO	31
<i>(Pablo Lucas Murillo de la Cueva – Catedrático de Derecho Constitucional, Magistrado del Tribunal Supremo)</i>	
EL ACTIVISMO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CONTROL POLÍTICO-SOCIAL A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	79
<i>(Gregorio Díaz Dionis – Director del equipo NIZKOR)</i>	

LA AUSENCIA DE GARANTÍAS EN LAS BASES DE DATOS DE ADN EN LA INVESTIGACIÓN PENAL	99
<i>(Francisco Etxeberria Guridi – Profesora de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UPV/EHU)</i>	

LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS	145
<i>(Ana Rosa González Murua – Profesora de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UPV/EHU)</i>	

RETOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	189
<i>(Iñaki Vicuña Nicolás – Letrado del Consejo General del Poder Judicial)</i>	

AURKEZPENA

1997. urtean, Arartekoak argitalpen bilduma berri bat hasi zuen, “Jornadas sobre derechos humanos” izenekoak. Bilduma honetan argitaratzen dira EHUren Udako Ikas-taroetako zenbait txosten eta komunikazio, hain zuzen, giza eskubideak aztertu eta eztabaidatzeko jardunaldietan aurkezten direnak. Izan ere, erakunde honek antolatzen ditu jardunaldiok.

Seigarren jardunaldi hauetan, “Giza eskubideak eta teknologia berriak” gaia aukeratu da. Teknologia berrien on-gaitzak aztertzen dira, bi ikuspegitatik: alde batetik, eskubideak urratzen dituzten tresnak izan daitezke, eta, horregatik, babes-bideak ezarri beharko dira; baina, bestetik, eskubideak gauzatzeko tresnak ere izan

PRESENTACIÓN

En el año 1997, el Ararteko comenzó una nueva colección de publicaciones denominada “Jornadas sobre derechos humanos”. En esta colección se van publicando las ponencias y comunicaciones presentadas en las jornadas de estudio y debate sobre derechos humanos que la institución organiza en los Cursos de Verano de la UPV/EHU.

En estas sextas jornadas, el tema elegido es el de “Derechos humanos y nuevas tecnologías”, que aborda la cara y la cruz de las nuevas tecnologías desde la doble perspectiva de considerar que, al mismo tiempo, pueden ser instrumentos que vulneren derechos, ante lo que será preciso articular mecanismos de defensa, pero también pueden

daitezke, horiek ahalbidetuz edo neurri handiagoan zabalduz.

Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Konstituzio Zuzenbidean katedradun eta Auzitegi Goreneko magistratuak, honako txosten iradokitzaile hau aurkezten du: “Aurrerapen teknologikoak eta oinarrizko eskubiak. Aurrerakuntzaren arriskuak”.

Aurrerakuntza zientifiko eta aurrerapen teknologikoa eta behar berriak aztertzen ditu. Sortzen ari diren eskubide berriak hausnartzen ditu eta, zehazkiago, errealitate berriei eta horien erantzun juridikoei hurbiltzen zaie. Osasuna eta identitate sexuala; ingurumenaren babesa; herrien elkartasuna eta garpenera; elkartasuna eta gizarte-bazterkeria; identitate sexuala eta ezkontza; osasuna babesteko eskubidea eta bizi-testamentua; informazio alorrean norberak erabakitze eskubidea; horiek guztiak aztertzen dira lan honetan, eskubide guztiek, berri nahiz zaharrek, sustrai berbera

ser instrumentos de ejercicio de derechos, posibilitándolos o dándoles mayor proyección.

El catedrático de Derecho Constitucional y magistrado del Tribunal Supremo Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presenta una sugerente ponencia bajo el título “Avances tecnológicos y derechos fundamentales. Los riesgos del progreso”.

Analiza la idea de progreso científico y avance tecnológico y nuevas necesidades. Reflexiona sobre los nuevos derechos que emergen y, más en concreto, se aproxima a nuevas realidades y a sus respuestas jurídicas. La salud y la identidad sexual; la protección del ambiente; la solidaridad y el desarrollo de los pueblos; la solidaridad y la exclusión social; la identidad sexual y el matrimonio; el derecho a la protección de la salud y el testamento vital; el derecho a la autodeterminación informativa son objeto de estudio en este trabajo desde la idea de que todos los derechos, los nuevos y los

dutelakoan –gizakiaren duintasuna–, eta oinarritzko osagai berberak –askatasuna eta berdintasuna–.

Azalpen bikain horren kontrapuntu teorikoa Gregorio Díaz Dionis NIZKOR Taldearen zuzendariak jartzen du, giza eskubideak gauzatzearen ikuspegitik. Haren txostenak izenburu hau du: “Giza eskubideen aktibismoa eta teknologia berrien bitartez egindako kontrol politiko eta soziala”.

NIZKOR Taldea giza eskubideen nazioarteko erakunde bat da, mundu osoan jarduten du eta agiri digitalez munduan dagoen zentro garrantzitsuenetarikoa bat mantentzen du.

Txosten kezkarri batean, NIZKOR Taldearen zuzendariak teknologia berrien eta askatasun zibilaren arteko harremana jorratzen du. Erne egoteko adierazten digu, alde handia baitago komunikazioetan gertatu diren aurrerapen zientifiko-teknikoen eta nazioetan nahiz nazioartean dauden arau eta

viejos, tienen una misma raíz –la dignidad humana–, y unos mismos ingredientes básicos –la libertad y la igualdad–.

El contrapunto a esta brillante exposición teórica lo pone, desde la práctica de los derechos humanos, Gregorio Díaz Dionis, director del Equipo NIZKOR, cuya ponencia lleva el título de «El activismo de los derechos humanos y el control político social a través de las nuevas tecnologías».

El Equipo NIZKOR es un organismo internacional de derechos humanos de actuación global, que mantiene uno de los centros de documentación digital más importantes del mundo.

En una inquietante intervención, el director de NIZKOR aborda la relación entre nuevas tecnologías y libertades civiles. Alerta sobre la distancia existente entre los avances científico-técnicos operados en las comunicaciones, y las normas y procedimientos jurídicos nacionales e internacionales. Denuncia el

prozedura juridikoen artean. Berak salatzen duenez, modu desegokian erabiltzen dira satellite bidezko komunikazioen kontrola, “kontrol politiko eta sozialerako sistemak” izenekoak, “hilgarriak ez diren armak”. Ruanda edo Kolonbiako kasuak aipatzen ditu bere salaketaren erakusgarri. Bestalde, eskubideak babesteko nazioarteko erakundeek beren jardueretan teknologia berriak nola erabili ditzaketen adierazten du.

Bi txosten horien ondoren, mahai-ingurua egiten da, hiru hitzaldi arras interesgarriren bitartez.

EHUko Zuzenbide Fakultateko Zuzenbide Prozesaleko irakasleak, Francisco Etxeberria Guridik, gai hau du hizpide: “Ikerketa penalean ADNari buruzko datubasetan bermerik ez izatea”.

Etxeberria irakasleak onartzen du teknika genetikoak garrantzizkoak direla egintza kriminalak ikertzera koan, baina salatzen du Espainiako oraingo araudian ez dagoela ADNari buruzko

uso inadecuado del control de las comunicaciones vía satélite, los llamados “sistemas de control político social”, las “armas no letales”. Ilustra su denuncia con casos como el de Ruanda o el de Colombia. Señala, por otra parte, cómo las nuevas tecnologías pueden ser utilizadas por las organizaciones internacionales de defensa de derechos en sus actuaciones.

Después de estas dos ponencias, se desarrolla una mesa redonda con tres interesantísimas intervenciones.

El profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UPV/EHU Francisco Etxeberria Guridi diserta sobre “La ausencia de garantías en las bases de datos de ADN en la investigación penal”.

El profesor Etxeberria reconoce la importancia de las técnicas genéticas en la investigación de los hechos criminales, pero denuncia la ausencia de garantías de las bases de datos o ficheros de ADN

datu-baseen edo fitxategien bermerik.

Ukatu egiten du ADNari buruzko Datu Baseak arautzeko Legearen aurreproiektuaren zirriborroan, arrazoien azalpenean egiten den adierazpen hau: *“hemen arautzen diren gaiak ez dute eraginik oinarritzko eskubideetan edo askatasun publikoetan”*, eta, jarraian, bere ustez eragina jasaten duten eskubideak aztertzen ditu. Horrela, zehatz-mehatz analizatzen ditu askatasuna edo nortasuna libreki garatzea, intimitate genetikorako eskubidea, informazio alorrean norberak erabakitzekeo eskubidea.

Bukatzeko, bere hitzaldi osoan nagusitzen diren zehaztasun eta seriotasunez, analisi genetikokoetako hipotesi objektiboak azaltzen ditu, eta emaitza genetikoak gero datu-baseetan nola sartzten diren.

Beste alde batetik, EHUko Zuzenbide Fakultateko Zuzenbide Konstituzionaleko irakasleak, Ana Rosa González Muruak, gai

en la actual normativa española.

Niega la afirmación de la exposición de motivos del borrador de anteproyecto de la Ley Reguladora de las Bases de Datos de ADN, en el sentido de que *“las materias que aquí se regulan no inciden en derechos fundamentales o libertades públicas”*, y analiza los derechos que considera que sí se encuentran afectados. Así, la libertad o el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad genética, el derecho a la autodeterminación informativa son analizados con detenimiento.

Para finalizar, los presupuestos objetivos de los análisis genéticos, así como la posterior incorporación de los resultados genéticos a la base de datos, son expuestos con el rigor y la seriedad que caracterizan toda la intervención.

Por su parte, la intervención de la profesora de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UPV/EHU, Ana Rosa González

honetaz hitz egiten du: “Datuak Babesteko Agentzia, herritarren eskubideak bermatzeko tresna gisa”.

González Murua irakasleak, lehen-lehenik, xeheki azaltzen du datuak babesteari dagokionez Espainian azken 25 urteotan izan den bila-kaera, bai doktrinan, bai legegintzan, bai jurisprudenzian ere.

Ondoren, gogoeta egiten du Estatuko Datuak Babesteko Agentziaren jardunaz eta autonomia erkidegoetako datu-babeserako agentziez, batez ere Madrilgo Autonomia Erkidegokoez.

Azterketa interesgarri hori bukatzeko, datuak babesteko agentziek beraien artean dituzten harremanak aipatzen ditu, baita ere agentziok Herriaren Defendatzailearekin eta horren kide autonomikoekin dituztenak.

Azkenik, jardunaldi hauen amaieran, Iñaki Vicuña Nicolás Aginte Judizialeko

Murua, versa sobre “La Agencia de Protección de Datos como instrumento de garantía de los derechos de los ciudadanos”.

La profesora González Murua realiza, con carácter previo, una interesante exposición de la evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial en materia de protección de datos en España en los últimos 25 años.

Reflexiona a continuación sobre el funcionamiento de la Agencia de Protección de Datos estatal y las agencias de protección de datos de las comunidades autónomas, con especial incidencia en la Comunidad Autónoma de Madrid.

Acaba su interesante estudio reseñando las relaciones entre las agencias de protección de datos entre sí y con el Defensor del Pueblo y sus homólogos autonómicos.

Para finalizar las jornadas, el letrado del Consejo General del Poder Judicial Iñaki

Kontseilu Nagusiko legelariak honako hau du hizketagai: “Teknologia berrien erronkak Justizia administrazioan”.

Informazioaren gizarteak jurisprudentzian duen eragina azaltzen du egile honek, eta Aginte Judizialeko Kontseilu Nagusia burutzen ari den jardueren berri ematen du.

Plan, adierazpen programatiko eta arau orokorrak aztertzen ditu, besteak beste, informazioaren gizarteko sektore publikoaren informazioari buruzko liburu berdea, E-Europe 2000 Ekintza Plana, zerbitzu publikoak hobetzeko liburu zuria –“Administrazio berri bat herritarren zerbitzura” izenburukoa–, INFO XXI Plana edo Euskadi Plana informazioaren gizartean.

Hitzaldia bukatzeko, jurisprudentzian datu pertsonalak nola ezabatzen diren azaltzen du, alegia, nola egingen den “informazio pertsonalaren ezabaketa” delakoa.

Vicuña Nicolás interviene con un estudio sobre “Retos de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia”.

Este autor explica la incidencia en la jurisprudencia de la sociedad de la información, y da cuenta de las acciones que se están realizando desde el Consejo General del Poder Judicial.

Analiza los diferentes planes, declaraciones programáticas y normas de carácter general como, entre otras, el libro verde sobre la información del sector público en la sociedad de la información, el Plan de Acción E-EUROPE 2000, el libro blanco para la mejora de los servicios públicos “Una nueva Administración al servicio de los ciudadanos”, Plan INFO XXI o el Plan Euskadi en la sociedad de la información.

Finaliza su intervención explicando cómo se realiza la eliminación de datos personales en la jurisprudencia, el llamado “vaciado de información sensible”.

Txosten hauek argitaratuz, eztabaida bat sustatu nahi da gure eskubideak gauzatzeko garrantzi izugarria duen gai honen gainean.

Vitoria-Gasteiz,
2002ko uztailaren 5a

La publicación de estas ponencias pretende contribuir a fomentar un debate sobre una cuestión de innegable trascendencia en el ejercicio de nuestros derechos.

Vitoria-Gasteiz,
5 de julio de 2002

Mercedes Agúndez Basterra
Jarduneko Arartekoa

**PRESENTACIÓN DE LA JORNADA
EN LOS CURSOS DE VERANO DE LA UPV/EHU**

**DERECHOS HUMANOS
Y NUEVAS TECNOLOGÍAS**

MERCEDES AGÚNDEZ BASTERRA
ARARTEKO EN FUNCIONES

Egunon guztioi eta ongi etorri “Giza eskubideak eta teknologia berriak” izeneko ikastaro honetara.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la globalización económica ha traído consigo, también, la globalización de las comunicaciones y de la información. Se ha producido una auténtica revolución tecnológica con importantes avances informáticos y telemáticos (con una mención muy importante a internet).

La trascendencia de esta nueva realidad emergente ha llevado a autores como José Félix TEZANOS a afirmar que estamos ante el tercer gran ciclo de transformaciones sociales que han tenido lugar en la historia de la humanidad. Después de la “revolución neolítica”, que condujo al modelo de sociedad agraria, y la “revolución industrial”, que se plasmó en un nuevo tipo de sociedad, asistimos actualmente a una “revolución tecnológica” de amplio alcance, cuyos principales procesos de innovación son la microelectrónica y sus desarrollos informacionales; la microgenética; la física cuántica y los cambios relacionados con los nuevos materiales y las nuevas fuentes de energía.

El nuevo modelo social que se avecina va a producir cambios de gran calado respecto a la sociedad industrial, que van a influir no sólo en la vida cotidiana, sino también en las estructuras políticas, económicas y sociales. Algunos conceptos fir-

memente arraigados, como el de soberanía nacional, sometimiento al principio de legalidad, sistemas de control, y la propia democracia representativa, van a tener que ser revisados ante esta nueva realidad.

No faltan voces que temen que la utilización de las técnicas de información y comunicaciones nos lleve a una sociedad vigilada y que algunos derechos, fundamentalmente el derecho a la intimidad, se vean gravemente afectados.

Sin embargo, las nuevas tecnologías van a servir también de instrumentos de democratización del poder social. internet ha sido definida como instrumento de participación democrática. Del empleo que de la red están realizando las organizaciones de defensa de derechos nos dará testimonio en su intervención Gregorio Dionis, director del equipo NIZKOR.

La cara y la cruz de las nuevas tecnologías serán objeto de debate en esta jornada desde la doble perspectiva de considerar que, al mismo tiempo, pueden ser instrumentos que vulneren derechos, ante lo cual será preciso articular mecanismos de defensa, pero también pueden ser instrumentos de ejercicio de derechos, posibilitándolos o dándoles mayor proyección.

Los participantes, en esta apretada mañana, nos acercarán a algunas de las caras de esta nueva realidad poliédrica. Me permitirán que en esta presentación aporte algunas pinceladas a modo de reflexión sobre ciertas cuestiones que preocupan especialmente a la institución del Ararteko.

II. PROGRESO TECNOLÓGICO Y DESARROLLO HUMANO

Siempre he pensado, quizás ingenuamente, que el progreso tecnológico debería ser el instrumento más adecuado para el desarrollo humano y la superación de las desigualdades sociales. Desgraciadamente, en esta sociedad tecnológica convi-

ven los avances más prodigiosos con la pobreza más dramática.

El orden internacional existente, tan radicalmente injusto, permite que estos avances tecnológicos tan sorprendentes convivan, con naturalidad, con una realidad sangrante que denuncia el último “Informe sobre desarrollo humano” de la ONU: 30.000 criaturas menores de cinco años mueren cada día por causas evitables -lo que supone la muerte de 11 millones de niños al año-, 350 millones de menores no acuden a la escuela, 1.200 millones de personas tienen que arreglárselas para vivir con menos de 1 dólar al día, y otros 850 millones son analfabetos. Existe una brecha insalvable entre unos pocos países ricos y el resto de los habitantes del planeta.

Esta situación lleva a Duncan CAMPBELL a preguntarse si puede atajarse la desigualdad en el ámbito de la tecnología digital. Este autor señala que si el progreso económico depende de las TIC (tecnologías de la información y las comunicaciones), la “desigualdad digital” cada vez mayor no puede sino reforzar y agravar la división socioeconómica existente entre los países industrializados y los países en desarrollo. Algún autor ha hablado ya de países infopobres e inforricos.

Existe una desigualdad tecnológica digital, también llamada “divisoria digital” o “brecha digital”, que se manifiesta en toda su crudeza en el hecho recordado por CAMPBELL de que la mitad de los habitantes de la Tierra no han hecho nunca una llamada telefónica.

Como ha señalado SACHS, el mundo actual no está dividido por la ideología, sino por la tecnología. Una pequeña parte del planeta, en la que vive aproximadamente el 15% de la población del mundo, produce casi todas las innovaciones tecnológicas.

El último informe que el PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) acaba de publicar se titula *Po-*

ner el adelanto tecnológico al servicio del desarrollo humano, y analiza cómo las nuevas tecnologías afectarán en los próximos años a los países en desarrollo. Muchos observadores temen que la nueva era de las telecomunicaciones pueda ser de poca utilidad para estos países o, más aún, que se agraven las desigualdades existentes entre el norte y el sur. Por ello, es vital que se formulen políticas innovadoras, pues de lo contrario la nuevas tecnologías serán fuente de exclusión y no instrumento de progreso.

El informe sobre desarrollo humano y otros documentos de las Naciones Unidas han puesto de manifiesto las grandes desigualdades crecientes en medio de un extraordinario proceso de innovación tecnológica y dinamismo económico, no sólo entre distintos países, sino también en el seno de las propias sociedades industrializadas. En EE.UU. el 20% de los niños vive en la pobreza y en la Unión Europea subsisten grandes bolsas de exclusión social.

Sin embargo, debemos dejar algún resquicio al optimismo. El profesor Manuel CASTELLS habla de un nuevo modelo: el infodesarrollo. La revolución de la tecnología de la información podría impulsar un modelo de desarrollo que permitiría a los países más pobres superar etapas más allá de la fase de industrialización. Este profesor aboga por la necesidad de un “plan Marshall tecnológico” en el marco de un nuevo keynesianismo internacional. Aboga por romper la actual situación mediante una acción deliberada. Sólo una inyección de recursos coordinada, rápida y masiva puede corregir la actual dinámica, que está fragmentando el planeta.

Esta propuesta, no sólo resulta beneficiosa para los países en desarrollo, sino también para los países ricos (EE.UU., UE, Japón) que, además de asumir una responsabilidad moral, tienen un interés tecnológico y económico fundamental, y puede servir para atenuar potenciales fuentes de inestabilidad geopolítica.

III. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y COLECTIVOS MÁS DESFAVORECIDOS

El riesgo de que la implantación de las nuevas tecnologías ahonde la fractura entre países ricos y países pobres se manifiesta también con igual crudeza en el ámbito interno de las sociedades más industrializadas, en las que cabe, asimismo, que las diferencias sociales se hagan cada vez mayores y que las personas excluidas del sistema y los colectivos más vulnerables no puedan dar respuesta a los nuevos retos que se presentan. En algunos casos los factores de discriminación que sufren algunos colectivos se verán ampliados por las dificultades para acceder a las nuevas tecnologías.

Así, se ha señalado que también las tecnologías de la información y de la comunicación pueden ser abordadas con una perspectiva de género. Se han puesto de manifiesto algunos problemas: la baja representación de las mujeres en este sector en todos los países y la ausencia de estrategias para poner remedio a esta situación; la baja participación en el diseño de proyectos de nuevas tecnologías; y la discriminación que sufren en el acceso a la educación y a las oportunidades de promoción en algunos países.

En la Plataforma de Acción de Beijing se reclamó la necesidad de *“aumentar la participación y el acceso de las mujeres a la expresión y a la toma de decisiones en y a través de los medios y las nuevas tecnologías de la comunicación”*. Es necesaria una política decidida para evitar que estos avances tecnológicos se conviertan en un nuevo factor de discriminación entre hombres y mujeres.

También es motivo de preocupación el comprobar de qué manera afectan las nuevas tecnologías a un colectivo tan vulnerable como el de la infancia y la adolescencia. Esta preocupación motivó que el Consejo de la Unión Europea adoptase, el 24 de septiembre de 1998, una recomendación sobre el de-

sarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de la información para la promoción de marcos nacionales tendentes a asegurar un nivel comparable y eficaz de protección de los menores y de la dignidad humana. Se trata de que los propios usuarios sean conscientes de los riesgos que representan estos nuevos servicios electrónicos y que utilicen eficazmente los medios de protección existentes.

Las personas mayores y las personas con discapacidad se ven afectadas de manera muy evidente en el acceso a las nuevas tecnologías. No nos podemos permitir que sean una nueva “barrera”, un nuevo factor de discriminación.

El Parlamento Europeo ha aprobado el informe emitido por la Comisión e-Europe 2002 sobre “Accesibilidad de los sitios WEB públicos y de su contenido”, que presenta una serie de medidas destinadas a garantizar la accesibilidad de los discapacitados y las personas mayores a internet. En la Unión Europea hay 37 millones de personas con discapacidad y un número aún mayor de personas de edad avanzada, que corren el riesgo de quedar excluidas del acceso a las nuevas tecnologías de la información. La Eurocámara considera que se deben incorporar los criterios de accesibilidad en el desarrollo del producto y no con posterioridad.

Se resalta también la importancia de la accesibilidad a internet de las personas discapacitadas para que puedan tener la oportunidad de integrarse en el mercado laboral y de participar en la sociedad. Dicha accesibilidad no debe entenderse exclusivamente como la disponibilidad de los equipos y programas especiales; también es fundamental la correcta estructuración de la información contenida en las web. Este aspecto sirvió para recordar a los gobiernos de la UE y a las instituciones, la responsabilidad que tienen a la hora de hacer accesibles sus sitios web para las personas de edad avanzada y con discapacidad, ya que deben servir de ejemplo al resto de entidades públicas y a la sociedad en general. En este sentido,

la institución del Ararteko tiene adaptada su página web, www.ararteko.net, para que puedan acceder personas ciegas y sordas.

IV. EL MUNDO DEL TRABAJO Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

La revolución tecnológica emergente incide de manera clara en el ámbito laboral. La incorporación de las nuevas tecnologías al mundo del trabajo va a suponer importantes modificaciones estructurales, con una nueva tipología de puestos de trabajo, la pérdida de otros, así como la creación de nuevas formas laborales como el teletrabajo.

También durante la primera revolución industrial se produjo un cambio drástico en el mundo laboral, en el que se contraponían el capital y la mano de obra en detrimento de los trabajadores, que vieron retroceder durante décadas sus salarios reales.

El economista P. KRUGMAN atribuye a las nuevas tecnologías la explicación del proceso de incremento de las desigualdades que se están produciendo en EE.UU., y apunta que el ejemplo de la revolución industrial no es muy alentador. A largo plazo creó una prosperidad masiva, pero necesitó varias décadas para que resultara beneficiosa para todos los ingleses.

Ernesto UNZURRUNZAGA, de quien recogía la cita anterior, nos recuerda en un interesante artículo que, para los autores de la *“iniciativa legislativa popular para una carta de Derechos Sociales”* presentada al Parlamento Vasco, las nuevas tecnologías destruyen más trabajo del que crean. Los promotores de esa iniciativa afirmaban que los avances tecnológicos están en el origen de la cronificación del paro, de la pobreza y de la exclusión social, que impide a un sector de la población ejercer los derechos universales de ciudadanía y vivir dignamente.

UNZURRUNZAGA, sin embargo, apuesta por que la sociedad y los poderes públicos neutralicen la amenaza real de más paro y más desigualdades sociales que implican las nuevas tecnologías y aprovechen la oportunidad que supone su aparición para hacer prosperar nuevas iniciativas empresariales y para crear más empleo.

Las nuevas tecnologías son ya una realidad en los centros de trabajo y están incidiendo claramente en algunos de los derechos laborales. La Sentencia 17/2001, de 6 de febrero, de la Audiencia Nacional, declara el derecho del sindicato CC.OO. y de sus secciones sindicales en las empresas del Grupo BBVA, a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general a través del correo electrónico "(e-mail) con la mesura y la normalidad inocua con la que venía realizándolo hasta el momento en que emitió una cantidad masiva de mensajes que colapsó el servicio interno de la empresa.

Cada vez es más frecuente encontrar en la jurisdicción laboral supuestos de despido disciplinario por el uso inadecuado de las nuevas tecnologías. Las demandas por despido tienen que ver básicamente con la conexión no autorizada a internet en horas de trabajo y la utilización del correo electrónico para usos particulares. En estos supuestos la cuestión a matizar es la de los métodos de investigación y de constatación de los hechos motivadores del despido, y si estos métodos suponen la vulneración de algún derecho, en este caso, el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

En EE.UU. se calcula que el 45% de la grandes empresas tienen instalados sistemas de control interno de correo electrónico de sus empleados. Posiblemente estas cuestiones acaben siendo objeto de negociación en los futuros convenios laborales.

V. LA CIBERDEMOCRACIA

Está resultando muy habitual poner de manifiesto las limitaciones del funcionamiento de los sistemas democráticos representativos. En los últimos años se ha producido un descenso paulatino de los índices de participación ciudadana en las citas electorales. Existe una gran desconfianza hacia los líderes políticos y los partidos. Están aflorando movimientos populistas, cuando no claramente autoritarios o xenófobos. Los politólogos se preguntan de qué manera van a influir las nuevas tecnologías en la democracia política. Como ya hemos señalado, asistimos a una democratización del poder social y se ha definido a internet como instrumento de participación democrática.

El profesor Joan SUBIRATS ha declarado que existen, al menos, tres interesantes posibilidades para las TIC (Tecnologías de la información y de las comunicaciones) en relación con la democracia política. Pueden agravar los problemas que hoy presenta la democracia parlamentaria; pueden ayudar a solucionar o superar esos problemas; o pueden crear problemas nuevos que las propias TIC no sean capaces de resolver.

Distingue SUBIRATS hasta cuatro estrategias diferentes. Las dos primeras, que denomina consumistas y demoelitistas, no ponen en cuestión el sistema representativo en los términos en que está planteado, sino que a través de las nuevas tecnologías se busca mejorar la comunicación entre las instituciones y los ciudadanos, legitimando de manera más intensa el sistema representativo en su conjunto (boletines informativos, sistemas de selección de candidatos en los partidos, webs institucionales, votaciones electrónicas) En los otros dos discursos o estrategias que denomina cívica y de democracia directa, se plantean alternativas al actual sistema representativo en los términos en los que está concebido.

Gracias a las TIC se empieza a hablar de pluralismo reticular o de promoción o potenciación de la autonomía social, capaz

de generar cohesión al margen de las medidas informadoras y de los derechos abstractos de ciudadanía. Por otra parte, las TIC han hecho recuperar el viejo ideal de la democracia directa. Se empiezan a dar condiciones para avanzar hacia fines de democracia electrónica. No se trata de una democracia plebiscitaria, sino de que, algunas decisiones que hoy se toman por el Parlamento, puedan ser sometidas a referendo directo de toda la ciudadanía con derecho a voto a través de las nuevas tecnologías.

Sea como fuere, no cabe ninguna duda de que el sistema representativo actual será reformado, en uno u otro sentido, por la influencia de los avances tecnológicos; la “videocracia”, la “videopolítica”, la “sondeocracia”, el “referéndum electrónico” son alguna de las posibilidades de fortalecer la vida política.

VI. INTERNET Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU REGULACIÓN JURÍDICA

La implantación generalizada de internet, la llamada red de redes, es uno de los acontecimientos más importantes del fin de siglo, junto con el fenómeno de la globalización del que forma parte, lo que ha hecho que se diga que ha comenzado el milenio digital.

Como recuerda Santiago MUÑOZ MACHADO, internet consiste en una infraestructura universal a través de la cual se emiten y reciben voz, textos e imágenes con origen y destino en cualquier lugar del mundo. No tiene en cuenta los límites de los Estados. Es un territorio abierto, el ciberespacio, un mundo sin fronteras. Es la infovía, la gran telaraña mundial. No han faltado quienes hablan de la “tecnología de la libertad”.

Pero internet es también un espacio en el que es difícil garantizar algunos derechos fundamentales, especialmente el de

la intimidad, un espacio a través del que se pueden cometer delitos.

Cabe preguntarse, por otra parte, si la distinción entre los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información, matizada por el Tribunal Constitucional, mantiene su vigencia respecto a internet.

Como es sabido, la invocación a la libertad de información en el ámbito analógico (periódicos, revistas, televisión) viene íntimamente unida al concepto de información veraz. Sin embargo, internet se caracteriza fundamentalmente por un ágil intercambio de información entre usuarios, o entre éstos y las fuentes de información, resultando prácticamente imposible controlar la veracidad de la información suministrada.

La formulación de los derechos a la libertad de expresión y de información deberá ser modulada de acuerdo con las especiales características de internet. Por su parte, el derecho a la intimidad, que tiene una consideración propia, también funciona como límite del derecho a la libertad de expresión. Por ello, los derechos a la libertad de expresión y de información suelen ir vinculados al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, entrando en conflicto en muchas ocasiones. Cómo resolver estos conflictos en el ejercicio de las nuevas tecnologías es uno de los retos del Derecho, que exigirá que se replanteen algunos conceptos y teorías no pensadas para este ámbito tecnológico.

Como afirma Luis ESCOBAR, la singularidad de su soporte técnico no puede hacer de internet una parcela inmune al ámbito de aplicación del Derecho y del sometimiento a la Ley. Asistimos por ello a un intento de regularizar el uso de internet.

La Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, “*relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*”, establece los dere-

chos de los usuarios finales y las correspondientes obligaciones de que las empresas proporcionen redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.

El pasado 27 de junio de este año el Congreso ha aprobado la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, conocida como la “Ley de internet” o “Ley Birulés”, que ya está siendo fuertemente contestada por algunos sectores que consideran que esta norma vulnera derechos como el de la libertad de expresión y de información, el de la intimidad y de secreto de las comunicaciones.

VII. LA LIBERTAD INFORMÁTICA COMO NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL

El llamado derecho a la libertad informática, *habeas data* o derecho a la autodeterminación informativa, merece una mención especial. Este derecho, si bien no ha sido enunciado explícitamente por la Constitución, ha sido perfilado doctrinalmente a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (STC 254/1993, 94/1998, 202/1999, 290/2000 y 292/2000).

El derecho a la libertad informática no es sólo el derecho a la libertad de negar información de hechos privados o de datos personales, sino también la libertad de controlar el uso de esos mismos derechos insertos en un programa informático, lo que se conoce con el nombre de *habeas data*.

Como es sabido, el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal venía regulado por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y con posterioridad por la Ley 15/1999, de 13 de diciembre. Contra ambas leyes fueron interpuestos distintos recursos de inconstitucionalidad, entre ellos sendos recursos del Defensor del Pueblo. En lo que aquí se intenta destacar, quiero poner de manifiesto el papel jugado por esta institución de garantía en la defensa de estos derechos.

El Defensor del Pueblo cuestiona en su recurso dos aspectos fundamentales: la posibilidad de las administraciones públicas de cederse o comunicarse datos sin el consentimiento de los afectados, y la limitación, por normas de carácter reglamentario, de derechos básicos de las personas afectadas como son el derecho de información previa a la recogida de datos o el derecho de acceso y, en su caso, de cancelación. Ambas cuestiones son acogidas en toda su plenitud por el Tribunal Constitucional.

Sobre los muchos matices de una cuestión tan importante como la protección de datos, tenemos la suerte de contar en esta jornada con expertos de reconocido prestigio, como Pablo Lucas y Ana Rosa González Murua, que nos ilustrarán al respecto.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Quiero señalar que son muchos los temas que se quedan en el tintero y que podían haber sido objeto de análisis, lo que hubiera exigido no una sino varias jornadas de estudio y debate.

Hoy, contamos con la presencia de expertos en la materia que nos acercarán a la realidad tecnológica desde distintos puntos de vista.

Así, cuestiones a las que no nos hemos referido, de tanta importancia como la relación de las TIC con la Administración de Justicia y la ausencia de garantías en las bases de datos de ADN en la investigación penal, serán abordadas por Iñaki Viña y Francisco Etxeberria, con el rigor que les caracteriza.

A mí sólo me queda agradecer la presencia de todos ustedes en esta jornada y hacer votos por que la revolución tecnológica que está en marcha no sea un factor disgregador que

perpetúe un orden internacional y social tan radicalmente injusto, sino que, por el contrario, sirva para construir un mundo más solidario y más respetuoso con la dignidad inherente a todas las personas.

Bienvenidos a esta jornada. Muchas gracias. Eskerrik asko.

AVANCES TECNOLÓGICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. LOS RIESGOS DEL PROGRESO

PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA
*Catedrático de Derecho Constitucional,
Magistrado del Tribunal Supremo*

SUMARIO: 1.- Breve introducción sobre el progreso y los derechos. 2.- Necesidades y derechos. 3.- Los cambios en las condiciones de vida y las generaciones de derechos. 4.- Progreso científico y avance tecnológico y nuevas necesidades. La tercera generación de derechos: 4.1.- Las preocupaciones ambientales. 4.2.- Las demandas de solidaridad. 4.3.- La salud y la identidad sexual. 4.4.- La sociedad red. 4.5.- La democracia. 5.- La respuesta del ordenamiento jurídico. 6.- Nuevos y viejos derechos: 6.1.- La protección del ambiente. 6.2.- La solidaridad y el desarrollo de los pueblos. 6.3.- La solidaridad y la exclusión social. 6.4.- La identidad sexual y el matrimonio. 6.5.- El derecho a la protección de la salud y el testamento vital. 6.6.- El derecho a la autodeterminación informativa. 7.- Consideraciones finales.

1. BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE EL PROGRESO Y LOS DERECHOS

Cuando recibí el encargo de preparar esta intervención sobre los peligros que para los derechos fundamentales trae aparejados el progreso científico y técnico, inmediatamente me vino a la memoria una obra de Juan Jacobo Rousseau, su *Discurso sobre las Ciencias y las Artes*, en la que realizaba un planteamiento y llegaba a unas conclusiones que me pareció interesante recordar, pues, en términos generales, reflejan la naturaleza de los problemas que esa relación, sea la de las Ciencias y las Artes con el progreso de la sociedad, sea la ciencia y

la técnica con la tutela de los derechos fundamentales, produce.

El caso es que, hace unos dos siglos y medio, en 1750, Rousseau concurrió al concurso convocado por la Academia de Dijon y obtuvo el premio al mejor discurso sobre la cuestión propuesta en la convocatoria. Se trataba de responder si el restablecimiento de las ciencias y de las artes había contribuido a refinar las costumbres. Sorprendentemente, en pleno siglo de las luces, Rousseau, uno de los exponentes de la Ilustración, al contestar a esa pregunta expuso un contundente alegato sobre los perniciosos efectos de las ciencias y de las artes.

Debemos ver, brevemente, cuales eran los argumentos que utilizó para llegar a esa conclusión y cuál era su verdadero alcance. Así, nos dice, que el progreso de las ciencias y de las artes afirma los tronos y oculta las cadenas de hierro que sujetan a los hombres, apagando el sentimiento de libertad natural con el que nacieron, haciéndoles, en cambio, amar su esclavitud. Tal progreso, continúa Rousseau, acaba con la espontaneidad de las sociedades que no han sufrido todavía su acción, provocando su depravación real, pues la virtud huye a medida que se eleva la luz de las artes y de las ciencias. En su lugar, el lujo, la disolución y la esclavitud se imponen. Por eso, llega a decir:

“Pueblos, sabed de una vez que la naturaleza ha querido preservaros de la ciencia al igual que una madre arranca un arma peligrosa de las manos de su niño; que todos los secretos que os descubre son tan nocivos como os garantiza y que la pena que encontráis al instruiros no es el menor de sus beneficios. Los hombres son perversos; serían todavía peores si tuvieran la desgracia de nacer sabios”.

Pero, aunque sostenga que el vicio está en el origen de la ciencia y que sus efectos son peligrosos, nuestro autor, al final, no puede dejar de reconocer que sus afirmaciones no rezan para los verdaderos sabios, como Sócrates o Descartes o

Newton, pues ellos sí, si bien sólo ellos, deben investigar para promover el verdadero avance de las ciencias, el que contribuye a la felicidad de los pueblos y les enseña la sabiduría. Además, consciente de la fuerza transformadora que el conocimiento científico lleva aparejada, insistirá en la importancia de que los reyes tengan presente cuanto resulta de la auténtica ciencia.

A la postre, nos deja, por tanto, un mensaje aparentemente contradictorio. Como contradictoria es la realidad y la propia naturaleza humana que está en la base de la sociedad y de las relaciones que en ella se producen.

En efecto, el progreso científico y los avances tecnológicos que los descubrimientos de los investigadores hacen posibles son susceptibles de un doble uso, a veces inconsciente. Son medios, instrumentos, cuyo sentido, desde el punto de vista moral, dependerá de la finalidad a la que se apliquen. Cabrá, por tanto, que desplieguen efectos positivos o negativos o, más raramente, neutros. Todo depende del objetivo que con ellos se persiga y, también, de la forma de dirigirse a su consecución. Así, por ejemplo, no hay duda de que los transplantes de órganos que la medicina practica desde hace años y en los que logra un nivel de éxitos cada vez más satisfactorio, mejoran el derecho a la protección de la salud. No obstante, si esos remedios médicos, pongamos por caso, se sustentaran en el tráfico de órganos o se condicionaran a la capacidad económica del receptor, no sería posible mantener el juicio anterior. El reproche a la manera de llevar a cabo esa actividad, en sí provechosa y loable, invertiría la valoración inicial. Ciertamente, tampoco aquí el fin justifica los medios.

2. NECESIDADES Y DERECHOS

Pues bien, ¿qué relación cabe establecer entre los derechos fundamentales o, si se quiere, entre los derechos humanos y el

progreso científico y tecnológico? A contestar a esa pregunta se dirigen las consideraciones sucesivas. No obstante, antes de proponer una respuesta, he de consignar dos precisiones. En primer lugar, debo advertir que cuanto a continuación se dice hace referencia indistintamente a unos y a otros, pues lo que explica esa diferente denominación, derechos fundamentales/ derechos humanos, no es otra cosa que el contexto en el que surgen y en el que encuentran reconocimiento. De este modo, si es el ordenamiento constitucional el marco en el que nacen y operan, hablamos de derechos fundamentales. En cambio, de los derechos humanos se trata en el Derecho Internacional, en el que, por cierto, han adquirido una notable importancia desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, los Pactos internacionales que la han concretado y los tratados y convenios de alcance regional o sectorial que han ido apareciendo, tanta que se ha ido configurando así un Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En la medida en que aquí se van a abordar las circunstancias materiales que conducen al reconocimiento de los derechos, no es relevante que aparezcan en el ordenamiento interno o en el internacional, pues, tal como se indicará, el proceso que conduce a ese resultado es, en sustancia, el mismo tanto en uno como en otro ámbito.

En segundo lugar, es preciso advertir que el enfoque adoptado exige seguir un planteamiento general en el que predominen los momentos de síntesis sobre los de análisis. Eso supone el riesgo de simplificar realidades o conceptos que, por su complejidad, requerirían una consideración más detenida. No obstante, tiene la ventaja de aportar un cuadro de conjunto que puede ser suficientemente expresivo de los principales problemas que plantea la relación a la que se refieren estas reflexiones.

En principio, puede decirse que las innovaciones y descubrimientos asociados al progreso científico y técnico, en tanto

inciden en la realidad y la alteran, provocan o aceleran transformaciones sociales. Y, normalmente, son los cambios sociales y económicos que han traído consigo esos avances los que generan las causas que conducen al nacimiento de los derechos. Nacimiento que estará precedido de un movimiento que los reivindique y que, normalmente, no será sencillo¹.

Ciertamente, los derechos y, en particular, los que las Constituciones llaman derechos fundamentales y los documentos internacionales, derechos humanos, no surgen por generación espontánea, ni suelen ser reconocidos por impulsos de espíritu generoso que, anticipándose a quienes los reclaman, dan lo que todavía no se ha pedido. Por el contrario, la génesis de los derechos es polémica y, frente a lo que pudiera parecer, tiene en su origen, no la justicia, sino precisamente su negación: la injusticia. De ahí que tenga pleno sentido hablar de la lucha por el Derecho² y, más todavía, de la lucha por los derechos, pues históricamente sólo se ha llegado a ellos tras un prolongado y, a veces, duro movimiento reivindicativo. Pero, ¿en qué consisten esos derechos?

Se ha dicho que los derechos no son sino los medios jurídicos que nos permiten satisfacer nuestras necesidades básicas, aquéllas que precisamos colmar para existir y coexistir³. Las que se han llamado condiciones indeclinables de la existen-

1 Sobre esta cuestión, reitero ideas expuestas en mi trabajo "El tiempo de los derechos", *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n° 2/2000, págs. 281 y sigs.

2 Así titula su conocida obra Rudolf von Ihering, *La lucha por el Derecho*. (Presentación de Luis Díez-Picazo. Versión española y nota introductoria de Adolfo Posada. Prólogo de Leopoldo Alas «Clarín»). Civitas, Madrid, 1989. Y con ese mismo sentido reivindicativo de las garantías que comporta, cuando todavía no existía en España, escribió, Pablo Lucas Verdú su libro *La lucha por el Estado de Derecho*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1975, págs., 125 ss.

3 Cfr., sobre el particular, Antonio-Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 114 y sigs. Del mismo autor, *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1984.

cia⁴. Necesidades que no son siempre las mismas sino que se ajustan a las circunstancias económicas y sociales de cada lugar y cada tiempo. Y que son de distinta naturaleza: desde las relacionadas con la misma existencia y con la capacidad de autodeterminación personal, hasta las que guardan relación con los medios necesarios para la subsistencia y el desarrollo personal. Por eso, pueden referirse preferentemente a conductas o a bienes o concretarse en proyecciones de la propia conciencia. Ahora bien, ya sea la pretensión de no ser maltratado, o la de profesar una determinada religión sin ser perseguido por ello, o la de controlar el uso por terceros de la información personal que nos concierne, estamos ante necesidades vitales cuya plena satisfacción nos resulta imprescindible en las actuales condiciones de vida. Este es el presupuesto del que hay que partir, pues antes del derecho está la necesidad. Pero con esto no es suficiente. La noción de necesidad que lleva al reconocimiento del derecho suele implicar, además, la negación de la posibilidad de satisfacerla de modo libre y espontáneo. Es, precisamente, la certeza de que ese propósito no se puede alcanzar pacíficamente lo que conduce a la exigencia de que el ordenamiento jurídico lo asegure coactivamente.

Y en el origen de la necesidad se halla, normalmente, el cambio en las condiciones de vida que provocan los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a la tecnología. Hay veces en que esa relación se percibe de un modo directo e inmediato. En otras ocasiones la conexión es indirecta o mediata. Pero me parece que, de un modo u otro, siempre está presente. Que esto es así, podemos comprobarlo si recordamos como surgen. Para ello nos valdremos de la clasificación que los agru-

4 Bajo esa expresión y otras semejantes las formulaciones iusnaturalistas fundadoras de las Declaraciones revolucionarias del siglo XVIII, justificaban la afirmación de los derechos que las satisfacen como innatos, absolutos, inalienables, imprescriptibles e, incluso, ilegislables. En España, esta concepción será la que esté en la base de la Constitución de 1869. Sobre esta concepción de los derechos y, en particular, sobre su carácter inalienable, cfr. Diana T. Meyers, *Los derechos inalienables*. Alianza, Madrid, 1985.

pa en generaciones⁵. Clasificación que pretende poner de relieve los distintos contextos históricos —y las correspondientes circunstancias que los caracterizan— en los que se ha producido un proceso amplio de reconocimiento de derechos⁶.

3. LOS CAMBIOS EN LAS CONDICIONES DE VIDA Y LAS GENERACIONES DE DERECHOS

Si entendemos que los derechos de la primera generación son los propios del pensamiento liberal, los que se afirman al compás de la construcción del régimen constitucional y se reivindican frente al Antiguo Régimen que los niega, será inevitable que los asociemos al desarrollo de la economía capitalista y a la riqueza que genera para una parte de la sociedad, por un lado, y a las estructuras del pasado que entorpecen la vitalidad productiva de la burguesía y se aprovechan de su trabajo, por el otro. Desarrollo económico que no es independiente de los avances técnicos aplicados a las actividades productivas y a las comunicaciones que facilitan el comercio. Es en ese contexto en el que cobran especial fuerza las necesidades de disfrutar de la libertad personal, de ser sometido a las mismas normas jurídicas, de ver protegida la propiedad privada, pues sobre ellas descansa el orden económico. Y esas necesidades se harán valer a través de la justificación ideológica que aporta

5 Entre otros trabajos suyos en los que recoge y explica esta clasificación, véase Antonio-Enrique Pérez Luño, “Las generaciones de derechos humanos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 10/1991, págs. 203 y sigs. Sobre el modo de explicar el nacimiento de los derechos, es muy interesante el enfoque de Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Trotta, Madrid, 1996.

6 Alessandro Pizzorusso, “Las generaciones de derechos”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 5/2001, págs., 291 y sigs. llega a la conclusión de que esa clasificación no tiene relevancia jurídica, desde el momento en que técnicamente no existen elementos técnicos comunes que identifiquen a los derechos integrados en cada una de las generaciones. Por el contrario, en cada una de ellas se reúnen derechos de diferente naturaleza. Por eso, el sentido de esta sistematización es meramente histórico y didáctico.

el derecho natural de origen protestante y carácter racionalista y de la lucha política que conducirá, tras la revolución liberal y el triunfo del constitucionalismo, al reconocimiento de los derechos que aseguran su realización⁷.

El mismo esquema se advierte en el nacimiento de los derechos de la segunda generación, los llamados derechos económicos y sociales, y en la extensión de la igualdad también en el plano político. Al fin y al cabo, el caldo de cultivo en el que se produce la gestación de las demandas que esgrimirán el movimiento obrero y las fuerzas políticas que asumirán planteamientos democráticos es el que crea la Revolución Industrial y las profundas transformaciones que trae consigo.

Y esos derechos, nacen de las necesidades de subsistencia y de protección de los trabajadores, pero también de la conciencia que sobre su situación adquieren y de los planteamientos ideológicos con los que justifican sus reivindicaciones y orientan su lucha. Al final, entre su presión, la percepción por algunos sectores dirigentes de lo injusto del trato que reciben los trabajadores y la inteligente actuación de algunos Gobiernos conservadores que prefieren ser ellos los que, con una política de reformas sociales, controlen los cambios para desactivar

7 En realidad, el triunfo de las revoluciones liberales llevará al establecimiento de un Estado cuya razón de ser consiste, precisamente, en la preservación de los derechos que se reconocen. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano lo manifiesta de manera bien expresiva, cuando afirma en su preámbulo: “Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, siempre presente a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, pudiendo ser comparados a cada instante con el fin de toda institución política, sean más respetados; a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora sobre principios claros e incontestables, se dirijan siempre al mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.” Y, luego, cuando dice en su artículo 2: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la igualdad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

así los riesgos mayores de una confrontación sin fin, esos derechos se irán incorporando al ordenamiento jurídico, primero a nivel legislativo, más tarde a las Constituciones.

Algo parecido sucede con las demandas de igualdad en el proceso político que conducirán a la democratización del viejo Estado liberal, de la mano de dos cambios fundamentales: el sufragio universal y el derecho de asociación. Cambios, precedidos del mismo mecanismo antes descrito. A partir de las correspondientes necesidades básicas: la de intervenir en la adopción de las decisiones políticas que afectan a todos y la de contar con un instrumento, la asociación, que permita lograr aunando las fuerzas de varios, lo que individualmente no es posible, se articulará un proceso reivindicativo, que conducirá, mediado el siglo XIX, a su reconocimiento constitucional. Necesidades ambas que son sentidas, ciertamente, por quienes no tienen otros medios que su voluntad y su esfuerzo y comprueban que solamente tendrán posibilidades de hacer valer sus intereses en el complejo panorama de la sociedad urbana e industrial que las nuevas formas de producción y comercio han traído consigo si se reconoce igual capacidad de decidir a todos y se da carta de naturaleza a las asociaciones voluntarias.

4. PROGRESO CIENTÍFICO Y AVANCE TECNOLÓGICO Y NUEVAS NECESIDADES. LA TERCERA GENERACIÓN DE DERECHOS

Si, finalmente, nos fijamos en la llamada tercera generación⁸, aquí observaremos, aún más claramente, que el progreso científico-técnico ha provocado serias amenazas frente a las

8 El esquema clasificatorio que distingue los derechos por las generaciones en que surgen no se agota con las tres que recojo en el texto. Hay propuestas sistematizadoras que incluyen una cuarta generación. Por ejemplo, María Eugenia Rodríguez Palop, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Dykinson/Universidad Carlos III, Madrid, 2002. En esa nueva categoría incorpora los derechos ecológicos, los derechos de la sociedad tecnológica y los derechos de la solidaridad.

que necesitamos protección. Tanto en el plano individual, como el social e, incluso, en el de la relación con el medio en el que vivimos son perfectamente perceptibles.

4.1. La preocupación ambiental

Empezando por esto último, es preciso reconocer que la demanda de protección medioambiental es la que antes surge. Así se ha visto una primera forma de tutela en disposiciones que apuntaban a la preservación de lugares de especial belleza o del paisaje, como, por el ejemplo, el artículo 45 de la Constitución española de 1931. Sin embargo, solamente poco a poco se va abriendo camino, pues ha de enfrentar obstáculos muy poderosos: sobre todo la propiedad privada y la libre iniciativa económica, sin duda elementos valiosos en todo ordenamiento, lo que hace difícil ajustar las exigencias en contraste. Del mismo modo que es difícil acomodar la defensa del entorno en el que vivimos con las aspiraciones al desarrollo de muchos pueblos, si contemplamos el problema por encima de las fronteras de los Estados. Pero la necesidad que subyace al derecho al medio ambiente, se hace cada vez más acuciante desde el momento en que no hacen falta especiales dotes de predicción para anticipar su deterioro irreversible de no adoptarse medidas contundentes. Es la creciente percepción de ese futuro lo que hace que se vaya formando una conciencia cada vez más sensible y exigente y se traduce en la mayor consistencia y densidad de los instrumentos jurídicos que tratan de protegerlo.

4.2. Las demandas de solidaridad

En el plano social, son evidentes las demandas de solidaridad de quienes se ven excluidos del reparto de la riqueza de la

Entre otros autores que hablan de la cuarta generación para incluir en ella a los “nuevos derechos, cfr. Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Einaudi, Milán, 1992, págs. 116 y sigs. En tanto, coinciden con los que se suelen agrupar en la tercera, respecto de la que aportan desarrollos, pero no diferencias respecto de las figuras o de las materias, prefiero mantener el esquema tripartito. Naturalmente, eso no supone discrepancia con la fundamentación que se propone para esos derechos.

sociedad del bienestar. Solidaridad que implica algo más que la igualdad: en realidad se presenta como la superación de su contraposición con la libertad⁹. En otras palabras, como una exigencia de justicia en la medida en que este valor puede ser entendido como la armonía entre libertad e igualdad¹⁰. Tanto de los que se hallan dentro de nuestras fronteras como de quienes viven en otras tierras en las que padecen una situación aún peor. Es decir, en el mundo opulento de las sociedades desarrolladas nos encontramos con que de lo que se trata es, simplemente, de sobrevivir. Y no es difícil apreciar que ese fenómeno de la exclusión está en buena medida ligado a la lógica del crecimiento que el avance experimentado en todos los órdenes ha permitido en nuestra esfera de vida. Quiero decir que, en este plano, la riqueza de unos comporta la miseria de otros. Además, se da la circunstancia de que la fractura digital ha incrementado, está incrementando, estos problemas derivados de la desigualdad. Naturalmente, se trata de una situación que es preciso corregir, por razones de justicia y por razones de seguridad colectiva.

Pese a su trascendencia, no es la única manifestación de la solidaridad que es preciso afrontar. También están todos los supuestos relacionados con otras formas de discriminación que quienes las padecen no están dispuestos a soportar. Se trataría de aquellos casos, en los que las transformaciones a las que estamos haciendo referencia han hecho posible la incorporación en todo o en parte al proceso productivo de quienes estaban fuera de él, pero no siempre lo han hecho situándolos en las mismas condiciones que disfrutaban quienes ya estaban integrados. Por eso, surge la aspiración de obtener el mismo trato

9 Rodríguez Palop, *La nueva generación de derechos humanos*, cit., págs. 65 y sigs. y 326 y sigs.

10 Así ha interpretado la ubicación del valor justicia entre los de libertad e igualdad en el artículo 1 de la Constitución de 1978, Pablo Lucas Verdú, en “Artículo 1º. El Estado social y democrático de Derecho”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978 dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil*. Cortes Generales/Edersa, Madrid, 1996, tomo I, págs. 118 y sigs.

que los demás. Esto es lo que ha sucedido con las mujeres. Pero la discriminación por razón de sexo no es la única, ya que también hay que tener presente la que perjudica a aquellos a los que, ciertamente, la tecnología les permite dar ese paso y, sin embargo, se enfrentan a barreras físicas, culturales o jurídicas que lo impiden, como ocurre con los disminuidos. Incluso, cabría mencionar aquí el problema de quienes, desde la homosexualidad, experimentan la necesidad de acceder al matrimonio y a la familia.

4.3. La salud y la identidad sexual

En fin, están las necesidades que, de un modo más directo, se proyectan sobre la propia individualidad, tanto en el plano de la vida y de la libertad de la persona como en lo que se refiere a su propio cuerpo e identidad sexual. Y es que, en efecto, si bien no hemos llegado a una situación en que podamos escoger no nacer, aunque ha habido quien se ha sentido tan agraviado por su existencia que demandó a sus padres e, incluso, a Dios, por darle vida, sí hemos llegado, en las sociedades desarrolladas, a aspirar a un grado de control de nuestra propia existencia que hasta ahora no era posible.

Por un lado, los adelantos de la medicina y la generalización de la asistencia sanitaria, al llenarse de un contenido efectivo el derecho a la salud, han permitido no sólo alargar la vida, sino mantenerla, en ocasiones, aun cuando la persona enferma no desee seguir viviendo en las condiciones en que tiene que hacerlo. De ahí surge la necesidad de poner término al sufrimiento y la demanda del derecho a morir dignamente, asociado, al derecho a no sufrir.

Pero esos mismos progresos permiten lo que no hace mucho no se creyó posible. Así, para subrayar la posición central que caracterizaba al Parlamento inglés en los momentos de su esplendor, era habitual decir que podía hacer cualquier cosa menos transformar un hombre en mujer. Hace ya tiempo que

esa posibilidad existe y, de hecho, personas nacidas como hombres se han transformado en mujeres y, también, mujeres se transforman hombres. Esto supone, entre otras cosas, la cuestión del derecho a ser quien uno quiere ser desde el punto de vista sexual. Lo que plantea problemas complejos como el de determinar si son criterios anatómicos, genéticos o psicológicos los que determinan la sexualidad. Y, también, las consecuencias jurídicas que ese cambio sexual origina. No son éstas cuestiones irrelevantes, como lo pone de manifiesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya tenido que pronunciarse sobre ellas y que lo haya hecho, recientemente, en términos decisivos, según se verá más adelante.

Y la técnica abre nuevas puertas que el Derecho todavía no ha sabido cerrar adecuadamente cuando hace posible la reproducción asistida, la ingeniería genética y todo lo que con ella está asociado: como la selección de los individuos o la alteración de sus cromosomas con fines diversos.

4.4. La sociedad red

Hasta hace todavía pocos años, a la hora de caracterizar a la sociedad en la que vivimos, se utilizaba el adjetivo postindustrial¹¹. Después, sin que se tenga que descartar ese rasgo para aludir a las condiciones de vida contemporáneas, han aparecido otras expresiones que se usan preferentemente. Entre ellas ocupa un lugar destacado la de “sociedad de la información”¹². Esa denominación y otras semejantes¹³, pretenden poner de manifiesto que, como consecuencia de los avances tecnológicos y de los cambios culturales que se han ido

11 Cfr. Daniel Bell, *El advenimiento de la sociedad postindustrial*. Alianza, Madrid, 1975. Alain Touraine, *La sociedad postindustrial*. Ariel, Barcelona, 1972.

12 Sobre la sociedad de la información, véase, por ejemplo, Alvaro Sánchez Bravo, *Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, págs. 17 y sigs.

13 Como la que da título a la obra de Manuel Castells, *La era de la información 2ª ed.* Alianza, Madrid, 2000, 3 vols.

produciendo en torno a ellos, las relaciones sociales contemporáneas se distinguen por el volumen de información que se produce y circula constantemente de forma masiva y sistematizada.

No se trata solamente del flujo permanente de ingentes caudales de datos que reflejan prácticamente todos los aspectos de la vida. Además, cuenta de un modo especial a la hora de optar por esa manera de definir nuestra sociedad la posibilidad que en ella existe de acceder a tales datos y de, tratándolos adecuadamente, generar nueva información a partir de los mismos o de utilizarlos para resolver los más variados problemas sociales y económicos. En la misma dirección apunta el hecho de que, en otras ocasiones, simplemente, servirán para obtener un beneficio material determinado para quien los maneja. Son muchos los factores cuya interacción nos ha traído a este mundo de la información, pero entre ellos ocupan un lugar preferente las tecnologías de las comunicaciones y la informática¹⁴.

Una y otra son elementos imprescindibles de ese nuevo orden social tan lleno de expectativas de progreso como de peligros en el que, se ha dicho, no hay otra frontera que la del conocimiento, la cual se halla, por lo demás, en constante expansión¹⁵. Y digo elementos imprescindibles para subrayar las múltiples facetas en las que se manifiesta su esencialidad: en primer lugar, como agentes o causantes del estado actual de las relaciones sociales; en segundo lugar, como componentes necesarios de las mismas, en último término, en cuanto germen de nuevas transformaciones que afectarán a las formas y a los contenidos de la convivencia.

14 Castells, *La era de la información*, cit., vol. I, págs. 59 y sigs., explica los aspectos principales de lo que denomina “la revolución de la tecnología de la información”.

15 Véanse las ideas, teñidas de utopía, de Yoneji Masuda, *La sociedad informatizada como sociedad postindustrial* (traducción de *The Information Society as Postindustrial Society* (1980) de Julio Ollero y Francisco Ortiz Chaparro). Tecnos, Madrid, 1984, págs. 46 y sigs.

Porque, es indudable, los cambios que contemplamos se producen a una velocidad cada vez más vertiginosa y afectan decisivamente a los modos y medios de vida, a las relaciones sociales en sus más variados aspectos. En España hemos podido experimentar estos fenómenos con un cierto retraso inicial. Sin embargo, puede decirse que muy pronto se ha compensado, de manera que, desde hace ya algunos años, no sólo los sectores más avanzados de la investigación científica, de la defensa o de la economía, se están sirviendo de las últimas innovaciones tecnológicas, sino que éstas son una realidad en el desenvolvimiento de la vida cotidiana de la mayoría de la población.

La difusión de la informática, gracias, entre otras cosas, a los ordenadores personales y su conexión mediante las telecomunicaciones, han hecho posible no sólo que existan también entre nosotros las llamadas autopistas de la información, sino que haya cauces que se están convirtiendo en algo parecido a lo que en las primeras ciudades fue la plaza pública: un lugar de comunicación multidireccional abierto a todos y a todos los contenidos. Internet es uno de esos espacios que de un modo imparable se está extendiendo constantemente siguiendo pausas de progresión geométrica. De tal manera, que no será preciso esperar el transcurso de mucho tiempo para que estemos todos conectados a esas redes en las que consiste.

Me refiero, naturalmente, a quienes pertenecemos a las sociedades desarrolladas, a éstas, fundamentalmente urbanas que se caracterizan por unos niveles elevados de bienestar, expresados en servicios sociales y en capacidad de consumo. Sin embargo, no en todos los lugares se puede mantener este discurso. Efectivamente, el conocimiento y la tecnología progresan para todos, pero no todos pueden acceder en la misma medida a sus beneficios. Los problemas de la sociedad de la información de los que tenemos que ocuparnos no son los principales, ni mucho menos, en el llamado Tercer Mundo. Allí, las cosas no se aprecian de la misma manera que en el primero.

En países en los que ni siquiera se han llegado a producir las transformaciones que supuso en su momento la revolución industrial, la reflexión sobre las consecuencias de la mundialización de la economía y de la sociedad dice poco. Ni las apelaciones al progreso científico permiten albergar esperanzas fundadas desde el momento en que, si en tales lugares irrumpen nuevos instrumentos que cada día se inventan y construyen, normalmente suelen ser aquellos que sirven para la guerra y la destrucción y para el mantenimiento de situaciones de poder que benefician solamente a unos pocos. Sucede que, en este ámbito, lo que define el estado de las cosas no es tanto el progreso científico y técnico, sino el mantenimiento de la desigualdad que caracteriza al orden socioeconómico mundial.

Conviene recordar estas realidades para introducir unas dosis de relatividad cuando planteamos la cuestión de los retos que nos presenta esa realidad de la sociedad de la información. Ciertamente, esos desafíos existen y afectarán cada vez a un mayor número de personas. Pero, al mismo tiempo, mientras una parte del mundo debe preocuparse por la pérdida de libertad que puede traer aparejada como consecuencia de las amenazas insidiosas que se van perfilando, son todavía muchas las personas que ven en juego su propia subsistencia puesta en peligro a causa de la guerra o de otras formas de violencia o, simplemente, por la falta de alimentos o de medicinas para combatir el hambre y las enfermedades. Donde esto sucede no tiene mucho sentido preguntarse por las ventajas e inconvenientes que derivan de la sociedad de la información o de la informatización de la sociedad.

Pero en el mundo en el que vivimos, en nuestro entorno inmediato, el impacto tecnológico es tan intenso y acelerado que nos condiciona decisivamente y hace que cambien, cada vez más rápidamente, las coordenadas en las que nos movemos. Así, ahora se ha empezado a utilizar la expresión sociedad red para reflejar las últimas transformaciones. Pretende manifestar su estructura articulada por una malla densa de nodos

a través de los que discurre información y se adoptan decisiones sobre los más variados asuntos o, mejor dicho, sobre todas las cuestiones que puedan suscitarse en las relaciones sociales. Es una forma de vida asociada caracterizada por su dinamismo y complejidad, así como por la descentralización. Su rasgo identificador —la red o, si se prefiere, las redes— representa un elemento añadido fundamental en la era de la información¹⁶.

Naturalmente, todo ello trae consecuencias muy importantes sobre todos los planos de las relaciones sociales. Y no todas son positivas, pues la tecnología, al tiempo que da seguridad a algunos, produce la inseguridad de muchos más. La vida privada y la autodeterminación informativa son bienes valiosos que se ven en peligro como consecuencia de las posibilidades que ofrecen las técnicas aplicadas a la información y a las telecomunicaciones. En realidad, hemos llegado a un punto en el que han desaparecido casi todas las barreras físicas y temporales que impedían o dificultaban el acceso por terceros al conocimiento de la vida ajena, la acumulación de esa información y su utilización inmediata, así como su conservación por tiempo ilimitado. En efecto, los medios que existen para captar, almacenar, elaborar y transmitir esos datos, no sólo hacen posible la intromisión no autorizada en la vida privada de los individuos, sino que permiten el acopio de todo tipo de información relativa a una persona identificada o identificable y utilizarla inmediatamente sin su conocimiento, ni, por tanto, su control¹⁷. Así, sucede que en la sociedad de la información, en esa sociedad red que se ha implantado en el mundo desarrollado, la demanda de intimidad y la necesidad de controlar el uso que terceros hacen de los datos de cada uno, han pasado a ser exigencias fundamentales.

16 Así lo hace Castells, que subtitula con esa expresión el primero de los volúmenes de su obra *La era de la información*, cit. Véanse, en ese volumen I, las págs. 549 y sigs.

17 Sobre estos problemas que afectan a la intimidad de las personas y sobre la diferencia que media con la protección de datos de carácter personal, cfr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*. Tecnos, Madrid, 1990.

4.5. La democracia

Y si, desde la perspectiva individual, volvemos a la colectiva que ofrece cuanto se refiere al proceso político, nos encontramos con que esas mismas tecnologías de la información y de las comunicaciones, casi nos están imponiendo un nuevo modo de democracia. De la videopolítica de la que hablaba Sartori¹⁸, pasaríamos a la ciberdemocracia que, además, se presentaría con el tranquilizador aspecto de la *living room democracy*, la democracia del cuarto de estar. Gracias a ella podríamos decidir sobre los asuntos públicos del mismo modo que en los programas interactivos de televisión los espectadores tienen la oportunidad de decidir cuál ha de ser el final de la historia que relatan entre las posibilidades ofrecidas o dirimir el resultado de un concurso.

Que los medios propios de las tecnologías de la información y de las comunicaciones pueden mejorar las condiciones de funcionamiento de la democracia es indudable. Pero también son manifiestos los inconvenientes que comportan. Además del peligro de manipulación, está el riesgo de que acabe con la reflexión que, pese a todo, permiten los sistemas representativos preinformáticos. Reflexión que es decisiva a la hora del buen funcionamiento de esta forma política. Si la democracia directa plantea ya estos problemas, practicada en tiempo real, podrían multiplicarse.

Y, luego, está la cuestión de la visibilidad del proceso, con sus evidentes efectos legitimadores. En efecto, dejaríamos de “ver” lo que se hace y tendríamos que “creer” lo que nos dicen que se ha hecho. Me refiero a que, en el procedimiento electoral vigente, los ciudadanos a los que se les confía el escrutinio de los sufragios que emitimos mediante papeletas —y, los interventores de las candidaturas, así como el público en general— pueden ver con sus propios ojos cuantas papeletas se han

18 Véase Giovanni Sartori, *Homo videns: la sociedad teledirigida*. Taurus, Madrid, 1998.

introducido en la urna, pueden presenciar su cómputo, comprobar cuáles son las papeletas nulas. Todo se desarrolla ante sus ojos en términos perfectamente visibles para los ciudadanos ordinarios. Y lo mismo sucede allí donde se utilizan máquinas para la emisión del sufragio y el cómputo correspondiente que hacen posible apreciar directamente, a simple vista el resultado de esas operaciones¹⁹.

No obstante, si sustituimos esa manera de votar, que se ha convertido también en un rito legitimador, por formas de emitir el sufragio desde el propio ordenador o desde terminales predeterminadas, nadie verá lo que sucede. Sólo se dispondrá de la información sobre el número de sufragios y sobre el sentido de los mismos que ofrezca el sistema, pero habrá que creer a quienes tengan a su cargo su administración. Y eso, al día de hoy, tal vez no ofrezca las suficientes garantías, ni aporte la legitimación —o si se prefiere la integración funcional del Estado²⁰— que, sin duda, produce el procedimiento democrático de elección tal como lo venimos practicando.

19 Ciertamente las circunstancias que se produjeron en los Estados Unidos, en la votación y escrutinio en el Estado de Florida de las elecciones presidenciales del año 2000 (cfr., al respecto, Pasquale Pasquino, “Un comentario a la sentencia *Bush v. Gore*”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 33/2000, págs. 155 y sigs.) no son la mejor propaganda para la utilización de máquinas en estos procesos. Sin embargo, es lo cierto que en ese país se sirven de ellas desde hace muchos años y que se está difundiendo la implantación de sistemas electrónicos e informáticos complementarios a los métodos de votación tradicionales para disponer más rápidamente de información sobre los resultados de las consultas. En España solamente se han usado de modo experimental. Ahora bien, la Ley de Elecciones al Parlamento Vasco, tras su modificación por la Ley 15/1998, de 19 de junio, regula el voto electrónico, aunque no ha dispuesto su aplicación inmediata y general, sino que, en un rasgo de prudencia, ha dejado al propio Parlamento, a propuesta del Gobierno, la decisión sobre el momento de aplicarlo y sobre las secciones y circunscripciones en las que se irá utilizando en los procesos electorales venideros. Del mismo modo, le ha dejado resolver, en los mismos términos, sobre si convivirá con el sistema de papeletas o lo sustituirá.

20 En los términos en que lo concibe Rudolf Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, págs. 78 y sigs.

5. LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Tenemos, por tanto, ante nosotros un panorama pleno de inquietantes presagios, pero, también, con elementos que permiten conjurar los riesgos que es posible apreciar o vislumbrar. ¿Cuál es la posición del ordenamiento jurídico ante esta situación?

Desde luego, está en función de la conciencia social que en cada momento y circunstancia existe. Tal como se sugería más arriba, no son los mismos los valores ni las prioridades que imperan en cada sociedad. Están, por el contrario en función de la circunstancias reales en las que en ellas se vive. Por eso, poca importancia tendrán para quien debe intentar conservar la vida cada día, sorteando la guerra o la violencia generalizada o, simplemente, conseguir alimento para subsistir, los derechos que se relacionan con las posibilidades de control de la personalidad que ahora existen o con las consecuencias que pueda depararles la falta de protección de sus datos personales. Y una gran parte de la humanidad tiene que afrontar esas amenazas cotidianamente.

No obstante, no deja de ser cierto que en el mundo desarrollado y, sin ninguna duda en las sociedades del bienestar, en las que salvo los supuestos de marginalidad y exclusión social, las necesidades existenciales están cubiertas para la mayor parte de la población, lo que en el otro mundo sería un refinamiento inadmisibles, aquí tiene una importancia indiscutible.

Pero no son sólo las circunstancias materiales. Además está la conciencia de los derechos, que no es otra cosa que la idea de justicia que prevalezca. En efecto, la justicia en términos concretos podemos identificarla con el conjunto de bienes jurídicos tutelados bajo la forma de derechos fundamentales. O, lo que es lo mismo, con la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y de sus grupos en el momento presente.

Sólo cuando, a partir de ese presupuesto material, que implica la conciencia de que ha de ser atendida, opere el factor cultural o ideológico justificador, será posible establecer la dinámica política y social que conduzca a la apertura de espacios en el ordenamiento jurídico para que esas aspiraciones se realicen.

Frente a ese fenómeno, caben dos hipótesis, que se corresponden con la naturaleza de los sistemas jurídicos y su actitud frente a los derechos. Es decir, dependerá de si optan por el criterio de la declaración específica, que puede suscitar el problema de si la enumeración implica un catálogo cerrado, un *numerus clausus*, o por el de establecer cláusulas generales, dotadas de la flexibilidad necesaria para hacer posible la incorporación de las nuevas figuras²¹. En principio, cada uno de estos modos de afrontar la cuestión conduce a que la resuelva un sujeto diferente. En el primero, parece que habrá de ser el constituyente o el legislador el que tome la iniciativa. En el segundo, será el juez y, especialmente, el juez constitucional el llamado a desempeñar tal función. Ahora bien, no se trata de planteamientos necesariamente incompatibles, pues aunque predomine uno u otro, la observación de la realidad permite concluir que en todos los ordenamientos existen manifestaciones del contrario.

Por otro lado, siempre está el legislador internacional que ha dado muestras evidentes, tras la segunda postguerra mundial, de su capacidad para dar importantes pasos adelante en el reconocimiento y protección de los derechos. Legislador internacional de los derechos humanos que, en ocasiones, como ocurre en España, se convierte en referente necesario para la interpretación de las normas internas sobre la materia. Y para

21 Miguel Revenga Sánchez, "Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 64/2002, págs. 99 y sigs., aborda con claridad e inteligencia algunas cuestiones que suscita esa alternativa.

los Estados miembros de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales constituye un avance determinante pues, aunque carezca de virtualidad jurídica, su potencialidad interpretativa es evidente. Lo pone de manifiesto el hecho de que, desde el primer momento, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, haya acudido a sus preceptos para apoyar sus pronunciamientos. Y que nuestro Tribunal Constitucional e, incluso, el legislador autonómico se apoyen en ella, según veremos luego²².

Pues bien, si aplicamos ese esquema al examen de las novedades que cabe apreciar en torno a los nuevos derechos, obtendremos algunos resultados interesantes. Van desde su reconocimiento formal y solemne en los textos constitucionales o en declaraciones de indudable relevancia jurídica y/o política, hasta su introducción a través de las leyes. Pero también nos encontraremos con ejemplos de su reconocimiento judicial. Y, junto a ello, será posible comprobar como viejos derechos e

22 Sobre el valor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cfr. Albrecht Weber, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 64/2002, págs. 79 y sigs.; Alessandro Pace, “¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas preliminares”, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 7/2001, págs. 173 y sigs. Véanse, además, las contribuciones de Francisco Rubio Llorente “Mostrar los derechos sin destruir la unión”; Ricardo Alonso García, “Las cláusulas horizontales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”; Lorenzo Martín-Retortillo, “Dos notas sobre la Carta”; Alvaro Rodríguez Bereijo, “El valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”; y Manuel Alonso Olea, “El consentimiento informado, derecho humano fundamental”, todos ellos en el volumen dirigido por Eduardo García de Enterría y Ricardo Alonso García, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*. Civitas, Madrid, 2002, págs. 113 y sigs. Igualmente, Alejandro Sáiz Arnáiz, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo? (págs. 153 y sigs.); y Ricardo Alonso García, “El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea” (págs. 11 y sigs.), ambos en el número 13/2001 de los *Cuadernos de Derecho Público*. Desde una perspectiva más amplia, cfr., también, las monografías de Juan Ignacio Ugarte Mendía Eceizabarrena, *El Derecho Comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 2001 y Angel Rodríguez, *Integración europea y derechos fundamentales*. Civitas, Madrid, 2001. Además, véase Luis María Díez-Picazo Giménez, *El constitucionalismo de la Unión Europea*. Civitas, Madrid, 2002.

instituciones adquieren nuevos sentidos, ensanchan su ámbito material para acoger intereses que antes quedaban fuera de ellos, por obra de la jurisprudencia de los tribunales nacionales o internacionales.

Lamentablemente, las respuestas que así se logran no son totalmente satisfactorias. Lo normal es que resulten insuficientes, pero eso es algo que tiene que ver con la lógica que caracteriza al proceso de reconocimiento de los derechos. El dinamismo de la realidad es siempre superior al de las instituciones, al de la lucha por los derechos y, por eso, su satisfacción difícilmente será plena.

Por lo demás, es de subrayar que, jurídicamente no estamos tanto ante supuestos de creación de derechos, cuanto de descubrimiento o invención, tomando este término en el sentido latino de hallar o encontrar. Se desvela aquéllo que el ordenamiento jurídico contiene en potencia. O, al menos, se construye con los materiales que ya existen en su seno, aunque eso conduzca, en ocasiones, a darles un sentido absolutamente distinto al que antes tenían. Y esos materiales se reconducen siempre a las ideas centrales de la libertad y la igualdad con la mediación que aporta la justicia como factor que permite superar las exigencias de una y de otra que puedan ser contrapuestas. Pero se inventa poco, hablando ahora de inventar en el sentido de crear *ex novo*. Es más lo que se transforma y adapta. Lo cual es coherente con los criterios que presiden el desarrollo de la sociedad y la relación del individuo con ella y con la naturaleza.

Y cuando esas transformaciones se ajustan a los requerimientos que brotan de la propia realidad de la vida, no debe temerse que la paulatina ampliación de los derechos a partir de las viejas ideas suponga una menor protección global. La especificación de los derechos no es peligrosa cuando responde a necesidades básicas. Es más, resulta obligada siempre que

haga falta organizar de una forma eficaz la tutela jurídica de su satisfacción efectiva²³.

6. NUEVOS Y VIEJOS DERECHOS

Esto supuesto, es menester, para terminar, ofrecer una muestra de los resultados, mejor dicho, de la respuesta del ordenamiento jurídico a las dificultades más recientes originadas por el progreso científico y por los avances tecnológicos.

6.1. La protección del ambiente

Aunque no se haya dado el paso de constitucionalizarlo como derecho fundamental, sí se ha asumido como principio rector de la política social y económica (artículo 45 de la Constitución) y es un límite efectivo para múltiples actividades públicas y privadas que puede hacerse valer ante los tribunales ejercitando, incluso, la acción popular. Los estatutos de autonomía comprometen a las Comunidades a respetarlo, protegerlo y conservarlo y está presente en las leyes sectoriales, como, por ejemplo, las que regulan el régimen del suelo y el urbanismo, las de costas y aguas. En ellas, se procura adoptar las medidas necesarias para preservarlo y restablecerlo cuando sean reversibles los daños que se le hayan infringido, constriñendo de manera muy intensa el derecho de propiedad privada y la libre iniciativa económica cuando comprometan esa protección. También ha dado lugar a formas de defensa de determinados ámbitos especialmente apreciados desde la perspectiva ambien-

23 Véase, a este respecto, el debate suscitado en torno a la ponencia de Francisco Laporta San Miguel, "En torno al concepto de derechos humanos", en *Doxa*, nº 4/1987, págs. 23 y sigs., y Antonio-Enrique Pérez Luño, "Concepto y concepción de derechos humanos", *ibidem*, págs. 53 y sigs. Cfr., además, el punto de vista de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, "A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta", *ibidem*, págs. 67 y sigs. La respuesta de Laporta se halla en las págs. 71 y sigs.

tal, como son los espacios naturales y es objeto, incluso, de tutela penal²⁴.

Además, es posible comprobar cómo en su forma de condiciones de vida individuales puede ser defendido a través de otros derechos fundamentales. Resulta, así, que viejos derechos satisfacen nuevas necesidades generadas por el progreso económico. Es lo que sucede, por ejemplo, con el derecho a la protección de la vida privada. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que dentro de él han de incluirse las pretensiones de disfrutar de unas condiciones de vida saludables, inexistentes como consecuencia del estado de un vertedero público contiguo a la vivienda de una familia (caso López Ostra, 1994). Y, también, que se ve lesionado por la contaminación acústica causada por los aviones que sobrevuelan viviendas cercanas al aeropuerto (caso Hatton, 2001). Dimensión ésta última de la vida privada que se esbozó en la Sentencia 119/2001 de nuestro Tribunal Constitucional, sin que llegase a asumirla la mayoría.

Ahora bien, en el medio plazo, el problema principal que se plantea respecto del medio ambiente, supuesto que se siga observando ese principio protector en los Estados que lo tienen reconocido, es el de hacerlo compatible con el desarrollo económico. Y, más concretamente, con el derecho al desarrollo de los pueblos que viven en la pobreza, los cuales tienen, además, que enfrentarse con la ironía de que quienes contaminaron antes les pidan ahora a ellos que no lo hagan para preservar un medio ambiente que no tuvieron reparos en deteriorar.

6.2. La solidaridad y el desarrollo de los pueblos

Desarrollo que ha de producirse a escala internacional. No debe haber dificultades para ello desde el momento en que sea

24 Raúl Canosa Usera, *Constitución y medio ambiente*. Dykinson, Madrid, 2000, ha examinado el estado actual de la tutela del entorno, a la luz de los principios establecidos por la Constitución.

concebido como una exigencia derivada de la concepción de los derechos humanos que se asienta en la dignidad de la persona y en la constitutiva igualdad de todos. A partir de esas premisas, no parece que su reconocimiento deba detenerse en las fronteras, ni que deba verse afectado por el estatuto jurídico del territorio en el que cada uno vive. Por otra parte, no puede olvidarse que, en la medida en que las actuales condiciones socioeconómicas de los pueblos que componen lo que se ha venido a llamar el tercer y aún el cuarto mundo, guardan relación con el progreso experimentado por el primero, las sociedades opulentas tienen contraída una especial responsabilidad en la satisfacción de esas clamorosas necesidades. No es éste, pues, un problema cuya solución pueda abandonarse a los remedios y paliativos que a tales desastres aporta la solidaridad espontánea de los particulares. Se trata, por tanto de aplicar la lógica de la igualdad que preside la contemplación de los derechos en el seno del llamado Estado del bienestar²⁵ a este ámbito para realizar el imprescindible proceso de redistribución de la riqueza.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en diversas disposiciones ofrece el apoyo necesario para el reconocimiento del derecho al desarrollo. En particular, al afirmar que «toda persona, como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y de los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad» (artículo 22). Igualmente, al establecer que «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así

25 Aunque las disfunciones que en su seno se producen hagan necesario hablar también del Estado del malestar en el contexto de la crisis del Estado social. Cfr., al respecto, Ramón Cotarelo, *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. Para una aproximación al Estado social en nuestro ordenamiento, véase Encarnación Carmona Cuenca, *EL Estado social de Derecho en la Constitución*. Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

como a su familia, la salud, el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (artículo 25.1). Y el artículo 28, en cuanto proclama el derecho de toda persona a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en la Declaración se hagan plenamente efectivos, asume los anteriores y los proyecta a este nivel.

A partir de esas bases, el derecho al desarrollo fue declarado por la Asamblea General de la ONU en 1986²⁶ como un «derecho humano inalienable en virtud del cual toda persona humana y todos los pueblos tienen la facultad de participar en, contribuir a y disfrutar del desarrollo económico, social, cultural y político en el que todos los derechos humanos y libertades fundamentales puedan ser plenamente realizados» (art. 1.1). Sus titulares son, pues, principalmente las personas (artículo 2.1), pero, también, los pueblos (artículo 1.1) y el sujeto pasivo de sus demandas los Estados, quienes tienen la responsabilidad primaria de la creación de las condiciones nacionales e internacionales favorables a la realización de este derecho (artículo 3.1). Es de destacar que los deberes de los Estados se extienden al establecimiento de una cooperación internacional efectiva, de manera que no sólo afectan a las decisiones que separadamente adopten, sino a las que han de tomar en cuanto miembros de la comunidad internacional.

En la medida en que representa una respuesta a un problema global, en la medida en que satisfacer las necesidades básicas que subyacen a ese derecho es la mejor manera de acabar a medio plazo con situaciones que chocan con toda forma de

26 En la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Resolución de la Asamblea General 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

moralidad que merezca ese nombre, no debe suscitar ninguna objeción la promoción, con todos los recursos y energías disponibles, en colaboración con otros Estados y con las organizaciones internacionales, y, naturalmente, con los gobernantes de aquellos países en los que se deban aplicar, de políticas eficaces que devuelvan a todos los pueblos los medios para construir su propio futuro en su propia tierra. No obstante, si descendemos al plano de las realidades, se impone una visión pesimista respecto de la efectividad de este reconocimiento, vistas, por ejemplo, las dificultades que encuentran los Estados desarrollados para contribuir con el 0,7% de su Producto Interior Bruto al desarrollo de los pueblos que viven en la pobreza.

De ahí que se insista en la necesidad de contribuir a hacer realidad ese derecho. Son significativas, en este sentido las manifestaciones de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su Informe de 1998. Allí, tras recordar que se trata de un derecho que se concibe en estrecha conexión con la democracia como sistema político y con el respeto de los derechos humanos, señala:

«El derecho al desarrollo está relacionado con todos los derechos humanos pero no puede identificarse con la suma de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, ni confundirse con el desarrollo mismo. Como en el caso de otros derechos humanos, la responsabilidad primaria de su realización descansa en los respectivos Gobiernos actuando individualmente y en cooperación entre ellos. Guiada por el espíritu de solidaridad, la acción internacional puede y debe ayudar en esos objetivos a los Gobiernos. Los Estados, en tanto que principales actores en la realización del derecho al desarrollo, han de garantizar el ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, reforzar la democracia y asegurar una administración pública honesta y transparente y una administración de justicia eficiente e imparcial.»

Pero decía antes que también por razones de propia conveniencia y de estricta seguridad colectiva debe hacerse un esfuerzo por dar satisfacción a este derecho. En efecto, no es difícil pronosticar que será imposible atajar el fenómeno de la emigración/inmigración mientras permanezca esa injusticia. Y tampoco es complicado aventurar que tal estado de cosas será constante fuente de conflictos de los que no podrán escapar ni siquiera quienes, hasta ahora, venían disfrutando de tranquilidad. Lamentablemente, la flagrante desigualdad existente seguirá produciendo en todo el mundo episodios de violencia que traspasarán las fronteras y no harán posible la aspiración, el derecho de todos a la paz.

6.3. La solidaridad y la exclusión social

En el plano de la solidaridad al que se ha hecho referencia, es evidente que los principios del Estado social de Derecho obligan a los poderes públicos a acabar con el fenómeno de la exclusión y de la marginalidad social. No es cuestión dudosa, sino regla preceptiva que no requiere más que la puesta en práctica de las medidas necesarias. Sin que sea necesario para justificarlas aducir que del derecho a la vida deriva el derecho a prestaciones existenciales²⁷. En efecto, no sólo son las normas constitucionales que afirman la igualdad y comprometen a los poderes públicos a realizarla las que imponen tal exigencia. Las comunitarias son bien precisas desde que el Tratado de Niza dio una redacción al artículo 137 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que incluye la lucha contra la exclusión como uno de sus objetivos. Y ahora, además, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su

27 Que es lo que sostiene José Joaquim Gomes Canotilho, "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 1/1989, págs. 239 y sigs.

artículo 34.3, hace explícita mención al problema, implicando, también, a la propia Unión en el objetivo de solucionarlo²⁸.

Un buen ejemplo de lo que cabe hacer en este sentido nos lo ofrecen iniciativas como la adoptada por la Comunidad de Madrid al instituir la renta mínima de inserción²⁹. Es significativo cuanto, respecto de su sentido, dice el preámbulo de la Ley que lo crea. Por eso me ha parecido interesante reproducir parte de ella a continuación, ya que sitúa acertadamente esta medida.

“Como sucede en todas las sociedades avanzadas, las nuevas formas de desarrollo, que han conllevado un aumento de la riqueza y una reducción del desempleo, generan a su vez nuevos problemas de exclusión social sin llegar a eliminar del todo los ya existentes. Algunos sectores de la población, reducidos pero significativos, se ven gravemente obstaculizados para incorporarse plenamente al desarrollo social a causa de problemas de muy diversa índole: falta de adaptación a las nuevas exigencias del mercado de trabajo, problemas familiares y personales de diverso tipo, problemas de salud y en especial de salud mental, persistencia de prejuicios y formas de discriminación de ciertos grupos sociales, etcétera. Esta dinámica dual en el proceso de crecimiento económico constituye un grave riesgo de fragmentación social y de pérdida de cohesión en las sociedades avanzadas.

28 Ese precepto dice. “Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho Comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

29 Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, sobre la Renta Mínima de Inserción. En la previsión de medidas de esta naturaleza por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de la competencia de asistencia social (artículo 148.1.20 de la Constitución), destaca la labor realizada por el País Vasco. Ha sido la Comunidad pionera en España en el desarrollo de políticas asistenciales. Entre las normas que ha dictado en la materia destacan, por su relevancia, la Carta de Derechos Sociales y la Ley 12/1998, de 22 de mayo, de Medidas contra la Exclusión Social, modificada por la Ley 9/2000, de 10 de noviembre.

Los poderes públicos, a quienes corresponde constitucionalmente promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, están obligados a fomentar medidas de empleo y a establecer prestaciones económicas que aminoren las consecuencias de la exclusión social de los más desfavorecidos. Así se establece, por otra parte, en distintos instrumentos internacionales, entre otros, el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al reconocer a los ciudadanos de ésta el derecho a un apoyo social para combatir la exclusión social y la pobreza, con el fin de garantizarles una existencia digna. Especial mención debe hacerse al artículo 137 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, según la redacción dada al mismo por el Tratado de Niza; en él se configura expresamente la lucha contra la exclusión social como uno de los ámbitos de actuación de la Comunidad Europea.

La Comunidad de Madrid, que tiene atribuidas competencias exclusivas en materia de promoción y ayuda a los grupos sociales necesitados de especial atención, debe poner en marcha mecanismos de solidaridad hacia los sectores excluidos, de tal forma que se procure su incorporación al proceso de desarrollo económico y social y se eviten, en todo caso, las formas más dramáticas de exclusión.

Mediante la presente Ley, la Comunidad de Madrid reconoce a sus ciudadanos un doble derecho social; el derecho a disponer de medios económicos para hacer frente a las necesidades básicas de la vida, cuando no puedan obtenerlos del empleo o de regímenes de protección social, y el derecho a recibir apoyos personalizados para su inserción laboral y social.

El derecho a la obtención de medios para satisfacer las necesidades básicas de la vida se hace efectivo mediante el establecimiento de una prestación económica denominada renta

mínima de inserción, que va más allá del Programa Ingreso Madrileño de Integración, porque queda configurada con rango de Ley y se sitúa en el ámbito jurídico más preciso de los derechos prestacionales públicos, caracterizados por una mayor concreción normativa que confiere mayores garantías jurídicas a los ciudadanos. Ha de destacarse, asimismo, que introduce mejoras significativas en el nivel de protección.

El derecho a los apoyos personalizados para la inserción social y laboral se hace efectivo mediante el acceso a los programas de los servicios sociales y de empleo, en el marco de los programas individualizados de inserción de contenido consensuado y negociado entre estos servicios y las personas beneficiarias. Se establece, por tanto, una nueva relación entre prestación económica y actividades de inserción, como dos lógicas distintas con procedimientos diferenciados en los que debe procurarse evitar siempre la desprotección de los ciudadanos.

Se trata de conseguir una adecuación a cada caso individual de los procesos de intervención social de forma personalizada y cambiante en el tiempo, reconociendo que, en ocasiones, la renta mínima deberá concederse sin mayores condicionamientos. La motivación para participar en acciones de incorporación social y laboral tiene, en el modelo de renta mínima, diseñado en la presente Ley un carácter muy diferente al de un programa de inserción. La exclusión de una renta mínima debe limitarse a los casos de fraude o de actitudes extremadamente inaceptables como por ejemplo, la negativa sistemática e injustificada a aceptar un empleo adecuado. Eso requiere perfilar un sistema de incentivos positivos, así como reformular modelos anteriores de intervención.

La Ley no intenta sustituir la función que tienen los poderes centrales del Estado de garantizar una existencia digna para todos sus ciudadanos, sino de complementar su acción hacia aquellos sectores, y el de la exclusión por causa de la

pobreza es uno de ellos, hacia los que aquél no siempre puede llegar. Por esta razón se establece en la Ley el carácter subsidiario de la renta mínima de inserción respecto de otras pensiones y prestaciones, contributivas y asistenciales, que la Administración General del Estado otorga. Carácter subsidiario que es compatible con la complementariedad que también se le atribuye respecto de los recursos y prestaciones económicas que pueda percibir el beneficiario de ella.”

Es evidente que el alcance de instrumentos como éste es limitado y que ataca más que a las causas que producen el fenómeno de la exclusión, a sus efectos. No obstante, en tanto contribuyen a paliar formas inaceptables de desigualdad que se han extendido en las sociedades desarrolladas, han de considerarse como un avance en la senda trazada por el artículo 9.2 de la Constitución. Por lo demás, es una muestra de que existen medios para afrontar también otros casos en que perviven discriminaciones por razón del género o de otras circunstancias personales o sociales.

6.4. La identidad sexual y el matrimonio

Incluso en el campo de la familia, se aprecia que, a través de instituciones como las uniones civiles³⁰, dotadas ya de primeras formas de reconocimiento en España como consecuencia de iniciativas de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos³¹, las primeras legislando al respecto y creando, al

30 Véase, al respecto, Cristina de Amunátegui Rodríguez, *Las uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.

31 Así, Aragón, con su Ley 6/1999, de 26 de marzo, sobre parejas estables no casadas; Navarra, con su Ley foral 6/2000, de 3 de julio, sobre igualdad jurídica de las parejas estables; la Comunidad Valenciana, mediante su Ley 1/2001, de 6 de abril, reguló las uniones de hecho. Y lo mismo sucede con la Comunidad de Madrid, con su Ley 11/2001, de 19 de diciembre, y con la Comunidad de las Islas Baleares, con su Ley 18/2001, de 19 de diciembre, sobre régimen jurídico de las parejas estables. Por su parte, el Decreto 37/1996, de 9 de enero, de la Junta de Andalucía, instituyó el registro de uniones de hecho y lo mismo han hecho otras Comunidades Autónomas y diversos Ayuntamientos.

igual que los segundos, registros públicos para inscribirlas, es posible satisfacer algunas aspiraciones de quienes desean formar familias sin recurrir al matrimonio, particularmente en el caso de las parejas homosexuales. Por lo demás, son muy numerosos los convenios colectivos y los acuerdos reguladores de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas, que contienen previsiones en beneficio, no sólo del cónyuge del trabajador, sino también de quien convive con él establemente, aunque no estén unidos matrimonialmente.

Y eso sin contar con que en otros países se ha llegado, en este punto, al reconocimiento del matrimonio homosexual, bien en cuanto tal, bien por reconocer a las uniones de esa naturaleza el mismo estatuto jurídico que al matrimonio. Es conocida, en esta materia, la Sentencia de 20 de diciembre de 1999 del Tribunal Supremo del Estado de Vermont, en los Estados Unidos, que condujo a la elaboración y aprobación de una ley que optaba por el segundo de los caminos indicados.

En Europa se han producido cambios de importancia. Entre ellos está el que se ha dado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que concierne al derecho a la identidad sexual y al derecho al matrimonio de los transexuales operados. Así, en el caso Sheffield y Horsham contra el Reino Unido (Sentencia 1998/34), afirmaba que no era irrazonable la actitud de las autoridades estatales de rehusar, por el momento, admitir que el sexo cerebral constituye una determinación esencial del sexo de un individuo, pues no se había demostrado que haya habido, en el ámbito de la ciencia médica, algún descubrimiento apto para disipar de manera concluyente las dudas relativas a las causas del transexualismo. De ahí que el Tribunal se mantuviera en la posición que ya había adoptado en 1990 en la Sentencia del caso Cossey de 1986.

No obstante, en el caso Goodwin contra el Reino Unido (Sentencia de 11 de julio de 2002), el Tribunal de Estrasburgo

ha modificado su posición y ha llegado a reconocer, a partir del artículo 8 del Convenio Europeo —que proclama el derecho al respeto de la vida privada—, el derecho de los transexuales operados a disfrutar de la identidad sexual que han elegido sin sufrir por ello discriminaciones ni perjuicios. Así, en lo que se refiere a la determinación del sexo, dice ahora:

“Para el Tribunal no es evidente que el elemento cromosómico deba constituir inevitablemente —con exclusión de cualquier otro— el criterio determinante a la hora de la atribución jurídica de una identidad sexual a los transexuales.”

Y añade:

“Por ello, el Tribunal no está convencido de que el estado de los conocimientos médicos o científicos suministre un argumento determinante en cuanto al reconocimiento jurídico de los transexuales.”

Pero es que, en esa misma Sentencia, y en la dictada en la misma fecha en el caso I contra el Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir del reconocimiento que acaba de hacer y de los términos en que la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos recoge el derecho al matrimonio en su artículo 12³², afirma el derecho de los transexuales operados a contraerlo. En efecto, dice:

“Si corresponde al Estado contratante determinar, especialmente, las condiciones que debe cumplir una persona transexual que reivindica el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual para establecer que su conversión sexual se ha producido correctamente y aquéllas conforme a las cuales un matrimonio anterior deja de ser válido o, incluso, las

32 El artículo 12 dice así: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

formalidades aplicables a un futuro matrimonio (por ejemplo, la información a facilitar a los futuros esposos), el Tribunal no ve ninguna razón que justifique que los transexuales sean privados del derecho a casarse.”

Y, en relación con esta cuestión, ha manifestado antes a propósito del derecho al matrimonio reconocido por el artículo 12 del Convenio:

“Ciertamente, la primera frase contempla expresamente el derecho del hombre y de la mujer a casarse. El Tribunal no está convencido de que se pueda hoy en día seguir admitiendo que estos términos implican que el sexo deba estar determinado según criterios puramente biológicos (tal como lo declaró el juez Ormrod en el caso Corbett v. Corbett [...]). Después de la adopción del Convenio, la institución del matrimonio ha sido profundamente alterada por la evolución de la sociedad, y los progresos de la medicina y de la ciencia han entrañado cambios radicales en el campo de la transexualidad. El Tribunal ha constatado más arriba, en el ámbito del artículo 8 del Convenio, que el test de factores biológicos congruentes en un transexual operado no podía seguir constituyendo un motivo suficiente para justificar la negativa a reconocer jurídicamente el cambio de sexo del interesado. Hay otros importantes factores que deben ser tenidos en cuenta: el reconocimiento por la comunidad médica y por las autoridades sanitarias de los Estados contratantes del estado médico de trastorno de la identidad sexual, la oferta de tratamientos, comprendidas las intervenciones quirúrgicas que permitan a la persona afectada aproximarse tanto como sea posible al sexo al cual siente que pertenece, y la adopción por ella del rol social de su nuevo sexo. El Tribunal constata igualmente que la redacción del artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada recientemente se separa —y eso no puede ser si no deliberado— de la del artículo 12 del Convenio en que excluye la referencia al hombre y a la mujer.”

No hay que olvidar, a este respecto, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya había admitido la existencia de vínculos familiares fuera del matrimonio y extendido la noción de “vida familiar” recogida en el artículo 8 del Convenio de forma que incluya, también, los vínculos derivados de la cohabitación (Sentencias Keegan contra Irlanda, de 26 de mayo de 1994 y Kroon y otros contra Países Bajos, de 27 de octubre de 1994). Además, en la sentencia X e Y contra el Reino Unido, de 22 de abril de 1997, protegió los lazos establecidos en una pareja formada por un transexual y una mujer que había sido inseminada artificialmente, razonándolo así:

“La Corte constata que X es un transexual sometido a una intervención quirúrgica de cambio de sexo. Vive con Y desde 1979 asumiendo ante todos el papel masculino. La pareja ha obtenido un tratamiento de fecundación que ha permitido a Y concebir un hijo (...) desde su nacimiento X se ha comportado como el padre de Z (...) en esas condiciones el Tribunal considera que las relaciones familiares de hecho unen a los tres recurrentes (...)”³³.

Es evidente que estos pronunciamientos, por fuerza del artículo 10.2 de la Constitución, según el cual las normas constitucionales relativas a los derechos y deberes que aquélla reconoce han de ser interpretadas de conformidad con los tratados y convenios internacionales ratificados por España en estas materias, lo que supone, también, conformidad a la jurisprudencia de Estrasburgo, han de proyectar sus efectos en nuestro ordenamiento jurídico³⁴. Sobre todo desde el momento, en lo que hace al matrimonio, que el artículo 32 del texto fundamen-

33 Tomo esta referencia de Pablo Santolaya Machetti, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, trabajo inédito, de próxima publicación.

34 Sobre la virtualidad del artículo 10.2 de la Constitución, véase Alejandro Sáiz Arnáiz, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

tal reconoce el derecho a contraerlo al hombre y a la mujer, pero no dice que deban hacerlo entre ellos.

Ahora bien, con independencia de la facilidad o dificultad para aplicar la doctrina que se acaba de sentar, debe subrayarse que, en esas Sentencias de 11 de julio de 2002, el Tribunal Europeo ha tomado nota o, mejor dicho, ha dejado constancia de un cambio decisivo, nada menos que en unos sectores tan sensibles como el estatuto de la persona y el Derecho de familia, debido, precisamente, a los progresos que la ciencia y la tecnología han traído consigo y a las modificaciones que, a partir de ellos y en relación con ellos, se han producido en las pautas culturales que predominan en nuestras sociedades.

6.5. La salud y el testamento vital

En este mismo plano de la individualidad hay otros problemas que también se van resolviendo. Así, el derecho a la protección de la salud. Porque en España y en otros países en los que las condiciones económicas lo hacen posible, cabe hablar de un verdadero derecho. Y es que, si bien la Constitución, en su artículo 43, la enuncia como un principio rector, la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril), ha dado el paso al que se refiere el artículo 53.3 del texto fundamental. En efecto, regula “todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución” (artículo 1). Derecho éste surgido de la especificación de un principio que se concreta en el haz de facultades explicitado por el artículo 10 de esa Ley General de Sanidad. Y, en relación con él, el derecho a no sufrir y a decidir sobre el tratamiento médico que se desea o no se desea recibir en el caso de enfermedades terminales que priven de la conciencia al enfermo que las padece ha recibido ya las primeras formas de reconocimiento formal. También en este aspecto, han sido las Comunidades Autónomas las que han abierto el camino al regular el testamento vital.

La Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, lo introdujo en España. Con ese nombre o con el de *documento de voluntades anticipadas*, se ha extendido a otras Comunidades Autónomas³⁵. Se trata de un instrumento jurídico por medio del cual el paciente, cuando se halla en plena posesión de sus facultades, decide sobre la manera en que el médico ha de proceder cuando, a causa del progreso de la enfermedad o por hallarse, por cualquier causa, privado de aquéllas, no pueda hacerlo.

Asimismo, se han regulado los derechos de los enfermos terminales, reconociéndoles el de rechazar tratamientos que prolonguen artificialmente la vida y el de morir con dignidad en la intimidad³⁶.

Por otro lado, es preciso tener presente que, como consecuencia, de la aplicación de principios e instituciones aparentemente alejadas de los que guardan relación con la salud, es posible obtener alguna reparación para supuestos que tienen que ver con ella en circunstancias muy llamativas. Es el caso de la aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado, prevista en el artículo 106.2 de la Constitución y regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para resarcir a la madre por las malformaciones congénitas con las que nació su hijo sin que tuviera la posibilidad de decidir si continuaba con el embarazo o recurría al aborto dentro del plazo previsto para ello a causa de la deficiente atención que recibió durante su embarazo en un hospital público³⁷.

35 Es el caso de Galicia (Ley 3/2001, de 28 de mayo), Madrid (Ley 12/2001, de 26 de diciembre), Aragón (Ley 6/2002, de 15 de abril), La Rioja (Ley 2/2002, de 17 de abril), Navarra (Ley foral 11/2002, de 6 de mayo), siendo de significar que esa previsión, contenida en leyes específicas en los demás casos, en La Rioja, Aragón y Madrid se introdujo en las que regulaban los correspondientes servicios de salud.

36 Así, por ejemplo, en la Ley de La Rioja, 2/2002, de 17 de abril, de normas reguladoras de la salud.

37 Véase la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 7 de mayo de 2002, dictada en el recurso 877/1999.

Desde una perspectiva distinta pero siempre en el campo de las cuestiones relacionadas con la vida se sitúan las intervenciones legislativas encaminadas a regular la reproducción asistida y las iniciativas dirigidas a sentar criterios en terrenos tan inseguros como los que abren la biomedicina y la biotecnología con las aplicaciones de la ingeniería genética que van siendo posibles.

Respecto de lo primero, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción asistida humana, abrió el espacio jurídico necesario para aplicar los conocimientos y los remedios que han abierto expectativas y esperanzas —como dice su Exposición de Motivos— en el tratamiento de la esterilidad con resultados, sin duda, satisfactorios. No obstante, al mismo tiempo que ha encauzado la utilización de técnicas que han hecho posible lo que antes era imposible, no pudo resolver problemas que ahora se debaten. Tal es el caso del destino de los embriones no implantados y, en general, de los óvulos y del espermatozoides donados y los derechos que podrían corresponder a los donantes de esos materiales biológicos. Y, en relación a los embriones, la posibilidad de utilizarlos para la experimentación científica es objeto de particular discusión, pues la Ley 35/1988 la permite en su artículo 15 respecto de preembriones vivos que no se desarrollen *in vitro* más allá de quince días después de la fecundación del óvulo, descontando el tiempo que pudieron haber estado crioconservados, siempre que medie el consentimiento de los donantes y la investigación se haga en centros sanitarios y por equipos científicos multidisciplinarios legalizados, cualificados y autorizados bajo el control de las autoridades públicas competentes³⁸.

En cuanto a las posibilidades que conllevan las aplicaciones biomédicas en el ámbito de la genética, las concreciones jurídicas son más escasas. Se mueven, además, en el plano de

38 Ese mismo artículo sienta cautelas adicionales para la investigación sobre preembriones vivos viables.

los principios y las orientaciones a partir de criterios básicos como el que apunta a favorecer los fines terapéuticos y proscribir los eugenésicos. Pero son posiciones de partida que, en la práctica, tienen que acomodarse a los problemas, siempre complejos, que ofrece la realidad. En coherencia con el alcance de las dificultades que aquí existen, no ha sido el legislador estatal el que ha abierto el camino. Como en otros casos en los que se afrontan retos desconocidos anteriormente ha sido el Derecho Internacional el que ha empezado a formalizar orientaciones por las que pueden discurrir las respuestas jurídicas. Me refiero al conocido como Convenio de Oviedo sobre biomedicina³⁹.

6.6. El derecho a la autodeterminación informativa

Por otra parte, y en lo que concierne a la autodeterminación informativa, hemos visto como, a partir de la Constitución, más en particular, de su artículo 18.4, con la orientación de convenios internacionales y la intervención del legislador, el Tribunal Constitucional ha reconocido, al mismo tiempo que lo hacía la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Derecho que protege directamente de los peligros creados por el avance tecnológico⁴⁰. Creo que es uno de los casos más claros de construcción de un derecho fundamental que hasta ahora hemos visto, pues en los demás estamos ante la extensión de la protección derivada de otros.

El artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo enuncia así:

39 Se trata del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Se publicó en el BOE el 20 de octubre de 1999.

40 Cfr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *Informática y protección de datos personales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Además, véase, también, mi trabajo "Las vicisitudes del Derecho Español de la Protección de Datos Personales", en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 58(II)/2000, págs. 211 y sigs.

“Toda persona tiene el derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines determinados 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. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

Las líneas maestras que distinguen su régimen jurídico son las siguientes. Es un derecho fundamental⁴¹ que se reconoce a las personas físicas y regula la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Se funda en el artículo 18.4 de la Constitución, interpretado conforme al Convenio nº 108 de 1981 del Consejo de Europa sobre el tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Supone, ante todo, la exigencia del consentimiento informado del afectado como regla que ha de observarse antes de proceder a un tratamiento de este tipo de datos. Consentimiento que solamente puede ser obviado cuando la ley así lo permita. Luego, comporta el reconocimiento a todos de facultades positivas y negativas sobre la información personal que les afecta y que sea objeto de tratamiento o se halle en ficheros automatizados. Es decir, el derecho a conocer la existencia de ficheros en los que se tratan datos personales y, en particular, los derechos a acceder a los que se refieran al afectado, rectificar los incorrectos y cancelar los excesivos, inadecuados a la finalidad para la que se recabaron u obtenidos en violación de las normas legales. También implica la facultad de oponerse al tratamiento de los propios datos cuando éstos hubieran sido obtenidos por terceros sin su consentimiento por constar en fuentes accesibles al público y el derecho a no ser perjudicado por actos

41 Véanse las SSTC 292 y 290/2000, ambas de 30 de noviembre, en especial, la primera que es la que se ocupa de perfilar la naturaleza y el contenido esencial del derecho a la autodeterminación informativa, apoyándose para ello en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

jurídicos, públicos o privados, que se funden en valoraciones de la personalidad obtenidas por medio de tratamientos de datos.

Como es natural, a estos derechos de los titulares de los datos personales, corresponden los correlativos deberes de quienes los acopian, tratan, transmiten, conservan o utilizan de cualquier manera. Existen, por otra parte, algunos datos que por su naturaleza particularmente sensible reciben una protección especial. Además, se han establecido reglas objetivas que han de presidir el uso de los datos personales y, desde luego, se han creado instituciones, las Agencias de Protección de Datos, procedimientos e, incluso, sanciones específicas —penales y administrativas— para hacer efectiva tal protección y, a la postre, el derecho en causa.

En los años transcurridos desde que, en 1992, se procedió al primer desarrollo legislativo del artículo 18.4 de la Constitución se han conseguido importantes avances en la tutela del derecho a la autodeterminación informativa. A ello ha contribuido, sin duda, la labor de la Agencia de Protección de Datos estatal y, más recientemente, la jurisprudencia constitucional y ordinaria que ha empezado a perfilar su alcance en las controversias que han tenido que resolver los tribunales. No obstante, nos hallamos todavía en una fase primaria en la que no se han extraído todas las potencialidades presentes en las normas jurídicas, en buena medida porque no se ha alcanzado aún una conciencia plena de los riesgos que en este campo amenazan a las personas.

Por lo demás, existen obstáculos poderosos derivados de los importantes intereses que se mueven en relación con la información personal. Bien sean los que tiene que ver con el poder, bien sean los que tienen que ver con el dinero. La Ley Orgánica 5/1992 fue más sensible a los primeros, pero la Ley Orgánica vigente, la 15/1999, ha abierto amplios espacios a los segundos, de una manera no siempre comprensible a la luz

de los principios que deben informar la protección de datos⁴². En esta línea la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico⁴³, plantea nuevas dificultades. Entre ellas las que tienen que ver con el deber que impone a los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, a los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y a los prestadores de servicios de alojamiento de datos de retener, por un período máximo de doce meses, los datos personales que sirvan para localizar el equipo terminal utilizado por el usuario. Datos que habrán de conservar y que deberán comunicar a los Jueces o al Ministerio Fiscal cuando los requieran en el curso de una investigación criminal o a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Y, también, las relacionadas con las facultades de lo que llama “autoridad competente” para intervenir en la prestación de servicios de la sociedad de la información ordenando la suspensión de alguno o la retirada de contenidos provenientes de prestadores de servicios establecidos en España, así como suspendiendo la transmisión de datos, su alojamiento en redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación que pudiera realizar⁴⁴. Dificultades que derivan de la indeterminación con que se han configurado estas previsiones.

42 A ello me he referido en mi trabajo “Las vicisitudes del Derecho de la Protección de Datos Personales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 58 (II)/2000, monográfico sobre Los derechos fundamentales en la nueva Europa, págs. 211 y sigs.

43 Dictada para incorporar al ordenamiento español la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico (Directiva sobre el comercio electrónico) y la Directiva 98/27/CE, del Parlamento y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Sobre esta Ley, cfr. Belén Veleiro Reboredo, “La Ley 34/2002, de 11 de julio de, Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 542, Año XII, de 25 de julio de 2002, págs. 1 y sigs.

44 Lo primero resulta del artículo 12 de esta Ley y lo segundo de su artículo 11.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Vemos, pues, hay un dinamismo en el ordenamiento jurídico fruto de las demandas relacionadas con las necesidades emergentes en la vida social como consecuencia de las alteraciones que en ella se producen. Cambios que en muchas ocasiones tienen en su origen innovaciones aportadas por el progreso en el conocimiento científico y en sus aplicaciones prácticas. Asimismo, hemos visto que las respuestas que el Derecho ofrece llegan, unas veces, a través de la producción de normas y, otras, por medio de la interpretación que llevan a cabo los tribunales de justicia. Ciertamente, esto no sucede respecto de todas las demandas que surgen de la sociedad, ni en todos los casos el nivel de aceptación de las pretensiones que desde ella se esgrimen es el mismo. Pero eso depende de la fuerza con la que se defienden y de la receptividad hacia ellas de la conciencia social, la cual tiene mucho que ver con la conexión de esas reivindicaciones con las formas de vida y con el grado de aceptación de los valores que encierran.

Por lo demás, fuera de los supuestos en los que, bien en el plano normativo, bien en el plano jurisprudencial, se produzca el reconocimiento formal de un nuevo derecho —lo que, como es fácil comprender, no sucederá todos los días— el ajuste entre la realidad y las normas que pretenden regularla tendrá lugar a través de la acción de los jueces. En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas es el cauce por el que se buscará y, a menudo, obtendrá la satisfacción de las nuevas necesidades, aunque no haya mediado el reconocimiento expreso de los nuevos derechos. Y eso será posible porque, a la postre, los viejos y los nuevos tienen una misma raíz, la dignidad de la persona, y unos mismos ingredientes básicos: los que se refieren a las dos ideas-fuerza que aquí operan, la libertad y la igualdad, junto al punto de equilibrio entre ellas que representa la justicia.

Así, pues, desde esos presupuestos, la interpretación judicial, el ejercicio cotidiano de la jurisdicción, que no es si no decir cuál es la regla que resuelve cada concreto litigio, hace posible la paulatina adecuación del ordenamiento jurídico a las nuevas circunstancias, extendiendo las previsiones de las normas a supuestos no contemplados cuando se redactaron las disposiciones que las recogen. Ese Derecho vivo, si bien no puede atender todos los requerimientos sociales, sí es capaz de enfrentar a muchos de ellos. De este modo, la aplicación de los principios que, en último extremo, corresponde a los jueces, ofrece soluciones a los problemas que plantea el avance científico y los cambios tecnológicos que le acompañan y prepara el terreno para el reconocimiento formal de nuevas figuras de derechos.

No es motivo suficiente para sentir un especial optimismo, pero sí permite apreciar los términos en los que se mueve la capacidad del ordenamiento jurídico para recibir y adaptarse a las nuevas demandas sociales expresadas en forma de reivindicación de derechos.

**EL ACTIVISMO
DE LOS DERECHOS HUMANOS
Y EL CONTROL
POLÍTICO-SOCIAL A TRAVÉS
DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

GREGORIO DÍAZ DIONIS
Director del equipo NIZKOR

En primer lugar, debo agradecer la invitación que, a través de la oficina del Ararteko, se me ha extendido para participar en los Cursos de Verano sobre “Derechos Humanos y Nuevas Tecnologías” o, lo que es lo mismo, para tratar el tema específico de la relación entre las nuevas tecnologías y las libertades civiles, áreas ambas en las que el Equipo Nizkor cuenta con una importante y genuina experiencia.⁴⁵

La cuestión que ha de ser planteada, en cuanto a la utilización de las nuevas tecnologías y las libertades civiles, es básicamente la de la distancia existente entre los avances científico técnicos operados en las comunicaciones -que han producido, y están produciendo, un cambio cualitativo de las sociedades bajo formas muchas veces no evidentes, que no cuentan con control judicial alguno- y las normas y procedimientos jurídicos nacionales e internacionales.

El ejemplo más evidente es el de las comunicaciones vía satélite, las cuales se han convertido en la forma normalizada de distribución de señales de radio, televisión, teléfono, fax, etc., todo ello mediante la utilización de transponedores y comunicaciones horizontales. La cuestión que ha de plantearse es cómo se supervisa el hecho de que en la construcción de un satélite no se incluyan aparatos capaces de interceptar las co-

45 Ver <http://www.derechos.org/nizkor>. El Equipo Nizkor es un organismo internacional de Derechos Humanos de actuación global que mantiene un centro de documentación digital de los más grandes del mundo. Fue creado, junto con Derechos Human Rights, en un momento en que tan sólo había 1.500 páginas web en lo que hoy se conoce como “internet”.

municaciones, o cómo se supervisa el hecho de que un programa de comunicaciones no permita la interceptación o la duplicación de comunicaciones.

Respecto del primer caso, están pendientes de definición el derecho a aplicar en el espacio y también la jurisdicción y competencia judiciales. En lo que se refiere al segundo caso, está pendiente, no sólo la definición de los controles necesarios para garantizar que se respetan las normas generalmente aceptadas de respeto de las libertades civiles, sino también el tipo de formación que han de tener los jueces y qué tipo de peritos son necesarios para supervisar, auditar y controlar este tipo de programas.

Sólo sería posible, a nuestro entender, si una autoridad surgida del ámbito de las Naciones Unidas y con el apoyo de la comunidad científica, emitiera una certificación en el sentido de que ese tipo de material cumple unas normas determinadas y es compatible con las normas de control de fabricación y estandarización que impiden su utilización delictiva; asimismo, sólo sería posible si se creara un procedimiento de auditoría judicial que garantice que los Estados no utilizan este tipo de instrumentos para el control político social. En estos casos no puede haber presunción de inocencia para los Estados.

Creemos que en el marco del ECOSOC de las Naciones Unidas debería crearse una relatoría especial para las libertades civiles y las nuevas tecnologías. Esta relatoría habría de tener como función el tratamiento de este tema en forma específica y debería estar habilitada en su mandato para poner en marcha los parámetros de control necesarios.

Este ejemplo ilustra todo un ámbito de trabajo que es bastante difícil definir, ya que existe un desconocimiento muy profundo de todas estas cuestiones, no sólo por parte de la clase política, sino también por parte de las escuelas judiciales; asimismo, y en lo que atañe a la formación de los técnicos e ingenieros en las facultades, es necesario que al término de la mis-

ma éstos sepan qué deontología deben de usar y cuáles son los límites legales que deben respetar y proteger.

Pero lo que nos preocupa aún más es el surgimiento de un modelo que ustedes posiblemente ya conocen (les ruego disculpen si no lo han oído, pero en una conferencia de este tipo tengo que dar por conocidos algunos supuestos previos, ya que el tiempo no permite explicarlos en detalle): los llamados sistemas de “control político social” y las «armas no letales».⁴⁶

La expresión «armas no letales» encierra una nueva terminología utilizada, por ejemplo, por la OTAN, organismo que cuenta con un departamento o sección (llámenlo como prefieran) de armas no letales⁴⁷. Se trata de sistemas de armas y/o de técnicas que pretenden el control de la población civil sin utilizar armas de guerra y que, debido a su alto desarrollo tecnológico, se escapan de todo control judicial.⁴⁸

También el ejército estadounidense dispone de una sección de guerra electrónica dentro de las divisiones de ingenieros militares. Cuentan asimismo con un instrumento más, consistente en la utilización de sistemas de interceptación masiva de comunicaciones.

Pero les voy a hablar de algunas de estas armas, de las que sí tenemos pruebas e, insisto, tenemos prueba certificada por la Federación Científica Americana⁴⁹, o sea, por un numeroso

46 Ver la página <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/>, donde se pueden encontrar, entre otros documentos sobre privacidad, el informe titulado “An Appraisal of Technologies of Political Control”, elaborado por el Parlamento Europeo y que define estos conceptos.

47 Cf. NATO Handbook, North Atlantic Treaty Organization, Brussels, 1995.

48 La expresión “armas no letales” se utiliza para designar una serie de armas y técnicas que permiten el control de la población civil, siendo su uso característico, entre otros, en los casos de desplazamientos forzados o rebeliones. Ver el artículo de Catherine Mordos en <http://www.derechos.org/nizkor/doc/articulos/mordos.html>.

49 Ver la página de la “Federation of Americans Scientists” en <http://www.fas.org/> y, especialmente, la página dirigida por Steven Aftergood - Project on Government Secrecy - en www.fas.org/sfp/index.html.

grupo de premios Nobel que legitiman este tipo de cuestiones y que pretenden, a través de esta federación, socializar este tipo de problemas y poder ayudar en la necesaria fiscalización de los gobiernos, y muy especialmente del estadounidense.

Primer problema o primer ejemplo: tal vez sepan que desde los años 60 se puede utilizar la interceptación de comunicaciones para hacer análisis de identificación de personas mediante la digitalización de tales comunicaciones y la utilización de identificadores de voz.

Usando programas de esta naturaleza se puede identificar automáticamente el tipo de idioma hablado por una persona y los fonemas que utiliza; con los programas de análisis lingüístico se puede determinar dónde nació esa persona, qué edad aproximada tiene, qué formación posee y qué ideología está usando.

Cuando digo «está usando», es porque el lenguaje permite el análisis sintáctico y morfológico del discurso a través de los ordenadores. Los programas más potentes de control de armas no letales son precisamente éstos a los que me estoy refiriendo, porque permitirían el control de una gran cantidad de población y además permitirían inferir las respuestas sociales a partir de la creación de paradigmas falsos.⁵⁰

¿Cómo se usan? Una de las utilidades más comunes y peligrosas es la destrucción de colectivos sociales. Si ustedes tienen nociones de estructura de redes y la utilización de nodos, comprenderán que una de las formas más eficaces de determinar cómo funciona un grupo es el control de telecomunicaciones acompañado de su análisis lingüístico⁵¹.

50 Para una mejor comprensión de esta cuestión, visitar <http://www.echelonwatch.org/>, organización especializada en el seguimiento de la red Echelon. Está formada por la American Civil Liberties Union, Free Congress Foundation, Electronic Privacy Information Center, Cyber-Rights and Cyber-Liberties (UK) y Omega Foundation.

51 Ver “El imperio nos espía” en <http://www.derechos.org/nizkor/doc/articulos/castrillo.htm>.

El control estadístico de una central de teléfonos, o de un transponedor satelital, o de ambas cosas a la vez, permite saber con quién se relaciona una persona; el ordenador puede determinar automáticamente los nodos sociales de esa persona. Mediante la utilización del programa de antropología lingüística, en el argot militar, se puede destruir esa red nodal en 72 horas.

¿Qué quiero decir con esto? Les pongo un caso: si este señor que está enfrente habla por teléfono con 18 personas, automáticamente el ordenador va a determinar su red nodal, esto es, su estructura social, familiar y personal, y va a tener una relación directa con un diagrama de flujos.

O sea, va a aparecer nítidamente el 10% de sus comunicaciones que representa el 80% de sus decisiones. Esto se usa mucho en la logística y es tan simple como lo siguiente: los programas de antropología permiten determinar cómo se destruyó la unidad familiar de tal señor, llegado el caso, deteniendo, matando o haciendo desaparecer a las personas que representan los nodos de interdependencia en torno a él.

A esto, que les puede parecer ciencia ficción, hay que agregarle la posibilidad de localización geográfica exacta de una persona y sus contactos mediante la tecnología GPS. Métodos de esta naturaleza se usaron contra los Verdes en Alemania, pero también se emplearon contra el movimiento feminista en Gran Bretaña y contra Amnistía Internacional en ese mismo país. Todos estos son casos probados judicialmente y se exponen en detalle en el informe del Parlamento Europeo realizado al amparo del programa STOA, que lleva por título “An Appraisal of Technologies of Political Control”.

Existen otros sistemas que ponen el Estado de derecho en duda y en alto riesgo las libertades civiles. Me refiero a la utilización, mediante procesamiento en paralelo, de ficheros informáticos. Por ejemplo, lo que les voy a explicar se sabe por procedimientos judiciales, si bien científica y técnicamen-

te no hay duda de que se puede hacer y se conoce incluso el tipo ordenadores especiales que están preparados para este tipo de procesamiento en paralelo. Si bien, insisto, la información a la que me voy a referir se basa en procesos judiciales.

El sistema consiste en enlazar cuatro ficheros: la posición geográfica de los teléfonos, la tarjeta de crédito (el acceso a la base de datos de la tarjeta de crédito), el acceso a los datos de la seguridad social y el acceso a las cuentas bancarias. Con esos cuatro ficheros la policía británica es capaz de tener en una pantalla en tiempo real lo que ha hecho un ciudadano en las últimas 72 horas, sin que el ciudadano pueda hacer absolutamente nada para impedirlo y sin que se tenga para nada en cuenta su derecho a la presunción de inocencia.

Hay cuatro fabricantes europeos que han desarrollado ordenadores capaces de procesar y entrelazar la información anterior; de este modo, se puede identificar a todas las personas que se encuentran en la cabecera de una manifestación, identificar en 3 minutos las 1.500 personas iniciales de la manifestación y dar salida automática a sus datos obtenidos de la manera mencionada; se puede, por consiguiente, hacer el análisis nodal de esas personas y determinar a quiénes hay que detener para que ese grupo deje de ser capaz de tomar decisiones durante el período de detención. Métodos similares a éste se usaron en Irlanda del Norte.

¿Cómo se puede usar este tipo de técnicas a modo de armas militares? Se pueden emplear, por ejemplo, para provocar el desplazamiento de población civil sin necesidad de utilizar armamentos militares. La división de la OTAN de armas no letales está dotada con artilugios de ingeniería de telecomunicaciones propios del ejército estadounidense para desviar los posibles desplazamientos masivos de población del Este de Europa, provocando así que no entren en Alemania y desviando esos flujos de población hacia Turquía.

Recurriendo a aparatos de interceptación de comunicaciones similares a los que he mencionado, se puede identificar y separar la voz de las personas presentes en un radio de 5 kilómetros. Esto se usó en la masacre de Acteal en Chiapas (México), y los hechos fueron denunciados como parte de un experimento llevado a cabo por una unidad militar de ingeniería de telecomunicaciones que se supone del ejército norteamericano.

¿Qué se puede hacer con este tipo de técnicas? Supongamos una comunidad de población indígena de aproximadamente 1.800 habitantes; después de analizar los nodos sociales de esa comunidad, se determina cuáles son los nodos sociales que hay que eliminar.

Las personas identificadas como tales nodos son detenidas en medio de la noche y de forma simultánea; se cierran las comunicaciones -es lo que se llama una «burbuja de vacío de comunicaciones»- y se impide la entrada y salida de todas las señales radioeléctricas de la zona.

Es similar a lo que ustedes habrán escuchado que se usa para la protección de los altos cargos y evitar así las explosiones de las bombas, si bien en el ejemplo mencionado este sistema no tiene finalidad de prevención, sino todo lo contrario.

¿Qué es lo que se hace cuando se produce esto? La población se encuentra inerme. En estos casos basta con provocar el terror suficiente para que se produzca un desplazamiento de población civil. ¿Por qué? Porque cuando se llevan a cabo las detenciones masivas la gente no tiene a quién recurrir. Todos los dirigentes sociales de ese colectivo, o de esa colectividad, están presos o desaparecidos, y eso amplifica el terror y desestructura totalmente la sociedad.

Esto se usó en Ruanda y sospechamos que se está usando en Colombia intensivamente en estos momentos. Por ejemplo, el actual embajador de Colombia en Santiago de Chile está allí por una argucia de ingeniería jurídica para evitar ser citado en

un procedimiento donde se demostró, por investigación de la Fiscalía de Derechos Humanos de Colombia, que este señor durante cinco años se dedicó a hacer lo que yo les cuento sobre las personas de 1.500 a 3.000 activistas sindicales, de derechos humanos y dirigentes sociales, muchos de los cuales están muertos y desaparecidos. Este señor siguió un curso de control de comunicaciones que sólo sirve para hacer lo que yo les estoy contando⁵².

No les quiero agobiar con esto, pero son los proyectos reales. Entonces, desde el punto de vista de las libertades civiles, desde el punto de vista de lo que yo denomino el pacifismo activo y desde el punto de vista de la libertad científica y de pensamiento, estos problemas representan un gran desafío, si bien los tipos penales de los delitos provocados con este tipo de ingeniería social están incluidos en el estatuto de la recién creada Corte Penal Internacional, la posibilidad de obtener la evidencia tropieza con la deficiente formación de los operadores judiciales.

Como dijo un físico eminente, Philip Zimmerman⁵³, diseñador del programa de encriptado PGP, si les dejamos, nos van a encriptar la enciclopedia británica y nos van a cobrar por acceder al conocimiento. No hay nada que lo impida, salvo el avance de las libertades civiles en materia de control de software libre y el reconocer que esto afecta a las libertades civiles, que hay una relación directa entre las libertades civiles clásicas y las nuevas tecnologías.

No hay que inventar nada desde el punto de vista del derecho. A nuestro entender, no es necesario inventar un nuevo derecho para hacer frente a todo esto. Lo que hay que hacer es

52 Cf. “La policía antisequestros interceptaba las comunicaciones de defensores y organismos de derechos humanos” en <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/telef.html>.

53 Para más información, ver <http://www.philzimmermann.com/> y Open PGP Alliance en http://66.120.218.3/about_openpgp/.

darle a la justicia, primero, la formación necesaria y, segundo, crear los recursos legislativos a nivel de decisión política y parlamentaria para que el software esté garantizado y la fabricación de los aparatos también.

EL ACTIVISMO GLOBAL DE DERECHOS HUMANOS

Dicho esto, paso a exponer (voy a tratar de hacerlo muy corto) cómo usamos en el Equipo Nizkor esta misma información referida a conflictos y violaciones de los derechos humanos. Recurriré para ello a casos concretos de conflictos, de análisis y de utilización de redes en la información. Nosotros trabajamos material de unos 120 países, pero prefiero usar casos que ustedes conozcan.

Nosotros no tratamos información en la *web* como una agencia de noticias, a pesar de que hay gente que nos ve así. Lo que hacemos es tratar de poner *on line* los documentos necesarios para crear un discurso contextual sobre cada uno de los problemas que tratamos.

Podemos tomar como ejemplo el de la privacidad en España⁵⁴. Si vemos el tema de la privacidad en nuestra página a estos efectos, aunque hay poco en español, se van a encontrar con que tienen todos los elementos necesarios para hacer un seguimiento de lo que yo acabo de decir. Verán que hay un enlace a «Echelon Watch», que es en realidad un organismo de derechos humanos especializado en el seguimiento del programa «Echelon», el mayor programa conocido de utilización de técnicas de control político social que hay en el mundo.

Este seguimiento lo hacen la «ACLU»⁵⁵, que es el organismo de derechos humanos más grande de Estados Unidos espe-

54 Ver la sección de privacidad bajo nuestra página de España, en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/>.

55 Ver <http://archive.aclu.org/>.

cializado en libertades civiles; «Electronic Privacy Information Center»⁵⁶, quienes editan un anuario sobre el seguimiento de la legislación internacional sobre el tema de comunicaciones y la privacidad; «Cyber-Rights and Cyber-Liberties (UK)», una de las organizaciones que participó en la realización del informe en que se basó el Parlamento Europeo para la aprobación de la resolución que después vamos a ver; y “Free Congress Foundation”⁵⁷, de los Estados Unidos.

El informe sobre tecnologías de control político-social está elaborado por la «Fundación Omega» de Gran Bretaña. Se realizó oficialmente a través del Parlamento Europeo y es el resultado de un trabajo (de *lobby*, como se dice ahora) de prácticamente 11 años hasta lograr que el Parlamento Europeo asumiera la investigación sobre los modelos de control político-social.

Es el informe público más completo que existe en Europa; además tiene una base bibliográfica en la que se trabajó durante 3 años y que incluye prácticamente toda la bibliografía pública conocida sobre estos temas. Por ejemplo, si queremos ver cómo se usan los gases lacrimógenos de nuevo tipo, la bibliografía necesaria para ello se encuentra en este informe.

Asimismo, pueden consultar en nuestra página la resolución del Parlamento Europeo⁵⁸ sobre el tema Echelon, junto con dos artículos, que son los dos únicos que existen en España, sobre la investigación que se hacía en el Parlamento Europeo. Cuando digo «en España», quiero decir en español; obviamente, en inglés existen muchos.

Esto pone de manifiesto un problema serio existente en España. Las dos periodistas que escribieron los referidos artí-

56 Ver <http://www.epic.org/>.

57 Ver <http://www.freecongress.org/>.

58 Cf. “Resolución del Parlamento Europeo sobre la existencia de un sistema mundial de interceptación de comunicaciones”, en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/echelon5sep01.html>.

culos lo hicieron tras un grave enfrentamiento con sus redactores jefes.

No deja de ser sorprendente que un hecho denunciado por más de 120 organismos de derechos humanos y por el Parlamento Europeo no merezca ni una línea de los periódicos nacionales; no puede por menos que pensarse que no interesa políticamente.

El derecho a la información es un derecho inicial y no reversible. El consejo de redacción de un periódico no puede determinar cuáles son los temas que se tratan, y eso es lo que está ocurriendo en España, y no sólo en este tema.

También en nuestro sitio *web* documental está disponible el texto del proyecto de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, conocida como LSSI, en breve estará disponible la versión definitiva recién aprobada. Esto nos lleva a la guerra que se desató con la eurodiputada Ana Palacio⁵⁹ y una propuesta que acabaría convirtiéndose en resolución del Parlamento Europeo con el apoyo del grupo socialista⁶⁰, gracias a la cual se legitimó, no sólo la retención de comunicaciones, sino también el almacenamiento de la información.

Ni técnica, ni científicamente es necesario almacenar nada para poder procesar a una ciudadano. Sin orden judicial no se tendría que hacer absolutamente nada, y lo que permite esta resolución es que administrativamente se puedan utilizar esos recursos técnicos para el control social *on line* y, lo que es aún más grave: para la inducción sociológica de los comportamientos políticos. Esto es sumamente grave.

59 Cf. "Carta dirigida al presidente del Parlamento Europeo por más de 40 grupos de derechos civiles internacionales", en http://www.gilc.org/cox_es.html.

60 Ver "Análisis de la votación en el Parlamento Europeo que resultó en el respaldo de la Eurocámara a la vigilancia masiva de las comunicaciones electrónicas" en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/epvote30may.html>.

Si puedo procesar las comunicaciones telefónicas *on line* de toda la población europea, puedo inducir en un momento determinado los comportamientos políticos, porque voy a saber lo que están pensando *on line*, en tiempo real.

Esto no es ciencia ficción; es realidad y existen los programas de sociología militar que hacen esto y eso lo sabemos, son públicos y cualquier analista de sistemas de primer nivel sabe que esto es así. Pero también hay muchos sociólogos que trabajan en esto. El Ministerio del Interior español tiene un equipo de sociólogos que trabajan en esto sin supervisión de nadie, “de nadie” en términos de derechos civiles.

Ninguna de estas cosas, según nuestra opinión, podría hacerse sin autorización judicial. No hay nada que impida que si un ciudadano es sospechoso en los términos que la Ley lo entiende, la Constitución lo plantea y los pactos internacionales lo mantienen, el juez autorice que se le controlen las comunicaciones.

Lo que se ha hecho con la LSSI es invertir la presunción de inocencia: todos pasamos a ser culpables mientras no se demuestre lo contrario. Y no sirve la explicación que han intentando dar después del 11 de septiembre con los talibanes de Bin Laden. Bin Laden⁶¹ es un hombre formado en telecomunicaciones por los servicios de inteligencia norteamericanos, y una persona como él, o como la mafia siciliana, no va a usar los sistemas públicos de comunicaciones: tiene dinero suficiente para crear sus propias redes de comunicación y eso lo saben los especialistas.

Nosotros, a nivel de grupo de derechos humanos, tenemos nuestra propia red y la hemos usado en algún caso crítico, por ejemplo, en Colombia, y trabajamos junto a otros organismos

61 Sobre terrorismo, ver <http://www.derechos.org/nizkor/terrorismo>.

especializados en estas cuestiones en el marco del GILC (Global Internet Liberty Campaign)⁶².

Por ejemplo, con algo tan elemental como usar un transponedor de satélites, se dio comunicación a un grupo internacional integrado por muchos españoles que estaba aislado cerca de Barrancabermeja (Colombia) y al que los militares colombianos habían dado aparatos telefónicos que, en el momento crítico, dejaron de funcionar. El transponedor lo cedieron los “Sin Tierra” de Brasil, que tienen comunicaciones globales porque Brasil es muy grande.

Esto lo saben los gobiernos, los técnicos también y la comunidad científica lo ha denunciado. Es necesario, pues, que haya una concordancia en el control de este tipo de cuestiones. No es cierto que los grupos terroristas y las mafias utilicen los medios normales de comunicación vía internet y basta ver algunos ejemplos. Cuando detuvieron a Toto Riina, que era el jefe de la mafia siciliana, el gran capo, tenía una red de comunicaciones para transferencias falsas de fondos programada *ad hoc*, tenía un sistema de encriptado propio y la magistratura italiana sabe que la mafia siciliana tiene su propio sistema de encriptación.

Hace poco tiempo detuvieron a un grupo de narcotraficantes en Colombia y tenían su propia red de comunicaciones; contaban con un sofisticado sistema de procesado paralelo de canales de comunicación imposible de detectar y que sólo está disponible si uno tiene acceso al asesoramiento de ingenieros especialistas en prototipos no comercializados, por no mencionar que su costo se calcula en varios millones de dólares⁶³.

62 Ver lista de miembros de este organismo internacional en <http://www.gilc.org/about/members.html>.

63 Ver un informe más detallado en “Cocaína.com.co: Cártel de tecnología toma control del narcotráfico”, Fabio Castillo en <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/fabio.html>.

Entonces, ¿para qué necesito controlar las comunicaciones de 200 millones de habitantes, si los que van a cometer los delitos van a tener sus propias técnicas de comunicación y encriptado? La técnica está a disposición de todos y más del que tiene dinero.

Termino este tema de la privacidad con la modificación que hizo el Parlamento Europeo, a finales de mayo, de la directiva europea sobre protección de datos y que dio luz verde a la retención de las comunicaciones electrónicas de los ciudadanos. Este asunto es importante, ya que la estrategia para que esto ocurriera salió de este país. Salió de la política del gobierno español que, evidentemente, no creo que tenga la formación necesaria ni para entender lo que estaba proponiendo, pero lo hizo a petición del Presidente Bush y finalmente consiguió que se aprobara la violación del derecho a la privacidad de los ciudadanos europeos.

Estos extremos se hayan bien documentados en el sitio *web* de «StateWatch», un organismo británico de libertades civiles⁶⁴. Allí encontrarán el texto de la carta que Bush dirige a la Comisión Europea solicitando que, con base en el 11 de septiembre, favoreciera el control de las telecomunicaciones. Y eso significa que se aprobó el *estado de excepción*⁶⁵, como lo llamaría yo, para los ciudadanos europeos, que quedan todos bajo sospecha.

Además, no hay ninguna garantía de que ni siquiera el tratamiento de esa información se haga en Europa. Lo lógico es que se haga con los ordenadores de la National Security Agency, que es la única que tiene ordenadores fabricados especialmente para eso y que pueden tratar 7,5 tetraflot.

64 Ver <http://www.statewatch.org>.

65 Para más información sobre el concepto de “estado de excepción”, ver: <http://www.derechos.org/nizkor/excep>.

No estamos acostumbrados a contextualizar lo que esto quiere decir, pero sirva como ejemplo, para dar una idea, que en 24 horas pueden poner *on line* y analizar morfológicamente toda la información digitalizada en la prensa internacional.

EL CASO DE COLOMBIA

Expongo un último caso en torno al cual hemos hecho una utilización masiva de este tipo de técnicas, que es Colombia. En este país se están usando mucho los sistemas de control de población. Lo cuento como anécdota, para que vean cómo se puede usar el tratamiento documental de información en problemas de derechos humanos, en problemas en la frontera de la dignidad humana, o sea, cuando hay un conflicto, como en el caso de Colombia, y donde el riesgo es más que proporcional.

Hace poco hubo un caso al que en España se le dio bastante cobertura, el caso de Vigía del Fuerte⁶⁶, en el que las FARC, que es un grupo armado colombiano, arrojó una bomba o una pieza de artillería no convencional en una iglesia y mató a 90 personas.

En realidad no estaba pasando exactamente eso. Es verdad el hecho, pero lo que estaba pasando es que se estaba intentando provocar un fuerte desplazamiento forzoso de población. La difusión masiva de información *on line* por nuestros medios obligó al gobierno colombiano a cambiar de postura, al departamento de Estado a reconocer que tenía militares norteamericanos en la zona y al Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas le dio la posibilidad de hacer un informe utilizando el protocolo I adicional a los convenios de Ginebra de 1949, referido a las situaciones de conflicto in-

66 Ver el dossier documental completo en “Crisis humanitaria de Vigía del Fuerte (Mayo de 2002)” en Chocó, visitando <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/informes.html>.

ternacional, en lugar del protocolo II, que es el que se está aplicando en Colombia⁶⁷.

Esto se traduce en un cambio cualitativo en el conflicto que veremos si se mantiene, pero por lo menos se planteó. En todo caso, tuvo una importancia cualitativa en la protección de los derechos civiles de los desplazados y de la población civil.

¿Qué es lo que se hizo en este caso? En este caso nosotros sabíamos que en la zona había un colectivo de sacerdotes (en realidad había un grupo de unas 10 órdenes religiosas realizando trabajo pastoral en la zona) con el cual no había comunicaciones porque se rompieron en ese momento. Veinticuatro horas después del comienzo del conflicto se establecieron las comunicaciones a través de un grupo religioso en Panamá, de una orden religiosa que son los claretianos, quienes nos transmitieron la información de lo que estaba ocurriendo más o menos cada 6 horas. Los comunicados oficiales del arzobispado de Quibdó denunciando lo que pasaba (firmados por 10 ó 15 órdenes religiosas y por el obispo, porque no se podía hacer de otra manera) deslegitimaron la versión oficial del Gobierno colombiano⁶⁸.

Esto se difundió *on line* a la red en español y en inglés. En español llegamos a unos 18.000 organismos de derechos humanos y activistas, y en inglés a unos 5.000. Además, administramos o participamos en unas 40 listas, entre ellas, por ejemplo, una de información de una red de juristas especializados en tribunales internacionales, que son unos 200 juristas en todo el mundo, los cuales tienen una lista cerrada de discusión administrada por una universidad norteamericana.

67 Ver "Informe sobre la misión de observación en el Medio Atrato". Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 20may02, en "Informes Generales de la ONU", <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/informes.html>.

68 Cf. "Carta abierta al Presidente de la República de Colombia Dr. Andrés Pastrana Arango, dando una nueva alerta sobre la presencia paramilitar en Vigía del Fuerte y Bellavista", en <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/quibdo3.html>.

Pero también llegamos al parlamento norteamericano y a unos 10 parlamentos de otros países. En las listas de análisis de información se dio de alta el actual secretario de Estado norteamericano, previa solicitud, precisamente por el tema de Colombia.

Éste es un ejemplo. Si ustedes siguen estos hechos en nuestra página, van a ver que está toda la cronología documental desde que empieza este incidente hasta que termina. Ésta es la forma de trabajar en coordinación con los grupos de defensores humanos que están en el lugar del conflicto y con otros organismos internacionales y autoridades, como el sistema de protección de Naciones Unidas.

Esta difusión documental la hacemos como centro de documentación digitalizado y, en ese terreno, nos hemos convertido en uno de los más grandes del mundo; baste decir que durante el año 2002 hemos distribuido unos 90.000 documentos diarios. Para que se comprenda mejor, esta ingente masa documental equivaldría aproximadamente a unos 400.000 folios DN4 al día o a 2.600 documentos/día de 150 folios DN4 cada uno, si fuera posible editarlos en papel y distribuirlos.

Esto mismo lo hacemos respecto de otros países y conflictos. Trabajamos también Ecuador, Chile, los procesos de Argentina, la detención de Pinochet...

En todos los casos tuvo y tiene una importancia básica el usar estos sistemas integrados de información y el análisis de la misma. Esto responde a un trabajo específico que sólo se puede hacer con internet porque los costos lo permiten.

Piensen que un *byte* de comunicaciones usado en internet ha bajado unas 1.000 veces de costo desde el año 80, y resulta unas 10.000 veces más barato que una comunicación telefónica.

Ésa es la razón básica por la que se usa y por la que se impondrá, porque permite que redes de gente sin medios económicos puedan decir lo que está pasando.

Por ejemplo, hace poco hemos dado un curso de formación (otra de nuestras actividades) sobre comunicaciones encriptadas y utilización de teléfonos satelitales con ordenadores portátiles para una orden religiosa que mandaba a su gente a una zona de conflicto militar muy fuerte en Colombia, pero también lo hemos hecho para organismos de derechos humanos de Birmania, de Timor, de Australia y de Estados Unidos.

Así es como nosotros entendemos el activismo global a partir de la inevitable globalización económica, que ha de ir acompañada necesariamente por la aplicación de los derechos humanos, los cuales son universales y, por ende, globales.

Nadie pensó en los derechos humanos en términos de nacionalidad. Esto es un hecho incuestionable.

Nuestro trabajo es lograr que a los que conocen la universalidad de los derechos humanos pero tratan de evitar sus consecuencias, no les quede más remedio que tener que hacer frente a sus responsabilidades jurídicas y sociales.

**LA AUSENCIA DE GARANTÍAS
EN LAS BASES DE DATOS
DE ADN EN LA INVESTIGACIÓN
PENAL**

FRANCISCO ETXEBERRIA GURIDI
*Profesor de Derecho Procesal de
la Facultad de Derecho de la UPV/EHU*

I. INTRODUCCIÓN

1. El porqué de la ausencia de garantías

Con carácter previo al análisis del fondo del asunto, conviene hacer una breve exposición acerca de nuestro posicionamiento sobre las técnicas de investigación que nos ocuparán en las siguientes líneas. La rotundidad que parece desprenderse del encabezamiento no ha de interpretarse como una oposición radical al recurso a las técnicas genéticas en la investigación de los hechos criminales. Como mencionaremos a continuación, las técnicas de ADN o genéticas están llamadas a constituir, o lo están siendo ya, un importante mecanismo en la batalla contra ciertas modalidades de delincuencia. Tampoco se trata de una mera manifestación de la natural inercia que nos caracteriza con excesiva frecuencia a los universitarios que abordamos ciertas realidades, partiendo de una actitud crítica, casi siempre, exageradamente crítica.

Tomemos como punto de partida, pues, nuestra posición favorable a las técnicas de ADN en la investigación de los delitos. Constituyen un instrumento ciertamente útil. Nuestra queja ha de ser, por consiguiente, contextualizada: la ausencia de garantías respecto de las bases de datos o ficheros de ADN se refiere a la actual situación normativa española. La primera y más fundamental deficiencia que en el ámbito de las garantías del individuo puede denunciarse en relación con las bases de datos de ADN y su uso en la investigación de hechos delictivos, es la que se deriva de la simple ausencia de regulación sobre la

materia. Estamos de acuerdo en la validez y utilidad de las mencionadas técnicas en el marco de la Administración de Justicia, para poder, así, esclarecer, probar y sancionar determinadas conductas. Bien, pues demos el primer paso: regulemos las condiciones y los presupuestos de admisibilidad de estas técnicas genéticas.

Se podría intentar justificar la pereza del legislador argumentando la novedad, en el campo científico, de la realidad que nos ocupa. Toda cuestión relacionada con el genoma humano y la aplicación informática de resultados genéticos se nos antoja novedosa y, por lo tanto, desconocida y, consiguientemente, nuestra actitud ante dicha realidad se fundamenta en la prevención, cuando no en la desconfianza. Siguiendo esta línea argumentativa se podría afirmar que la norma, la respuesta jurídica, siempre va a remolque de la realidad, de las nuevas situaciones, y que las cuestiones genéticas no son una excepción a esta regla y que, tarde o temprano, el legislador tomará cartas en el asunto resolviendo la grave situación de ausencia normativa.

Pero habría que ser extraordinariamente indulgente con la relatada situación si lo que se pretende, en realidad, es buscar una explicación a la misma. La aplicación forense de la genética es sólo relativamente reciente. QUEVEDO (1997: 96-98) data en 1998 el primer caso criminal en el que se admitió el test de ADN en los EE.UU. (*Andrews v. State*, 533 So. 2d 841, 1988), aunque admite que un laboratorio privado (Lifecodes) ofrecía análisis genéticos desde finales de 1986. En Europa, se puede situar por las mismas fechas (1988) la primera aplicación del método genético en el esclarecimiento de hechos delictivos, concretamente en Gran Bretaña y en el conocido caso Pichford. Desde estas primeras aplicaciones se ponen de evidencia las innumerables incertidumbres jurídicas que plantea el uso forense de la genética. Sin obviar otras de carácter técnico o científico que habían de solventarse para evitar que su idoneidad y admisibilidad probatoria fuera cuestionada.

Nuestro umbral de comprensión para con el retraso normativo se reducirá tras la aportación del siguiente dato: al objeto de afrontar algunas de las cuestiones que mencionamos antes, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adopta en 1992 la Recomendación N° R (92) 1, de 10 de febrero, sobre la utilización de los análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) en el marco del sistema de Justicia penal. La primera recomendación que cabe destacar a los Estados miembros es la de que se doten de la correspondiente previsión legislativa sobre la materia.

Acto seguido, y sin interrupción hasta nuestros días, comienza un fenómeno de desarrollo legislativo del uso forense del ADN en no pocos países de nuestro entorno. A modo de ejemplo, en Holanda se reforma el ordenamiento procesal penal (*Wetboek van Strafvordering*) mediante la Ley 596/1993, de 8 de noviembre; en Inglaterra y Gales la regulación sobre la materia tiene lugar mediante la *Criminal Justice and Public Order Act* (CJPO) 1994 y la Circular 16/1995, de 31 de marzo, del *Home Office* por la que se crea el *National DNA Database*; en Alemania se reforma igualmente la Ordenanza Procesal Penal (StPO) para dar cobertura a las diligencias que nos ocupan mediante sendas disposiciones legales, de 17 de marzo de 1997 y de 10 de septiembre de 1998 respectivamente; también en Francia se opta por reformar el *Code de Procédure Pénale* mediante la Ley n° 98-468, de 17 de junio de 1998.

Curiosamente, también en España se han dado algunas iniciativas legislativas en orden a otorgar cobertura normativa al uso forense de las técnicas de ADN. Algunas de dichas iniciativas tenían un alcance muy restringido limitándose a trasladar parcialmente las genéricas previsiones contenidas en la Recomendación N° R (92) 1. Así, la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en 1995. Gracias a otra Proposición, en este caso no de Ley, presentada por el mismo Grupo Parlamentario en 1998 se reactiva la anterior situación, que había pasado de la esperanza al letargo, y ven la luz dos

versiones de un Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de ADN. La primera de estas versiones aparece publicada en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* en 1999 (suplemento al núm. 1854) y la segunda en la misma revista pero el año siguiente (núm. 1867). No existen diferencias entre una y otra versión, a salvo la necesaria adecuación a la nueva LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD) que deroga y sustituye la anterior LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD).

Teniendo en cuenta la rapidez, el apresuramiento en ocasiones, con que el legislador aborda algunas cuestiones, no se explica el motivo por el que dichas iniciativas no hayan llegado a buen término. Quizás sea que se ha decidido retrasar la regulación de la materia para hacerla coincidir con la reforma de mayor calado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (nueva) anunciada en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia.

Si el panorama expuesto no es, de por sí, nada halagüeño, la cuestión se complica teniendo en cuenta otras carencias no menos graves de nuestro ordenamiento jurídico. La efectividad de los análisis genéticos y su aplicación forense requiere, resumidamente, dos trámites diversos: por un lado, recoger y analizar genéticamente los vestigios corporales (sangre, saliva, semen, cabellos, etc.) que la comisión del delito haya podido dejar en el lugar del crimen o en el cuerpo de la víctima; y, por otro lado, comparar el resultado obtenido con muestras corporales que se obtienen o extraen del presunto sospechoso. Pues bien, estas últimas diligencias, denominadas intervenciones corporales, tampoco gozan de cobertura legal en nuestro ordenamiento. Aquí, la alusión a la novedad de la cuestión que se pretende regular carece absolutamente de sentido. A modo de ejemplo, diremos que la regulación de las investigaciones corporales en la StPO alemana se remonta a 1933.

2. El porqué de la necesidad de ciertas garantías

Hemos expuesto en el epígrafe anterior que la situación normativa española sobre la materia, o mejor dicho, la situación consistente en la ausencia de regulación normativa, repercute negativamente en el ámbito de las garantías individuales. Dicha afirmación se comprende rápidamente si tenemos en cuenta que las diligencias a que nos referimos, esto es, la creación de bases de datos de ADN y su utilización en la investigación y prueba de determinados delitos, incide directamente en la esfera de los derechos fundamentales del individuo afectado.

Efectivamente, el análisis genético de muestras corporales procedentes de un individuo permite obtener una información esencial acerca del mismo. El ADN se encuentra en el núcleo celular y contiene y transmite la información necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la vida. Acerca del significado de dicha información apunta la Recomendación N° 1512 (2001) 1, de 25 de abril, del Consejo de Europa, sobre la protección del Genoma Humano, que con base en el desarrollo de dicho Proyecto será posible identificar la presencia de desórdenes genéticos o la predisposición genética a ciertas enfermedades en un estado muy precoz. O como sostiene BENÍTEZ ORTIZ (2001: 102), los test genéticos se pueden aplicar en estos momentos al diagnóstico prenatal de una serie de enfermedades genéticas; al diagnóstico de portadores especialmente para aquellas enfermedades donde la mujer es portadora asintomática y el varón padece la enfermedad y en el diagnóstico preclínico para un conjunto de patologías de aparición tardía (también URIOSTE AZCORRA: 2001, 209-221; RODRÍGUEZ LÓPEZ: 2001, 223-235).

El conocimiento de dicha información genética permite una aplicación altamente positiva. Siguiendo con la Recomendación N° 1512 (2001) 1, se indica que en numerosos de los casos anteriormente mencionados será posible la terapia génica

y ello provocará el desarrollo de una ingeniería genética, por ejemplo, para evitar el desarrollo de un tumor en un individuo que se encuentra en situación de riesgo potencial. También podrá ser aplicado a otras enfermedades como la hipertensión, la diabetes, el Alzheimer, la osteoporosis, ciertos trastornos mentales, etc.

Las implicaciones éticas y jurídicas de cuanto acabamos de mencionar resultan igualmente relevantes. No abordaremos, pero mencionamos, el vigente, y todavía no resuelto definitivamente, debate relativo a la necesidad de establecer, con fundamento en la dignidad humana, límites en relación con la clonación de células. En todo caso, los aspectos positivos que hemos mencionado están estrechamente vinculados con la voluntad de la persona afectada. De ahí que cualquier tipo de intervención sobre el genoma humano (investigación, diagnóstico y tratamiento) se subordina al previo consentimiento de la persona afectada, pero no a cualquier tipo de consentimiento, sino que éste ha de ser previo, libre e informado. A estos requisitos se refiere, por ejemplo, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO, de 11 de noviembre de 1997, ratificada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1998, en concreto el art. 5. b) de dicha Declaración Universal (comentada por HERNÁNDEZ PLASENCIA, 2001: 105-132).

Pero también es cierto que ese conocimiento estrechamente vinculado con el individuo puede trascender del uso positivo y beneficioso para el mismo, al que hemos hecho referencia, para convertirse en perjudicial y lesivo si se produce un uso abusivo. En efecto, dicha información puede resultar relevante para el empleador o empresario interesado en conocer la situación o capacidad del empleado, o para las compañías de seguros interesadas en conocer las circunstancias que pueden incidir en el riesgo cuya cobertura pretenden asumir. La posibilidad de conductas discriminatorias, a partir de la informa-

ción de naturaleza genética, por parte de los sujetos mencionados hacia los ciudadanos que pretenden contratar un seguro o simplemente integrarse en la vida laboral no puede ser ignorada.

La potencial situación de riesgo discriminatorio no ha pasado desapercibida desde la perspectiva de las declaraciones internacionales sobre la materia. Así, la Declaración Universal promovida por la UNESCO (1998) estipula en su art. 6 que “nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad”. Afirma, incluso, HERNÁNDEZ PLASENCIA (2001: 126) que dicho principio de no discriminación ha inspirado la Declaración en su totalidad. Otro tanto cabe decir de lo previsto en el Convenio para la protección de los Derechos humanos y la dignidad de la persona respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina: Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de 4 de abril de 1997, ratificado por España (BOE de 20 de octubre de 1999) y en vigor desde el 1 de enero de 2000. Su art. 11 recoge el principio de no discriminación: “No discriminación. Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético”. Como con acierto señala ROMEO CASABONA (2001: 311), el objeto del Convenio son los Derechos humanos en relación con los avances de la Biomedicina, esto es, “una faceta específica de los Derechos humanos ante nuevas formas de agresión”.

Pero incluso, al margen de la mencionada perspectiva pragmática derivada de un posible uso abusivo de la información genética, ha de reconocerse al individuo su derecho a que dicha información perteneciente a la esfera más reservada y privada no trascienda a terceros y permanezca en el referido ámbito dotando al mismo de la necesaria tutela frente a indebidas intromisiones.

Hasta ahora nos hemos referido solamente a uno de los aspectos que, en relación con la creación de bases de datos de ADN y su aplicación en la investigación de hechos delictivos, puede incidir de manera notable en la esfera de los derechos del individuo, a saber, el relativo a la información genética. Pero la aplicación de las técnicas de investigación a que nos referimos afecta a la esencia de los derechos del individuo desde otra faceta. Como su propia denominación específica, se trata de incorporar la información genética obtenida a bases de datos o ficheros automatizados, informatizados. De los riesgos que pueden derivarse del tratamiento automatizado de información personal no vamos a ocuparnos ahora; simplemente mencionaremos la prevención, novedosa en su momento, que con el máximo rango normativo recoge el art. 18.4 CE: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

La referencia a la intimidad no debe ser interpretada en un sentido restrictivo, pues como indica ORTÍ VALLEJO (1994: 318-320) “el atentado contra la intimidad por el uso de la informática puede provenir, no sólo de la recogida y almacenamiento de datos pertenecientes a la esfera de la intimidad en sí, sino de la capacidad de almacenamiento y de las relaciones (tratamientos) susceptibles de realizar entre las más diversas informaciones o datos íntimos o neutros, inocuos o triviales y las conclusiones a que pueden llegar los ordenadores una vez tratados el conjunto de los mismos”. Ni siquiera la referencia al tratamiento automatizado o informático de los datos, pues en la actualidad se tiende a la tutela de los datos de carácter personal con independencia de su tratamiento automatizado o más o menos manual. Fruto de esta tendencia es la evolución que se aprecia de la LORTAD de 1992 a la LOPDCP de 1999.

Respecto de ambas facetas, ha señalado CARTELLS ARTECHE (1991: 907) que la revolución informática, junto

con la genética, constituyen las pautas tecnológicas del nuevo período. Si aisladamente consideradas las aplicaciones informáticas y las técnicas genéticas representan un intenso riesgo de incidencia en la esfera de los derechos del individuo, piénsese en el resultado cuando se produce una combinación de las mismas. Como apunta RIPOLL CARULLA (1997: 139) se refiere a la confluencia de “dos ámbitos de actividad científica y tecnológica que, en sí mismo y todavía más en su actuación conjunta, pueden entrañar graves riesgos para la dignidad de la vida humana: la tecnología de los ordenadores, que deja al desnudo la intimidad humana, y la investigación genómica, que (...) puede, de ser aplicada a los hombres, llevar a situaciones de absoluta degradación de la personalidad e incluso de la especie humana” (incidiendo en esta misma cuestión ROMEO CASABONA, 1993: 169-170; CHOCLÁN MONTALVO, 1994: 822-824).

II. LA GARANTÍA DE LA PREVISIÓN LEGAL

Si, tal como se ha expuesto en el epígrafe precedente, la aplicación de los análisis genéticos y la conservación de los resultados obtenidos en ficheros informatizados incide seriamente en la esfera de los derechos fundamentales del ciudadano, parece evidente que dicha injerencia ha de estar justificada en sus fines y estar rodeada de una serie de garantías que aseguren la proporcionalidad de la misma de modo que el menoscabo en tales derechos no sobrepase lo que resulta imprescindible. Resulta preciso, pues, establecer y concretar los límites en los que la actuación de los poderes públicos ha de moverse para que la injerencia pueda ser considerada legítima.

Aquí resulta esencial la referencia al marco legislativo, a la previsión legal, como la primera de las garantías con que se ha de abordar el tratamiento de las diligencias que, como la que nos ocupa, restringen derechos fundamentales (JIMÉNEZ CAMPO, 1987: 58 y ss.; FRIGINAL FERNÁNDEZ-

VILLAVERDE, 1981: 109). En efecto, es la disposición legal la que establecerá con precisión los fines, los presupuestos y los límites dentro de los cuales resultará admisible el recurso a la práctica de análisis genéticos y posterior tratamiento informatizado de los resultados obtenidos.

La previsión legal de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales ha sido considerada por GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (1990: 69 y ss.) como uno de los presupuestos constitutivos del principio de proporcionalidad. Se trata, como añade el autor, de un presupuesto formal porque no asegura un contenido determinado de la medida, “pero sí es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos”. Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional y, en concreto acerca de las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales, ha dispuesto en la STC 49/1999, de 5 de abril, que “por mandato expreso de la CE, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal” (f.j. 4º).

Esta reserva legal desempeña, conforme a la misma resolución, una doble función: de una parte, “asegura que los derechos que la CE atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes”; y, de otra parte, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la ley y no existe la vinculación al precedente constituye “el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho” (f.j. 4º).

La referida resolución del Tribunal Constitucional menciona dos preceptos como fundamento del deber de previsión legal: el art. 53.1 CE, conforme al cual, sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título primero; y el art. 81.1 CE que se refiere al rango normativo, orgánico, de las leyes relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. En relación a este último precepto, conviene precisar que no toda regulación procesal ha de realizarse mediante ley orgánica, pues las normas procesales no son normas de desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (STC 22/1986, de 14 de febrero). Pero nos referimos nosotros a una categoría muy concreta de normas procesales, es decir, las que regulan medidas restrictivas de derechos fundamentales como en el caso que nos ocupa. En efecto, son numerosas las resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se insiste en la doctrina de que el art. 81.1 CE “tiene una función de garantía adicional” aplicable no sólo a las normas que “desarrollen de modo directo” los derechos fundamentales y libertades públicas, sino también “a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades” (SSTC 159/1986, de 12 de diciembre; 160/1987, de 27 de octubre; 57/1989, de 16 de marzo; 101/1991, de 13 de mayo; 127/1994, de 5 de mayo).

No han faltado quienes sostienen una interpretación restrictiva de lo que ha de entenderse por “desarrollo” de los derechos fundamentales y libertades públicas y, por ende, de la posibilidad de recurrir a las disposiciones con el rango normativo que se indica (DE OTTO Y PARDO, 1988: 104-106). Lo que no parece de recibo es que se afirme, como se afirma en la Exposición de Motivos del Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN, que “las materias que aquí se regulan no inciden en derechos fundamentales o libertades públicas”. Para justificar el aserto se argumenta la remisión que el Borrador realiza a la LOPDCP 15/1999 en lo

que pueda afectar a la regulación del derecho a la intimidad y, esto también es grave, que “la toma de muestras biológicas de referencia no constituye una alteración de otros derechos fundamentales y libertades públicas”.

Se contradice así con las garantías a que subordina el Borrador la práctica de los análisis genéticos y con la consagrada doctrina jurisprudencial que estima, igualmente, la incidencia de derechos fundamentales cuando se trata de intervenciones corporales (SSTC 37/1989, de 15 de febrero; 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 7/1994, de 17 de enero; 207/1996, de 16 de diciembre). Se comprende así que dicha declaración, que pretende eludir la garantía que atribuye a la regulación de las diligencias que nos ocupan el rango normativo de la ley orgánica, haya sido objeto de crítica (ETXEBERRIA GURIDI, 2001: 59-60; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, 2001: 200-202). Quizás pretendía expresar el elaborador del Borrador que de ajustarse a los presupuestos a que se somete el análisis genético y posterior incorporación de los resultados obtenidos a bases de datos, la incidencia en la esfera de los derechos fundamentales resulta legítima o justificada, pero que la incidencia existe resulta incuestionable.

Junto a la exigencia del rango normativo aludido, existen otras relativas a determinadas cualidades que ha de reunir la previsión legal. Nos referimos a la necesidad de que la previsión legal contenga un mínimo grado de certeza en la determinación de los presupuestos y límites a que han de someterse las diligencias restrictivas de derechos fundamentales. Dicha exigencia aparece con claridad en la doctrina del TEDH acerca del requisito de la previsión legal de las injerencias de la autoridad pública en el derecho a la vida privada (art. 8.2 CEDH).

Son numerosas las resoluciones del mencionado Tribunal en las que se atribuye la consideración de ley, a los efectos del precepto indicado, sólo a “la norma que se exprese con la suficiente precisión para permitir al ciudadano que ajuste su con-

ducta, y que pueda, en su caso, con los adecuados asesoramientos, prever razonablemente, según las circunstancias, las consecuencias que pueda ocasionar una acción determinada” (SSTEDH caso *Sunday Times* de 26 de abril de 1979; caso *Silver y otros* de 25 de marzo de 1983). En definitiva, la previsión legal supone una mínima “calidad de la ley” (SSTEDH caso *Malone* de 2 de agosto de 1984; casos *Kruslin y Huvig* ambas de 24 de abril de 1990). En la medida en que España fue condenada por no establecer el Derecho español “con suficiente claridad el alcance y los procedimientos de ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades públicas en esta materia” y en la medida en que ha servido como fundamento a posteriores resoluciones del Tribunal Constitucional español (STC 49/1999, de 5 de abril) podemos traer a colación igualmente la STEDH en el caso *Valenzuela Contreras* de 30 de julio de 1998.

Como se ha anticipado al comienzo de esta exposición, es precisamente la garantía de la previsión legal, esto es, la regulación en una norma con rango de ley orgánica con la debida concreción de los presupuestos y requisitos determinantes de la admisibilidad de la diligencia que nos ocupa, la que se echa mayormente en falta. Existe, eso sí, un Borrador de Anteproyecto llamado a suplir la importante laguna normativa. Pero la actuación legislativa ha de ser urgente, teniendo en cuenta que la misma supone una garantía, en primer término, para el individuo que será consciente de forma inmediata de la comisión de posibles conductas lesivas cuando se excedan los términos en que cabe la práctica de análisis de ADN y, en segundo lugar, para los propios sujetos activos de la actividad procesal de investigación al permitírseles conocer a ciencia cierta cuáles son los márgenes o límites en los que puede desarrollarse su actividad de forma legítima a los efectos de la aprovechabilidad de los resultados obtenidos.

La ausencia de dicha premisa básica, la previsión legal de las diligencias que nos ocupan entendida como primera garan-

tía de los derechos fundamentales del individuo, no ha impedido que en la práctica se lleven a cabo análisis genéticos en el marco de la investigación penal y existan, incluso, bases de datos en los que se incorporan los resultados obtenidos. Esta gravísima situación de vacío legal ha originado situaciones conflictivas en los laboratorios de genética forense (ALONSO ALONSO, 2001: 85).

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS

Hemos anticipado en los epígrafes previos que, en contra de lo que se afirma en la Exposición de Motivos del Borrador de Anteproyecto, la creación de bases de datos a partir de los resultados obtenidos mediante la elaboración de análisis genéticos, incide directamente en la esfera de los derechos fundamentales del individuo. Vamos a centrarnos exclusivamente en la exposición de los derechos afectados como consecuencia de la realización de los análisis genéticos o de ADN y la incorporación posterior de los resultados obtenidos a ficheros o bases de datos. Obviaremos, por lo tanto, la referencia a actuaciones previas a los análisis genéticos pero que son necesarias para la realización de estos últimos y que igualmente carecen de regulación procesal: las intervenciones corporales precisas para obtener las muestras biológicas que se han de contrastar, posteriormente, con las obtenidas en el lugar del crimen.

La práctica de las intervenciones corporales afecta también a los derechos fundamentales del individuo y se da respecto de las mismas idéntica situación de vacío normativo, por lo que puede afirmarse que las técnicas que nos ocupan se caracterizan por una doble deficiencia desde la perspectiva de la previsión legal entendida, insistimos, como garantía primera del respeto a los derechos fundamentales. Nos limitaremos a citar la STC 207/1996, de 16 de diciembre, en la que con expresa referencia al principio de legalidad y en relación a las intervencio-

nes corporales insistía en “la necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física”. Además, enmendando un pronunciamiento previo en sentido contrario (STC 37/1989, de 15 de febrero) concluye que las intervenciones corporales carecen de apoyo normativo.

1. La libertad o libre desarrollo de la personalidad

Podemos encontrar en la Constitución española distintas referencias a la libertad. En su Título Preliminar se menciona en primer término la libertad como uno de los “valores superiores” del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Más adelante, en su Título Primero y bajo la rúbrica “De los derechos y deberes fundamentales” se afirma que “el libre desarrollo de la personalidad” constituye, junto con otros, un fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Por último, el art. 17.1 CE reconoce el “derecho” a la libertad y a la seguridad.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, afirma RUIZ MIGUEL (2001: 19-20) que cuando se especula sobre el impacto de la genética en la libertad humana no puede subsumirse esta última en el “derecho” a la libertad previsto en el art. 17.1 CE, sino que la libertad implicada es la que se configura constitucionalmente como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). En efecto, entiende el Tribunal Constitucional que el ámbito protegido por el art. 17.1 CE es, más bien, la libertad física y no puede considerarse comprendida en este derecho “una libertad general de autodeterminación individual” (SSTC 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio).

Dejando a un lado, por lo tanto, el derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 CE, la libertad entendida como valor

superior (art. 1.1 CE) y principio constitucional (art. 10.1 CE) implica que los individuos gozan de una genérica libertad para tomar decisiones en todas las esferas de la vida: “llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas” (STC 93/1992, de 11 de junio). Aplicado lo señalado al ámbito de los datos genéticos, “esto significa que el individuo es libre para realizar pruebas dirigidas a conocer los mismos (libertad para saber) como para negarse a las mismas (libertad para no saber)” (RUIZ MIGUEL, 2001: 20).

2. El derecho a la intimidad genética

Si hasta ahora nos hemos referido a la afectación de un principio general, el de la libertad entendida como libre desarrollo de la personalidad, la genética puede repercutir en un auténtico derecho fundamental: el derecho a la intimidad genética entendida como modalidad o manifestación del derecho a la intimidad expresamente reconocido por la Constitución española. Afirma DARÍO BERGEL (1998: 48-49) que la información genética es “el conjunto de mensajes hereditarios contenidos en el material genético de un individuo” y que, a su vez, el material genético se caracteriza como el conjunto de estructuras moleculares portadoras de información hereditaria. De ello cabe claramente deducir que el ámbito subjetivo de las personas afectadas no se circunscribe al sujeto cuya información genética se analiza, sino que se amplía considerablemente como consecuencia de su carácter de información que se transmite hereditariamente.

Como se ha anticipado anteriormente la secuenciación del genoma humano está permitiendo identificar los genes responsables de la susceptibilidad a padecer ciertas enfermedades. No es de extrañar, por lo tanto, que se haya afirmado que la identificación a través de las características genéticas es un claro

atributo de la personalidad (LLEDÓ YAGÜE, 1994a: 420). Incluso que el estudio del genoma humano posibilitará en el futuro el descubrimiento de características propias de la personalidad como sus aptitudes intelectuales y manuales, su temperamento, inclinaciones sexuales, etc. (DE SOLA, 1994: 179-180). El hecho de que la información genética incida en la esencia del individuo ha llevado a no pocos autores, como ESER (1985: 361), a referirse a la significativa expresión de “ciudadano transparente” o de cristal (también ROMEO CASABONA, 1993: 169) sobre todo cuando dicha información se encuentra en poder de terceros (MALEN SEÑA, 1995: 126-127).

Se ha consagrado así el empleo del concepto de intimidad genética (ROMEO CASABONA, 1993: 169; LLEDÓ YAGÜE, 1994b: 209; RUIZ MIGUEL, 1995: 104) como una manifestación más del derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE y en consonancia con la *genetic privacy* anglosajona. Define RUIZ MIGUEL el derecho a la intimidad genética como “el derecho a determinar las condiciones de acceso a la información genética” y distingue dos elementos configuradores de su contenido: a) el elemento objetivo entendido como la esfera o dato que no es público, a saber, el genoma humano en última instancia y, por derivación, cualquier tejido o parte del cuerpo que contenga dicha información; y b) el elemento subjetivo constituido por la voluntad del sujeto de determinar quién y en qué condiciones puede acceder a la información sobre su genoma (2001: 31-33).

3. El derecho a la autodeterminación informativa

Como se ha constatado *supra*, la Constitución española ha sido durante décadas uno de los pocos textos constitucionales donde se reconocía un derecho a la tutela frente a las intromisiones procedentes de la informática. Más en concreto, su art. 18.4 CE se refiere a la limitación por la ley del uso de la

informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

En desarrollo legal de dicha previsión constitucional se aprueba la LO 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Es muy importante reseñar que la LORTAD se refería a la protección de los datos personales no en sí mismos, sino en la medida en que fueran objeto de tratamiento automatizado. Aunque la Disposición Final 2ª de la ley hiciera expresa mención de la posibilidad de extender la protección que dispensaba la misma a los datos almacenados de forma convencional en ficheros, como consecuencia de la Directiva 95/46/CE sobre protección de la persona en relación al tratamiento, automatizado o no, de datos personales, se aprueba la LO 15/1999 “de protección de datos de carácter personal”.

Aunque el ordenamiento jurídico vigente otorgue protección a los datos de carácter personal susceptibles de tratamiento (art. 2.1 LOPDCP) sea éste o no automatizado, lo cierto es que la creación de ficheros de ADN adquiere virtualidad y eficacia cuando los resultados de los análisis genéticos se incorporan a bases de datos automatizadas o informatizadas. Nos encontramos de este modo con que las posibilidades de injerencia en la intimidad genética del individuo, ya de por sí preocupantes, se acentúan significativamente con la combinación del tratamiento automatizado de los resultados obtenidos (RADEMACHER, 1989: 547). Como apunta CORBELLÁ I DUCH (1999: 4) la intimidad genética, junto a la intimidad informática “constituyen las últimas proyecciones del derecho a la intimidad en una sociedad que dispone de medios técnicos suficientemente desarrollados para conocer el ámbito más reservado de las personas”.

Nos encontramos pues, de un lado, con que el tratamiento informatizado de datos personales, ya de por sí extraordinariamente sensibles, no hace sino incrementar los posibles riesgos

de intromisión en la esfera del individuo. De otro lado, no es menos cierto que existe una cada vez mayor sensibilidad orientada a la necesidad de tutelar estos novedosos aspectos de la vida privada del individuo y que proliferan las normas, disposiciones y convenios, tanto a nivel estatal como internacional, en los que se aborda el marco de garantías necesario. Pero como hemos denunciado en otro lugar (ETXEBERRIA GURIDI, 1998: 47-120) el régimen general de las garantías previstas para la protección de los datos personales experimenta un notable decaimiento cuando se trata de actividades desplegadas en el ámbito de la investigación penal.

Esta atenuación de las garantías es, por otra parte, lógica. Tal como ocurre con otros derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos (secreto de las comunicaciones personales, inviolabilidad domiciliaria, etc.) puede resultar necesario admitir limitaciones o restricciones en el contenido de los mismos por exigencias derivadas de la Administración de Justicia. Los derechos fundamentales que pueden verse afectados como consecuencia de la creación de ficheros o bases de datos de ADN en la investigación penal no constituyen una excepción. Ahora bien, si resulta comprensible la limitación en el contenido de los derechos fundamentales indicados por exigencias de justicia penal, también lo es que el respeto último a la dignidad humana exige establecer límites a esos límites, es decir, los derechos fundamentales no son absolutos pero tampoco pueden ser absolutas las restricciones a los mismos.

Con esto queremos decir que vemos lógicas las excepciones que en la LO 15/1999 (LOPD) se establecen, por ejemplo, para el derecho a ser informado en la recogida de datos (arts. 5 y 24), el consentimiento en la comunicación de datos a terceros (art. 11.2) o los derechos de acceso, rectificación y cancelación (art. 23) cuando se trata de la investigación y persecución de infracciones penales. Pero estas y similares restricciones tienen que ir acompañadas, en la norma procesal, de

la concreción de los presupuestos y condiciones en los que resulta admisible dicha restricción, si no queremos vaciar de contenido a los señalados derechos con la mera mención a las exigencias de la justicia. Esto es precisamente lo que queremos significar con el decaimiento de las garantías con motivo de la investigación penal. Si resumimos simplemente los sucesivos trámites que configuran las diligencias que nos ocupan, podemos distinguir tres momentos distintos: 1º la práctica de intervenciones corporales para la extracción de muestras biológicas o corporales; 2º el análisis genético de las muestras obtenidas mediante la primera diligencia; y 3º la incorporación de los resultados obtenidos a ficheros automatizados.

Pueden existir muchos más elementos en común entre las diligencias o trámites que acabamos de indicar, pero nosotros destacamos dos: por un lado, que en las tres diligencias comprensivas de la que nos ocupa se incide en derechos fundamentales; y, por otro lado, en los tres casos nos encontramos con una incomprensible laguna normativa. El Borrador de Anteproyecto del que hemos hecho mención ha de servir irremediablemente a solventar esta lamentable situación. Por este motivo, nos ocuparemos básicamente de él en las líneas sucesivas, analizando el contenido que se pretende dar a la exigencia de la previsión legal de las medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales.

IV. PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LOS ANÁLISIS GENÉTICOS

1. Extensión de los análisis genéticos

Como se ha dejado expuesto en el momento de referirnos al derecho a la intimidad genética, la información que puede obtenerse de los análisis genéticos recae en dicho ámbito no puede calificarse simplemente como de perteneciente a la esfera privada del individuo, sino a la más íntima del mismo. Se trata de

una información extraordinariamente sensible que puede abarcar aspectos como el padecimiento o la predisposición a ciertas enfermedades. Con una doble peculiaridad: por un lado, el carácter hereditario de la información amplía considerablemente el ámbito de personas que pueden resultar afectadas; y, por otro lado, existe una cierta desvinculación respecto de la autonomía de la voluntad del sujeto afectado en la medida en que no está en sus manos controlar la cantidad y calidad de información que de ella se puede obtener y que puede, incluso, ser ignorada por la misma.

Ahora bien, ¿es precisa toda la información que puede obtenerse de una análisis genético para el esclarecimiento del hecho punible? Evidentemente no. Para la investigación penal ha de resultar, en principio, irrelevante si determinada persona padece o puede desarrollar ciertas enfermedades. Aquí nos encontramos ya con una de las manifestaciones del principio de proporcionalidad (en su aspecto de la necesidad) de forzosa observación cuando se trata de la restricción de derechos fundamentales. Si con la menor información genética posible se puede satisfacer la finalidad de identificar al presunto autor de un hecho punible, la indagación genética en lo que no resulte imprescindible resultará lesiva y desproporcionada.

A tales efectos, se ha hecho frecuente referencia en el ámbito de la genética forense a la distinción entre el ADN codificante y el ADN no codificante. Lo que convierte en extraordinariamente útil, a los efectos de la investigación penal, los análisis genéticos es su virtualidad como técnica identificadora o individualizadora. Es decir, existen determinadas regiones de nuestro material genético, denominadas por ello regiones hipervariables, que presentan una enorme variabilidad de unos individuos a otros de la población. Estas regiones del ADN, que por esta virtualidad individualizadora son las que aportan interés en la genética forense, presentan a su vez la ventaja de pertenecer a lo que se ha venido a denominar

ámbito “no codificante” del ADN. Esto es, que limitada a dichas regiones del ADN, el análisis tiene por objeto exclusivamente la estructura formal de las secuencias de bases y no pone al descubierto información sobre las cualidades hereditarias del individuo (LEMKE, 1999: 229-230; CARRACEDO ÁLVAREZ, 1995: 305; ALONSO ALONSO, 2001: 81).

El dilema entre los ámbitos codificante y no codificante del ADN se sostuvo en la jurisprudencia alemana con anterioridad a que se regulara legislativamente la materia. El Tribunal Supremo federal alemán (*BGH*), por ejemplo, se decantó en su sentencia de 21 de agosto de 1990 por la admisibilidad de los análisis genéticos siempre que éstos se limitaran al ámbito no codificante con fundamento en el principio de proporcionalidad. Idéntico fundamento esgrimió el Tribunal Constitucional federal alemán (*BVerfG*) en resolución de 18 de septiembre de 1995.

No obstante, y en la propia República alemana, se ha planteado la conveniencia de superar la dicotomía entre los ámbitos codificante y no codificante como determinante de la admisibilidad o no de los análisis. Se aducen al respecto motivos de índole científico como las dificultades de deslinde preciso entre los ámbitos genéticos mencionados y la evidencia de que el imparable desarrollo de la disciplina permita en un futuro próximo obtener información no neutra de las regiones no codificantes del genoma (LEMKE, 1999: 230, 243). Por este motivo, cuando se aborda la regulación de la materia mediante la reforma procesal penal (StPO) se procura no hacer referencia a la distinción entre dichos ámbitos, pero dejando claro el carácter limitado de la investigación. En este sentido, el § 81e StPO dispone que los análisis genético-moleculares han de ser “necesarios” para determinar “si el material hallado procede del inculpado o del lesionado”. Además, se acompaña esta expresa manifestación del principio de proporcionalidad de dos prohibiciones: “no podrán realizarse determinaciones

sobre circunstancias distintas a las señaladas”; y “las investigaciones así orientadas serán inadmisibles”.

También en España se han expresado ciertas precauciones ante la distinción entre los ámbitos codificantes y los que no lo son. LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA advertían, por ejemplo, que “en un futuro, gran parte del ADN que actualmente se califica de no codificante podrá ser calificado de «codificante o expresivo», toda vez que se conozcan las secuencias completas de todo el genoma humano” (1995: 50-51). En idéntico sentido, admite ALONSO ALONSO (2001: 82) que “si bien la mayoría de las regiones de ADN que se analizan en el campo de la genética forense son regiones de ADN repetitivo no codificante, también es verdad que se estudian otras regiones que son porciones de genes”. Ante la evidente conveniencia de limitar la extensión de los análisis genéticos a lo mínimo indispensable estimamos acertada la previsión contenida en el art. 2.1 del Borrador de Anteproyecto en la medida en que estipula que los análisis de ADN “no deben proporcionar otra información genética de la persona que la meramente identificativa”. Es más, prevé igualmente el Borrador (art. 12.1) que “la Agencia Nacional de Perfiles de ADN sancionará a los Laboratorios acreditados que, sobre las muestras remitidas por el Juez en investigaciones criminales, analicen regiones de ADN distintas a las determinadas por la Agencia”.

2. Infracciones punibles respecto de las cuales proceden los análisis de ADN

Si la realización de análisis genéticos incide, como hemos visto, en determinados derechos fundamentales del individuo, el principio de proporcionalidad exige que aquéllos se justifiquen en la investigación de hechos punibles lo suficientemente graves. Parece evidente que la intromisión en los derechos

fundamentales resulta lesiva por desproporcionada, cuando se recurre a los análisis de ADN con motivo de la investigación de delitos menos graves o leves. El criterio de la gravedad como exponente de la proporcionalidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales ha sido utilizado con profusión por nuestra jurisprudencia. Así, respecto de las interceptaciones telefónicas (ATS de 18 de junio de 1992) o incluso acerca de las propias intervenciones corporales (SSTC 37/1989, de 15 de febrero; 207/1996, de 16 de diciembre).

Salvo en el supuesto de la regulación existente para Inglaterra y Gales, la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno han optado por establecer como presupuesto de admisibilidad que los análisis de ADN se limiten a la investigación de infracciones delictivas graves. Muestra de esta orientación es igualmente la Recomendación N° R (92) 1 del Consejo de Europa. Por un lado, establece su recomendación 5ª que “el recurso a los análisis de ADN debe ser autorizado en todos los casos apropiados, *cualquiera que sea el grado de gravedad de la infracción*”. Esta aparente laxitud en la admisibilidad de los análisis genéticos resulta, sin embargo, acertadamente matizada en la memoria explicativa de dicha Recomendación. En la misma se afirma que el motivo por el que no se ha incluido expresamente el principio de proporcionalidad sobre este punto concreto, no es otro que el interés de la defensa en hacer uso del ADN para excluir toda sospecha (infundada) incluso en las infracciones menos graves.

Lamentablemente, a nuestro juicio, el Borrador español no hace mención a límite alguno desde la perspectiva de la gravedad de las infracciones punibles como criterio de admisibilidad de los análisis genéticos. Si en dicha opción ha sido determinante la Recomendación apuntada, hay que tener en cuenta el auténtico significado de la ausencia de mención del principio de proporcionalidad tal como acabamos de señalar.

3. La existencia de indicios de criminalidad contra la persona destinataria de las diligencias genéticas

Nos encontramos nuevamente ante una manifestación más del principio de proporcionalidad a que han de responder las diligencias restrictivas de derechos fundamentales. De conformidad con dicho principio, se hace preciso que existan indicios de que la persona que ha de soportar los análisis genéticos sea, en efecto, la que probablemente haya cometido el hecho criminal que se trata de esclarecer. Diligencias de la magnitud que nos ocupan se justifican en la medida en que existan efectivamente señales o vestigios de la comisión de un hecho punible y en que las sospechas de la comisión del mismo se encaminen contra una persona determinada. Se garantizaría, de este modo, el máximo respeto y la mínima lesividad hacia el destinatario de la diligencia.

La exigencia de que concurren indicios fundados de la participación del destinatario de las diligencias está consagrada cuando se trata de medidas similares restrictivas de derechos fundamentales. Así, en la interceptación de las comunicaciones telefónicas se refiere la normativa procesal a que se trate del “procesado” o “personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal” (art. 579 LECrim.). Esta exigencia sería manifestación del principio de proporcionalidad como lo ha entendido el Tribunal Supremo (ATS de 18 de junio de 1992). Lo mismo cabe decir de la jurisprudencia que se ha ocupado de las intervenciones corporales (STC 37/1989, de 15 de febrero). Incluso cuando se ha tratado de la prueba biológica de paternidad ha indicado el Tribunal Constitucional que han de concurrir “indicios serios” de la conducta que se le atribuye al demandado (STC 7/1994, de 17 de enero).

El argumento esgrimido ha de resultar trasladable a los análisis genéticos, de modo que sólo resultarán admisibles si se acota al máximo el ámbito de personas afectadas bajo riesgo

de incurrir en una conducta desproporcionada en caso contrario. El Borrador de Anteproyecto recoge en su art. 6 el mencionado principio inspirador, pues menciona la condición de “sospechoso” que ha de ostentar el destinatario de las diligencias de investigación genética. El término empleado no suele ser muy habitual en la normativa procesal, al menos en lo que respecta a las medidas restrictivas de derechos, pues en este supuesto se prefiere hacer referencia a la condición de imputado, procesado o persona sobre la que recaen indicios de responsabilidad criminal. La existencia de sospechas puede corresponder a un estadio inicial del proceso, mientras que los indicios de responsabilidad penal suponen atribuir un cierto grado de probabilidad o el carácter fundado a las iniciales sospechas. Seguramente ha influido en este caso la terminología empleada en la Recomendación N° R (92) 1, que recoge tanto en su versión inglesa como en la francesa la condición de *suspect*.

Lo señalado en los párrafos anteriores nos lleva a afirmar que, sin ningún género de duda, los denominados test masivos resultan inadmisibles desde la perspectiva del principio de proporcionalidad. La práctica de test masivos no es una ficción o posibilidad hipotética, sino una realidad conocida en determinados países. Se trata, en ausencia de un sospechoso concreto contra quien dirigir los análisis genéticos, de someter a un determinado grupo de personas a los indicados análisis por la sola pertenencia a una determinada franja de edad, colectividad geográfica o sexo. Su aplicación ha tenido lugar en casos de delitos de extrema gravedad (jóvenes agredidas sexualmente y asesinadas) cuando se ha sospechado que el autor puede pertenecer a una determinada comunidad geográfica y como resultado de los análisis de ADN de los vestigios hallados en el cuerpo de la víctima se tiene la certeza del sexo y la edad aproximada del autor (ETXEBERRIA GURIDI, 1999: 541-570).

V. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LOS ANÁLISIS GENÉTICOS

1. La reserva judicial en la ordenación de la diligencia

Como venimos insistiendo a lo largo del presente escrito, los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por los análisis genéticos no son absolutos, sino que admiten en determinados supuestos y bajo determinados requisitos ser objeto de restricción o limitación. Uno de estos presupuestos es el de la necesaria reserva judicial, es decir, que la medida en cuestión deberá ser ordenada o autorizada por un órgano judicial. La Constitución española consagra expresamente manifestaciones de cuanto acabamos de indicar. La inviolabilidad del domicilio garantiza al sujeto frente a posibles entradas y registros, pero concurriendo la correspondiente resolución judicial se puede prescindir del consentimiento del interesado (art. 18.2 CE). Lo mismo cabe decir del derecho al secreto de las comunicaciones, que como tal derecho fundamental sólo podrá ser objeto de restricción de concurrir también una resolución judicial (art. 18.3 CE).

Podemos cuestionarnos si la práctica de los análisis genéticos esta sujeta a idéntica garantía, la autorización judicial, si nada se dice expresamente en la norma constitucional. La Recomendación N° R (92) 1 poco ayuda a resolver la cuestión pues se limita a hacer una remisión a lo determinado en el Derecho interno; aunque reconoce que en determinados Estados la práctica de la diligencia está condicionada a la previa autorización judicial. En efecto, difícilmente podía llegar la Recomendación a un criterio unitario teniendo en cuenta la diversidad de situaciones en los distintos ordenamientos.

Exceptuando nuevamente la regulación vigente en Inglaterra y Gales, en nuestra opinión la menos garantista, en la mayoría de los países existe la mencionada reserva judicial a la hora de acordar o autorizar los análisis genéticos. No podemos

dejar de invocar la situación existente en Alemania, donde las intervenciones corporales previas destinadas a la obtención de las muestras biológicas de la persona imputada deben ser ordenadas, en principio, por la autoridad judicial, pero, en casos de urgencia, puede el Ministerio Fiscal ordenar también dicha obtención. Se pretendió trasladar este esquema a los posteriores análisis de ADN, sin embargo, la postura que prevaleció fue la de la reserva judicial absoluta, es decir, que, independientemente de quién haya ordenado la extracción de muestras, el posterior análisis genético sólo puede ser ordenado por la autoridad judicial.

Volviendo nuevamente a la situación española, conviene señalar que el Tribunal Constitucional ha establecido, pese a que la Constitución no dice nada al respecto, que las intervenciones corporales han de ser ordenadas o autorizadas por el juez atendiendo a la naturaleza fundamental de los derechos afectados (SSTC 37/1989, de 15 de febrero; 207/1996, de 16 de diciembre). Idéntica reserva judicial y por idénticos motivos ha de propugnarse con motivo del posterior análisis genético de las muestras obtenidas.

Así lo entiende, acertadamente en nuestra opinión, el Borrador de Anteproyecto. En el mismo se establece una reserva judicial genérica comprensible tanto de las previas intervenciones corporales para la extracción de muestras como de los posteriores análisis genéticos. En efecto, se refiere su art. 6 a la “previa autorización del Juez competente” para la toma de muestras de referencia, pero dicha extracción tiene por objeto, según el mismo precepto, “el oportuno contraste con los perfiles de ADN resultantes de los vestigios hallados”. Entendemos incluso que esta reserva judicial resulta aplicable para los análisis genéticos de las muestras halladas en el lugar del crimen o en la propia víctima. Así se puede deducir del art. 5 del Borrador que tras referirse a las precauciones a adoptar por el Juez de Instrucción en la recogida de muestras, dispone que “en todo

caso, el Juez de Instrucción ordenará su envío al laboratorio para la práctica del análisis de ADN”. También con carácter más genérico del art. 14 del mismo Borrador al establecer que “los informes correspondientes a los análisis del ADN serán admitidos por el laboratorio al Juez que los ordenó”.

2. Competencia para practicar los análisis de ADN

Como hemos señalado en el epígrafe precedente parece oportuno, y así lo ha hecho el Borrador, que la realización de los análisis genéticos esté subordinada a la previa autorización del órgano judicial competente. Pero, ¿quién llevará materialmente a cabo dicho análisis?. Parece fuera de toda duda que nos encontramos ante una modalidad de pericia, pues tal como reza el art. 456 LECrim. “el Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos”. Resulta incuestionable, no sólo que la práctica de los análisis de ADN requiere unos conocimientos científicos y técnicos muy especializados, sino que, a la vez, de unos medios materiales que no cualquier persona especializada tiene a su disposición. Tal como se ha afirmado, corresponde la naturaleza pericial a las diligencias que nos ocupan (CHOCLÁN MONTALVO, 1994: 817), aunque hayamos matizado nosotros que la naturaleza pericial pasa a un segundo plano teniendo en cuenta la especificidad que le aporta a aquéllas la circunstancia de incidir en derechos fundamentales (ETXEBERRIA GURIDI, 2000: 16-22).

Como hemos indicado, nos encontramos ante una pericia especial. En primer lugar, hay que señalar que de la práctica los análisis presenta una cierta complejidad. Aunque el método científico que se aplica se encuentra en la actualidad suficientemente perfeccionado, su aplicación práctica ha originado en no pocas ocasiones algunas deficiencias. Sobre todo en

los países de ámbito anglosajón donde resulta frecuente que se encomiende la realización de dichos análisis a laboratorios privados donde factores económicos o de comodidad han primado sobre los relativos a la calidad. Esta preocupación se refleja perfectamente en la Recomendación N° R (92) 1 del Consejo de Europa al advertir acerca de los análisis de ADN que consisten en un procedimiento científico sofisticado que no puede ser empleado sino por laboratorios que estén en posesión de las instalaciones y la experiencia requeridas.

Lo indicado tiene su trascendencia probatoria, pues en el ejercicio de su derecho a la defensa, las partes pueden poner en duda la eficacia de los análisis efectuados si los mismos no se ajustan en su realización a unos mínimos requisitos de calidad. Insistiendo en la Recomendación N° R (92) 1 del Consejo de Europa, se hace referencia en la misma a la conveniencia de la “acreditación” de los laboratorios e instituciones y el control de los análisis de ADN. En tal sentido, en la mayoría de los países de nuestro entorno los laboratorios autorizados para la realización de los análisis de ADN han de estar convenientemente homologados. De otra parte, el control de calidad sobre la actividad realizada por los mencionados laboratorios no sería posible si éstos actuaran de forma autónoma. Es decir, si no existiera un acuerdo mínimo acerca de las regiones de ADN a analizar, las sondas o enzimas a utilizar, etc. no sería posible controlar *a posteriori* si la actuación llevada a cabo ha sido o no correcta, o si cabe o no una contrapericia o contranaálisis. Es de resaltar que, al respecto, los laboratorios, oficiales o no, que llevan a cabo estos análisis han concluido una importantísima labor de estandarización del procedimiento que se aplica con carácter general.

El Borrador de Anteproyecto se hace eco igualmente de esta preocupación y en su Exposición de Motivos se manifiesta que “con el fin de garantizar la calidad científica de los análisis, la seguridad de las muestras y la confidencialidad de los

datos obtenidos de aquéllos, se establece un sistema de acreditación de los Laboratorios, de modo tal que sólo los acreditados puedan llevar a cabo los análisis de ADN sobre muestras biológicas con fines de investigación criminal”. En consonancia con lo anterior, dispone el art. 10.1 del Borrador que “sólo podrán realizar análisis de ADN con fines de investigación genética en procedimientos de investigación criminal los Laboratorios acreditados para tal fin y que superen los controles periódicos de calidad a que deban someterse”.

Lo que no aparece determinado con claridad es a quién corresponde otorgar las acreditaciones a los laboratorios. El art. 10.2 del Borrador se limita a señalar que la Agencia Nacional de Perfiles de ADN adjudicará las funciones de acreditación y control “a la Entidad que corresponda con arreglo a lo previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. El motivo de esta indeterminación puede encontrarse en la preocupación por conciliar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre la materia. Esta preocupación se aprecia claramente en la Exposición de Motivos del Borrador, así como en otras iniciativas legislativas (concretamente la Proposición de Ley de 21 de febrero de 1995 y la Proposición no de Ley de 5 de mayo de 1998). No obstante, estimamos que esta función, no sólo de acreditación, sino de control de los laboratorios, exige un régimen caracterizado por su uniformidad y por la independencia de la “Entidad” a que se refiere el Borrador, dada la trascendencia de estas funciones.

El Borrador contiene también otras previsiones en orden a garantizar la calidad de los análisis genéticos realizados por los laboratorios. Señala CARRACEDO ÁLVAREZ (1995:297) que son cientos los polimorfismos de ADN minisatélite que pueden ser detectados con decenas de enzimas de restricción diferentes; si cada laboratorio empleara sus propias enzimas y sondas sería enormemente difícil contrastar un resultado en otro laboratorio y se imposibilitaría la realización de contrapericias

o segundas opiniones. No es de extrañar, pues, que el art. 13 del Borrador, titulado precisamente homogeneidad de los marcadores empleados en los análisis disponga que los laboratorios acreditados “deberán” efectuar los análisis de ADN sobre una serie de regiones del ADN cuya determinación corresponde a la Agencia Nacional de Perfiles de ADN.

A nuestro juicio, sin embargo, no son suficientes las previsiones que acerca de la calidad de los laboratorios se recogen. En relación con los laboratorios competentes para practicar los análisis de ADN estimamos necesaria alguna garantía de independencia de los mismos. La finalidad no es otra que evitar posibles abusos que pueden cometerse cuando los mencionados análisis se extienden más allá de lo permitido con riesgo de incidir en regiones del ADN que aportan información más sensible o íntima. Ya hemos señalado que los análisis se han de limitar a lo estrictamente necesario para determinar la correspondencia entre las muestras halladas y las obtenidas del presunto autor del hecho punible. Pero no hay que olvidar que los laboratorios, pese a la mencionada indicación, realizan su labor a partir de muestras de las que es posible obtener mayor información que la señalada. El riesgo de abusos puede concretarse cuando los laboratorios que realizan estos análisis pueden tener un particular interés en extender la investigación genética a otros aspectos directamente relacionados con la prevención y la investigación penal en general, al margen del caso concreto que se examina.

Esta preocupación no es ajena al Borrador, pues como se ha señalado anteriormente, su art. 12.1 dispone que “la Agencia Nacional de Perfiles de ADN sancionará a los Laboratorios acreditados que, sobre las muestras remitidas por el Juez en investigaciones criminales, analicen regiones de ADN distintas a las determinadas por la Agencia”. Esta facultad sancionadora *ex post* merece un juicio positivo, aunque hubiera sido más conveniente una precaución similar a la prevista en el or-

denamiento alemán, donde el § 81f StPO dispone que se encomendará la realización del análisis a peritos que no pertenezcan a la autoridad competente para dirigir la investigación penal o, en caso contrario, que se trate de la pertenencia a unidades de dicha autoridad pero orgánica y objetivamente separadas. Una prevención similar en orden a la imparcialidad del laboratorio correspondiente sería oportuna para garantizar el máximo respeto a la intimidad genética del afectado y la exclusión de cualquier riesgo en la excesiva extensión de los análisis.

VI. PRESUPUESTOS DE LA POSTERIOR INCORPORACIÓN DE LOS RESULTADOS GENÉTICOS A BASES DE DATOS

Como ya se ha apuntado anteriormente, en relación con la creación de bases de datos de ADN se aprecia la existencia de tres momentos cruciales, en cada uno de los cuales se ven afectados una serie de derechos fundamentales diversos. En primer término, las intervenciones corporales necesarias para la obtención de muestras de referencia; en segundo lugar, la realización de los análisis genéticos a partir de las muestras obtenidas o halladas en el escenario del crimen o en la víctima del delito; y, en tercer lugar, la incorporación de los resultados obtenidos a bases de datos o ficheros automatizados. En relación con este último aspecto, se ha indicado igualmente que la creación de los mencionados ficheros afecta al derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática con fundamento en el art. 18.4 CE.

También se ha advertido que la regulación general en materia de protección de datos de carácter personal establece numerosas excepciones al régimen de garantías y derechos cuando se trata de la investigación de hechos punibles. Es precisamente el último de los aspectos reseñados el que ha de ser objeto de precisión. Al objeto de que las excepciones al

régimen general de protección tampoco sean ilimitadas, se hace necesaria una regulación de los presupuestos y limitaciones con que cabe crear bases de datos de ADN con la finalidad de persecución penal. El Borrador supone, a tales efectos, el marco normativo dentro del cual será admisible dicha posibilidad.

1. Información relativa a los hechos punibles incorporable a las bases de datos

No cabe duda de que la eficacia y operatividad de las bases de datos de ADN está en consonancia con la cantidad y la calidad de la información que en los mismos se incorpora: a mayor extensión de la información, mayor efectividad de la base de datos. Ahora bien, este criterio ha de compatibilizarse con el del debido respeto a los derechos fundamentales del individuo y, en lo que ahora nos afecta, en concreto al derecho a la autodeterminación informativa.

Una de las limitaciones a la información incorporable a las bases de datos de ADN, consecuencia del principio de proporcionalidad, es la relativa a los hechos punibles fruto de cuya investigación pueden ser objeto de tratamiento automatizado los resultados de la investigación genética. Como hemos afirmado anteriormente, el Borrador no establece, lamentablemente, que los análisis genéticos se hayan de limitar a la investigación de hechos punibles de relativa gravedad. Hemos considerado, sin embargo, que el principio de proporcionalidad exige dicha limitación tal como lo ha afirmado consagrada jurisprudencia acerca de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales. Tampoco lo hace la Recomendación N° R (92) 1 del Consejo de Europa, pero hemos explicado la razón de dicho silencio acudiendo a la memoria explicativa de dicha Recomendación.

Tratándose del momento posterior de incorporación a bases de datos de los resultados genéticos obtenidos, sí que esta-

blece el Borrador de Anteproyecto una mención específica a que los perfiles genéticos susceptibles de incorporación a una base de datos son los correspondientes a “delitos dolosos” (art. 17). No se establece ninguna otra exigencia acerca de la gravedad del hecho punible, ni del bien jurídico protegido. La amplitud con la que cabe la incorporación de resultados genéticos ha de ser objeto de crítica, pues no se compadece bien con el principio de proporcionalidad. Es más, existían no sólo modelos en el Derecho comparado a los que acudir, sino que también las iniciativas legislativas presentadas con anterioridad en el Parlamento español establecían adecuadas limitaciones al respecto.

Comenzando por la Recomendación Nº R (92) 1 del Consejo de Europa, hemos indicado que la misma prescinde de cualquier limitación a la hora de permitir el recurso a los análisis de ADN, aunque la misma ha de interpretarse desde la perspectiva del derecho a la defensa tal como se afirma en su memoria explicativa. Pero llegada la hora de incorporar los resultados genéticos obtenidos a bases de datos o ficheros, establece con una mayor restricción que la conservación de los datos de ADN se subordina a que se trate de infracciones graves contra la vida, la integridad y la seguridad de las personas. Siguiendo la estela de dicha Recomendación, la Proposición de Ley de 21 de febrero de 1995 presentada por el Grupo Parlamentario Popular concretaba que la conservación de los resultados de los análisis de ADN resultaba admisible tratándose de delitos contra la vida y la libertad sexual de las personas. Similares limitaciones se establecen en ordenamientos próximos como el alemán, donde el § 81g StPO condiciona el almacenamiento de los resultados genéticos a que se trate de hechos penales de relevante significado, citando a título ejemplificativo los delitos contra la libertad sexual, las lesiones corporales graves, los robos igualmente graves y la extorsión.

No nos cabe la menor duda de que una interpretación correcta de las exigencias del principio de proporcionalidad ha

de conducir a la limitación de que el almacenamiento de los resultados genéticos queda condicionado a que se trate, al menos, de infracciones de entidad. El Borrador, en nuestra opinión, ha de ser objeto de la oportuna matización al respecto.

2. Momento procesal de la incorporación de los perfiles de ADN a la base de datos

Otra de las limitaciones a la incorporación de los resultados genéticos a ficheros automatizados es la procedente de la concreción del momento procesal a partir del cual cabe materializarse aquélla. Como se ha apuntado con anterioridad, el principio de proporcionalidad exige la existencia de indicios fundados o serios de participación en un hecho punible para que se admita la práctica de análisis de ADN. Nos hemos mostrado en contra de que puedan practicarse análisis masivos que afectan a un grupo amplio de personas con fundamento en criterios que no son los de estricta existencia de indicios incriminatorios. ¿Significa esto que los resultados de los análisis practicados respecto de esa persona pueden incorporarse sin más a bases de datos? ¿Qué ocurre si más tarde desaparecen o debilitan los indicios existentes contra dicha persona?

Parece lógico que el almacenamiento de los resultados genéticos se sujete a la existencia de un juicio sobre la probable participación del sujeto en cuestión en el hecho punible. Ahora bien, si nos conformamos con el juicio provisional existente en el momento de acordar la medida, puede ocurrir lo que acabamos de mencionar: que los indicios desaparezcan o debiliten o no se pruebe suficientemente en el juicio la participación de dicha persona. Caben por lo tanto varias alternativas, por ejemplo, la que acabamos de mencionar consistente en incorporar la información genética en un momento inicial del proceso cuando existen solamente indicios fundados contra un persona o la consistente en condicionar dicho almacenamiento

a que recaiga una decisión definitiva acerca de la participación de esa persona en el hecho penal. La primera de estas alternativas resultará, sin duda, más eficaz en relación con la finalidad perseguida mediante el fichero. La segunda, en cambio, presenta más garantías desde el punto de vista de los derechos a la protección de los datos personales del afectado.

Como antecedente sobre la cuestión podemos mencionar que la Recomendación N° R (92) 1 condiciona el almacenamiento de los resultados genéticos a que la persona afectada haya sido declarada culpable del hecho imputado. La única salvedad que se establece en la misma está conectada con los delitos contra la seguridad del Estado, ya que en este caso el Derecho interno de los Estados miembros puede permitir la conservación de aquéllos aunque la persona afectada no haya sido, siquiera, formalmente inculpada. Nuevamente se deja notar la influencia de dicha Recomendación en la redacción del Borrador, pues su art. 17 condiciona la inclusión de los perfiles de ADN a que aquéllos correspondan a condenados por delitos dolosos.

De cualquier modo, dicha regla general es objeto de excepciones no en todo caso fácilmente justificables. En primer lugar no parece lógico que se admita como excepción la no necesidad de que la sentencia condenatoria sea firme. Por un lado, para que la presunción de inocencia se desvirtúe definitivamente resulta precisa la firmeza de la resolución y resulta factible que como consecuencia de los recursos de apelación o de casación o, incluso, de amparo ante el Tribunal Constitucional se declare la indebida desvirtuación de la presunción de inocencia por inexistencia o insuficiencia de actividad probatoria o por no haberse respetado las debidas garantías procesales en la práctica de la misma. En la medida en que resultan implicados varios derechos fundamentales, no es de extrañar que pueda recaer incluso una declaración de ilicitud probatoria conforme al art. 11.1 LOPJ.

Siguiendo con las excepciones a la regla general de la condena, resulta igualmente criticable que se permita el almacenamiento de los resultados genéticos cuando la ausencia de condena está motivada por la declaración de rebeldía (art. 17). Conviene tener presente que en el ordenamiento procesal penal español no cabe juzgar al acusado por delitos en su ausencia, salvo las limitadas previsiones contenidas para el procedimiento abreviado. Se estaría justificando, pues, que los análisis genéticos practicados acerca de una persona respecto de la cual ni siquiera se ha desarrollado actividad probatoria incriminatoria puedan ser objeto de almacenamiento. Con ello se conseguiría simplemente contrastar que las muestras corporales halladas en el lugar de la comisión de futuros posibles delitos de autor desconocido pertenecen al rebelde, pero sin que dicho contraste tuviera efectividad probatoria alguna al encontrarse el sospechoso en dicha situación procesal.

Más justificable parece la excepción que admite el almacenamiento de datos genéticos sin sentencia condenatoria cuando la ausencia de ésta se debe a la concurrencia de causas de inimputabilidad o inculpabilidad. En efecto, en estos supuestos ha existido actividad probatoria que acredita la participación del acusado en el hecho criminal, pero la concurrencia de circunstancias eximentes impide que recaiga una sentencia en el sentido indicado.

3. Conservación de las muestras y datos: su destrucción y cancelación

Por último, procede hacer un comentario acerca de uno de los aspectos esenciales en materia de tratamiento de datos de carácter personal: el carácter limitado del almacenamiento de los datos. La LOPDP 15/1999 establece al respecto que “los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados” (art. 4.5.I) y que

no serán conservados en forma que permita la identificación del interesado “durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados” (art. 4.5.II). Del mismo modo, dispone el art. 16.5 del mismo cuerpo normativo que “los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables (...)”.

En consonancia con esta lógica limitación temporal, el Borrador distingue a los efectos de conservación según se trate de muestras corporales o de los datos genéticos. En relación con las muestras y su período de conservación, prevé el art. 16 del Borrador que “concluido el período que se establezca para el contraanálisis y con la autorización judicial correspondiente, se procederá a la destrucción de las muestras”. En idéntico precepto, pero en párrafo distinto, se añade que “previa autorización judicial, se podrá prolongar el período de conservación de las muestras en tanto recaiga resolución que ponga fin al procedimiento o cuando otras circunstancias especiales aconsejen una mayor dilación”.

La autorización judicial parece lógica cuando se trata de prolongar el plazo de conservación de las muestras, pero resultaría conveniente prescindir de ella en los supuestos en que proceda su destrucción, pues ninguna garantía se añade mediante ella presentando, en cambio, el inconveniente de la mayor dilación. El tratamiento sobre la materia parece más acertado en la Recomendación N° R (92) 1. En efecto, en la misma se distingue según se trate de muestras procedentes de persona conocida o no. Como regla general se prevé que las muestras no deberán conservarse una vez adoptada una decisión definitiva en la causa en que aquéllas hayan sido utilizadas. Pero, excepcionalmente, podrán conservarse por un período más largo cuando las muestras no pueden ser atribuidas a una persona conocida. Parece que la razón que impulsa a la conservación de las muestras y no sólo de los perfiles de ADN responde a la

necesidad de tutelar el derecho a la defensa y a la contradicción del futuro acusado y concretamente de su derecho a solicitar una contrapericia o contraanálisis.

Cuando las muestras procedan de una persona conocida es ésta la que puede solicitar que se prolongue su conservación. También en este caso la razón de la prórroga obedece a una mejor tutela de la posición del imputado, pues, como reconoce la memoria explicativa de la Recomendación, puede estar éste interesado en acreditar la existencia de algún error judicial.

En relación con la conservación de los datos o perfiles de ADN las previsiones del Borrador mejoran sensiblemente las contenidas en anteriores iniciativas legislativas. En efecto, la Proposición de Ley de 1995 establecía plazos genéricos de conservación de 10 años o de 20 cuando, en este último supuesto, lo solicitara la persona afectada o las muestras no pueden ser atribuidas a un individuo concreto. Como podemos apreciar, los plazos no tienen en consideración la distinta gravedad de los hechos punibles que motivan el almacenamiento. Por este motivo, estimamos acertado lo dispuesto en el Borrador (art. 20) pues se evita un sistema de plazos comunes y, de forma similar a como se ha actuado en Inglaterra y Gales, se hace coincidir la cancelación de los datos registrados en los ficheros con la cancelación de los antecedentes penales de los condenados.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO ALONSO, A. (2001): “Una década de perfiles de ADN en la investigación penal y civil en España: la necesidad de una regulación legal”, *Estudios de Derecho Judicial*, “*Genética y Derecho*”, núm. 36, págs. 69-94.

BENÍTEZ ORTIZ, J. (2001): “Intervenciones en el Genoma Humano: el ADN recombinante”, *Estudios de Derecho Judicial*, “*Genética y Derecho*”, núm. 36, págs. 95-103.

- CARRACEDO ÁLVAREZ, A. (1995): “La huella genética”, *Genética humana. Fundamentos para el estudio de los efectos sociales derivados de los avances en genética humana*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, págs. 295-326.
- CASTELLS ARTECHE, J.M. (1991): “La limitación informática”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, “De los derechos y deberes fundamentales”, (MARTÍN-RETORTILLO coord.), Civitas, Madrid.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (1994): “Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual”, *La Ley*, Tomo 3, págs. 814-825.
- CORBELLÁ I DUCH, J. (1999): “El derecho fundamental a la intimidad personal en el ámbito penitenciario”, *La Ley*, núm. 4733, págs. 1-9.
- DARIO BERGEL, S. (1998): “Derechos humanos y genética: los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos”, *Rev.Der.Gen.H.*, núm. 9, págs. 37-57.
- DE OTTO Y PARDO, I. (1988): “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, *Derechos fundamentales y Constitución*, (con MARTÍN-RETORTILLO), Civitas, Madrid.
- DE SOLA, Carlos (1994): “Privacidad y datos genéticos: situaciones de conflicto (I)”, *Rev.Der.Gen.H.*, núm. 1, págs. 179-190.
- ESER, Albin (1985): “Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán”, *ADPCP*, núm. II, págs. 347-364.
- ETXEBERRIA GURIDI, J.F. (1998): *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*, Agencia de Protección de Datos, Madrid.

- ETXEBERRIA GURIDI, J.F. (1999): “La inadmisibilidad de los «tests masivos» de ADN en la investigación de hechos punibles”, *Actualidad Penal*, núm. 28, págs. 541-570.
- ETXEBERRIA GURIDI, J.F. (2000): *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada.
- ETXEBERRIA GURIDI, J.F. (2001): “Reflexiones acerca del Borrador de Anteproyecto de Ley Reguladora de las Bases de ADN”, *Rev.Der.Gen.H.*, núm. 14, págs. 55-95.
- FRIGINAL FERNÁNDEZ-VILLAVERDE, L. (1981): *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Montecorvo, Madrid.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (1990): *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. (2001): “Bases de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”, *Estudios de Derecho Judicial*, “Genética y Derecho”, núm. 36, págs. 105-132.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1987): “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *REDC*, núm. 20, págs. 35-82.
- LEMKE, Michael (1999): *Heidelberger Kommentar zur Strafprozeßordnung*, 2., neubearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg.
- LLEDÓ YAGÜE, F. (1994a): “La identificación de la persona: ética y genoma. El ADN como factor de identificación”; 2ª parte del trabajo “La identificación de la persona: ética y genoma. Problemas relacionados. La investigación de la paternidad y las pruebas genéticas. El ADN como factor de identificación: El derecho ante el Proyecto Genoma Humano”, (con ROMEO CASABONA), *Cuadernos de Derecho Judicial*, “La filiación: su régimen jurídico e inciden-

cia de la genética en la determinación de la filiación”, CGPJ, Madrid, III, págs. 401-488.

LLEDÓ YAGÜE, F. (1994b): “La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994”, *Rev.Der.Gen.H.*, núm. 1, págs. 203-212.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. (2001): “Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal”, *Estudios de Derecho Judicial*, “*Genética y Derecho*”, núm. 36, págs. 133-207.

LORENTE ACOSTA, J.A./LORENTE ACOSTA, M. (1995): *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Comares, Granada.

MALEN SEÑA, J.F. (1995): “Privacidad y mapa genético”, *Rev.Der.Gen.H.*, núm. 2, págs. 125-146.

ORTÍ VALLEJO, A. (1994): “El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, págs. 305-332.

QUEVEDO, Alina (1997): *Genes en tela de juicio. Pruebas de identificación por ADN: de los laboratorios a los tribunales*, McGraw-Hill, Madrid.

RADEMACHER, Christine (1989): “Zur Frage der Zulässigkeit genetischer Untersuchungsmethoden im Strafverfahren”, *StrV*, núm. 12, págs. 546-551.

RIPOL CARULLA, S. (1997): “La protección de los datos médicos y genéticos en la normativa del Consejo de Europa (Parte II)”, *Rev.Der.Gen.H.*, núm. 6, págs. 111-140.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, R. (2001): “Los análisis genéticos: su capacidad predictiva”, *Estudios de Derecho Judicial*, “*Genética y Derecho*”, núm. 36, págs. 223-235.

- ROMEO CASABONA, C.M. (1993): “El Proyecto Genoma Humano: Implicaciones jurídicas”, *Ética y Biotecnología*, (GAFO coord.), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, págs. 167-201.
- ROMEO CASABONA, C.M. (2001): “Protección jurídica del genoma humano en el Derecho Internacional: El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina”, *Estudios de Derecho Judicial*, “Genética y Derecho”, núm. 36, págs. 295-328.
- RUIZ MIGUEL, C. (1995): *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid.
- RUIZ MIGUEL, C. (2001): “Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación”, *Estudios de Derecho Judicial*, “Genética y Derecho”, núm. 36, págs. 13-68.
- URIOSTE AZCORRA, M. (2001): “Consejo genético y diagnóstico prenatal”, *Estudios de Derecho Judicial*, “Genética y Derecho”, núm. 36, págs. 209-221.

**LA AGENCIA DE PROTECCIÓN
DE DATOS
COMO INSTRUMENTO
DE GARANTÍA
DE LOS DERECHOS
DE LOS CIUDADANOS**

ANA ROSA GONZÁLEZ MURUA
*Profesora de Derecho Constitucional de
la Facultad de Derecho de la UPV/EHU*

“Las ‘razones’ para rechazar a un candidato:

- **Extranjero, gordo, morenete. Parece Pancho Villa, pero hambriento.**
- **Extranjero. En la realidad es igual, da miedo, parece un indio.**
- **No, por gitana y fea.**
- **Vive en Parla y es fea.**
- **No, por mayor.**
- **No, macarra. Chupa de cuero.**
- **Está como una regadera. Padre alcohólico, vivió en residencia de la comunidad. Custodia de su hija por la comunidad de Madrid. Ha tenido menos suerte que Pascual Duarte en la vida.**
- **Sudamericano, color oscuro sin ser negro, café con leche, largo de café.”**

Estos son algunos ejemplos de unas notas manuscritas que aparecieron grapadas junto a las más de 250 solicitudes de empleo dirigidas a la cadena de supermercados Sánchez Romero de Chamartín.

Tal asunto vio la luz el día 3 de julio, cuando la Cadena Ser hizo público que una periodista de la emisora había encontrado, de manera casual, hacía un mes, tirados en unas bolsas de basura, estos currículos junto a una serie de anotaciones xenófobas y denigrantes en las que se descalificaba a los aspirantes por su raza, origen racial o por su aspecto físico.

Como hemos mencionado, este caso se desvela el día 3 de julio. Al día siguiente, toda la prensa del Estado se hacía eco del mismo. Era la víspera de mi participación en la “**Jornada de derechos humanos y nuevas tecnologías**”, y me pareció sumamente interesante traer esta noticia a colación para ilustrar la exposición que tenía por título: “**La Agencia de Protección de Datos como instrumento de garantía de derechos fundamentales**”.

Si bien el asunto de por sí sólo ya revestía suficiente gravedad, es que además, y junto a estas solicitudes de empleo con las mencionadas notas peyorativas, se encontró en la basura un listado de bolsa de trabajo del Ayuntamiento de Alcobendas y es aquí, y por este motivo, donde la Agencia de Protección de Datos entraba en juego.

La Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid ha abierto expediente informativo para ver si algunos listados con datos personales de más de cien personas han salido de los ficheros informáticos del consistorio de Alcobendas.

Sobre la Agencia de Protección de Datos, tanto sobre la estatal como sobre la de la Comunidad de Madrid, volveremos más tarde, pero creo que puede resultar clarificador para el mejor entendimiento de esta institución realizar un breve excursus (pidiendo disculpas de antemano por las matizaciones que deberemos obviar) acerca de la evolución de la protección de datos de carácter personal en España desde la aprobación del texto constitucional hasta nuestros días.

1. BREVE EXPOSICIÓN SOBRE LA EVOLUCIÓN DOCTRINAL, LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS EN ESPAÑA EN LOS ÚLTIMOS VEINTICINCO AÑOS. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

El art. 18.4 de la Constitución española establece:

“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

Cuando el constituyente en 1978 redactó este precepto, no podía ni con mucho imaginar el desarrollo tecnológico que iniciaría este país y menos aún los niveles que alcanzaría veinte años después. Durante el debate constitucional pocas personas aportaron algo de luz, pocos fueron los que a vezaban que el derecho que se debía proteger frente a la invasión informática no sólo era la intimidad. Por ello, no me resisto a citar textualmente un fragmento de una intervención de Roca Junyet que, a pesar del paso del tiempo, cobra plena actualidad:

“Cuando la Ponencia limita este uso a los datos que pueden 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 por parte 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 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 situa-

ción de inferioridad y desigualdad frente a los ciudadanos. Por esta razón nosotros insistimos en nuestra enmienda que fundamentalmente supone el incorporar entre los límites de la informática el de que se garantice el pleno ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos.”

Por tanto, se pone el énfasis en que la informática puede afectar no sólo a la intimidad, sino a todos los derechos; en este sentido, y gracias a la enmienda de minoría catalana, se introdujo esta coletilla final en el artículo 18.4: *“el pleno ejercicio de sus derechos”*.

Situado el debate en estas coordenadas, diversos juristas e informáticos han estudiado en los años siguientes la relación informática-derechos y libertades. Así, cabe destacar al profesor Pérez Luño, que en sus trabajos empieza a utilizar la expresión “derecho a la autodeterminación informativa” (haciendo referencia al nacimiento en Alemania de un nuevo derecho de construcción jurisprudencial); a Castells Arteche; a Heredero Higuera; a Jiménez Escobar (no puede ser más elocuente el título del artículo suyo “Informática y derecho a la intimidad: una concepción que debe arrumbarse”); a López Garrido; y a Lucas Murillo de la Cueva. Este constitucionalista escribe una monografía en el año 1990 titulada: *El derecho a la autodeterminación informativa*, derecho que encuentra su sede constitucional *ex artículo 18.4* y el cual tendría como objeto preservar la información individual (íntima y no íntima), y todo ello dotando a la persona de un haz de facultades para que pueda controlar el uso de dicha información (consentimiento, derecho de acceso, rectificación, impugnación, etc.).

¿Cuál ha sido la evolución en el desarrollo normativo del artículo 18.4?

Hasta 1992 no se publica en España la primera ley de protección de datos. La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD) nace tarde y nace mal.

Nace tarde: Durante este largo período de catorce años se asiste al fracaso de distintas iniciativas legislativas, alegándose siempre que no existía indefensión, que no se detectaba una especial sensibilidad ciudadana, etc., hasta que varios factores (entre otros: el incumplimiento de las obligaciones contraídas por la ratificación del Convenio 108 del Consejo de Europa sobre protección de datos, la adhesión de España a los Acuerdos de Schengen), pero de forma determinante la Propuesta de Directiva Comunitaria, han obligado a sacar esta ley adelante si no se quería quedar excluido de este espacio europeo uniforme.

Nace mal: Excedería con mucho las pretensiones de este trabajo analizar los diversos puntos “flacos” de la Ley, sobre los que además la doctrina ha escrito muchísimo, pero quizás sí convenga retener el dato de que, precisamente por su dudosa constitucionalidad, recurrieron dicha Ley el Defensor del Pueblo, el Grupo Parlamentario Popular, el Consejo Ejecutivo de la Generalitat y el Parlament de Catalunya.

Pero es que, además, en 1995 se aprueba la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación. La LORTAD había sido un reflejo de lo que se debatía en Europa en el año 1992 cuando ésta era una propuesta de directiva. El texto final era diferente, mostrándose ciertas contradicciones con la norma española y, si bien en un principio se pensó en una modificación parcial de la LORTAD para la necesaria transposición, a la vista de las más de cien enmiendas que se presentaron al proyecto inicial, se optó por la aprobación de una nueva ley. Desde entonces, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) se convertirá en el primer texto normativo de referencia, el cual, a pesar del momento histórico brindado para subsanar los errores de la LORTAD, reproduce los mismos defectos que la ley del 92, tan criticados por el Grupo

Popular en aquella época, hasta el punto de recurrir al Tribunal Constitucional, pero que al gozar en este momento de una mayoría parlamentaria repite sin ninguna contemplación. Afortunadamente el Defensor del Pueblo interpone recurso de inconstitucionalidad contra la ley del 99 en parecidos términos a como lo había acometido siete años antes.

¿Cómo resuelve el Alto Tribunal tal cúmulo de recursos interpuestos a la LORTAD y a la LOPD? Aunque más tarde volvamos a hacer referencia a la STC 290/2000, de 30 de noviembre, en lo que se refiere a los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas, queremos señalar ahora que el Tribunal Constitucional declara la pérdida sobrevenida del objeto de los recursos interpuestos al haberse derogado la ley recurrida (LORTAD) y en ese mismo día, en la STC 292/2000, declara la inconstitucionalidad y la nulidad de los preceptos interpuestos por el Defensor del Pueblo de la Ley Orgánica 15/1999 (LOPD).

Ya hemos visto anteriormente, casi de manera telegráfica, cuál ha sido la evolución de la doctrina en esta materia, pero, brevemente y antes de pasar a la exposición de algunos aspectos relevantes de la Agencia de Protección de Datos, quisiera dejar constancia de la visión que, sobre esta problemática, han tenido el legislador y el Tribunal Constitucional.

En cuanto a la LORTAD, cabe destacar en su exposición de motivos (exposición de motivos que, como se ha señalado desde de la doctrina, contiene un catálogo de intenciones y es mucho más progresista que lo que luego resultara el articulado) la distinción entre intimidad y privacidad.

“Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más reservadas a la vida cotidiana ... la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de signi-

ficación intrínseca pero que, coherentemente, enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.”

Si bien diversos autores han visto gran similitud entre lo que el legislador llama privacidad y lo que se ha venido denominando derecho a la autodeterminación informativa, y sin entrar en más valoraciones, pues sobre este particular ya ha habido bastantes opiniones doctrinales, creo que la segunda de las expresiones es más completa, contiene una formulación más rigurosa, haciendo más hincapié en la vertiente activa, de control de la información.

Huérfana de exposición de motivos se encuentra la LOPD; también desaparece del objeto de esta ley del 99 la referencia expresa al artículo 18.4 CE que sí se recogía en lugar destacado en la LORTAD. En esta nueva legislación únicamente se establece que su objeto es *“garantizar y proteger, en lo que concierne el tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”*.

En cuanto a la jurisprudencia constitucional, la evolución ha sido más evidente. Muy brevemente comentado, pues todo este importante bagaje del Tribunal Constitucional ha sido objeto de sucesivos estudios por diversos autores, podemos recalcar lo siguiente: desde las primeras sentencias, todavía muy estrechamente ligadas al concepto de intimidad (entre ellas, STC110/84), pero donde se van apuntando ya los riesgos de las nuevas tecnologías en el ejercicio de los derechos, pasando por la STC 254/93, en la cual ya se habla de “libertad informática”, aunque se sigue manejando todavía un concepto amplio de intimidad, y tras pronunciamientos posteriores a finales de los años noventa (STC 94/98, 126/98, etc.), se llega a la STC 292/2000, que marca un hito histórico con respecto al derecho a la protección de datos. Lo más remarcable de esta sentencia

sería el reconocimiento de un derecho a la protección de datos como un derecho fundamental e independiente en el sistema constitucional, porque su objeto no es sólo la intimidad, sino los datos de carácter personal y donde al titular se le atribuyen un haz de facultades a saber el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos, derecho de acceder, rectificar y cancelar; en definitiva, derecho a disponer de sus datos.

Tras más de veinte años de debate doctrinal, evidentemente, en nuestra opinión, el verdadero motor de esta evolución se viene a reconocer por el Tribunal Constitucional un derecho fundamental e independiente a la protección de datos que viene a coincidir en su contenido con la reivindicación que, para el derecho constitucional español y ya en el año 1990, propugnaba el profesor Lucas Murillo de la Cueva: el derecho a la autodeterminación informativa.

Por otra parte, y coetáneo en el tiempo con esta sentencia, el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión ha querido establecer también el derecho a la protección de datos como un derecho independiente:

«1. Toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que la conciernan.

2. 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 su rectificación.

3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de la autoridad independiente.»

Por lo tanto, se reconoce el contenido mínimo de un derecho a la protección de datos y la existencia de esa autoridad de control, que en nuestro caso es la Agencia de Protección de Datos, objeto de nuestro análisis a renglón seguido.

2. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS ESTATAL

Si bien el Convenio 108 del Consejo de Europa hacía referencia a la obligación de designar una autoridad de control, no va a ser hasta 1992 cuando la derogada LORTAD crea la Agencia de Protección de Datos. Posteriormente, en el año 1993 se le dota de un estatuto propio (Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo) y se nombran el consejo consultivo y el primer director de la agencia. LA LOPD vuelve a regular esta institución, que no sufre excesivas modificaciones, pero que, en cualquier caso, y en la medida que nos interese para el enfoque de este análisis iremos constatando. Nueve años, por tanto, de funcionamiento de la Agencia Estatal y dos directores durante este tiempo son experiencia suficiente para llegar a algunas conclusiones.

Excedería las pretensiones de este trabajo analizar todos los aspectos relativos a la Agencia de Protección de Datos, por eso hemos elegido hablar de este órgano como institución de garantía de derechos fundamentales, centrándonos en algunos puntos que nos parecen más cercanos, más interesantes al ciudadano y obviando, o pasando por encima, otros más técnicos o más complejos.

Por otra parte, al tratarse de una jornada organizada en colaboración con la institución del Ararteko, consideramos que las referencias al Defensor del Pueblo y a sus homólogos autonómicos y su relación con la Agencia o agencias de protección de datos cobran todo su sentido.

Para comenzar, quisiera despejar una duda preliminar: ¿Por qué no se optó por ceder al Defensor del Pueblo las competencias de control ante una vulneración del art. 18.4?

En primer lugar, si bien es cierto que el Defensor puede supervisar la actividad de la Administración, por tanto, los ficheros públicos, no podría hacerlo con respecto a los ficheros de titularidad privada. Por ello, parecía mucho más coherente

crear un órgano *ad hoc* y especializado que, con carácter unitario, se dedicara en exclusiva al cumplimiento de la protección de datos.

En segundo término, ello no obsta, para que todos los Defensores, tanto estatales como autonómicos, sigan teniendo competencia en lo que se refiere a la supervisión de la Administración Pública cuando se vulnere el derecho a la protección de datos. Pero, como tendremos ocasión de ver más tarde, las funciones de las agencias y de los Defensores no son las mismas, aunque sí se complementan y sus relaciones deben obedecer al principio de colaboración.

Centrándonos de nuevo en la Agencia de Protección de Datos estatal, se ha de decir que ésta se configura como un ente de derecho público, el cual actúa con independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones, y cuya misión es velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición (este derecho no aparecía en la LORTAD y sí en la LODP, ya que la Directiva del 95 así lo recogía) y cancelación de los datos.

Numerosas han sido las críticas a la supuesta independencia de esta institución (el nombramiento y cese del Director por el Gobierno, la elaboración también por este último del Estatuto de la Agencia, su relación con el Ministerio de Justicia, etc.). Sin embargo, lo cierto es que, aun compartiendo en buena medida estas dudas -y sin poder ahondar en este momento en tal asunto, que además ya ha sido tratado doctrinalmente-, en ésta, como en todas las instituciones, el carisma, la *autoritas* de la persona que lo preside dice mucho del desarrollo de la misma. No seré yo quien enjuicie la labor en estos años y de estos dos directores, pues de seguro que sobre los mismos habrá ya una opinión pública formada. Por otra parte, parece que en los últimos años existe una preocupa-

ción en demostrar una actuación independiente, prueba de ello son las comparecencias del director ante el Congreso, para presentar la memoria anual o para responder a las iniciativas de los grupos parlamentarios en cualquiera de las cámaras, así como la presentación también de esta memoria al Defensor del Pueblo.

Interesante sería detenernos en la estructura organizativa de la Agencia (Registro General, Consejo Consultivo, Subdirección General de Inspección de Datos, Secretaría General), mas no es éste el objetivo de esta exposición⁶⁹. Como a continuación veremos, sí se analizarán un poco más algunos aspectos de la Subdirección General de Inspección de Datos y de la Secretaría General. De momento, desearía destacar una idea -que creo que se ha ido trasluciendo a lo largo de estas páginas- y es el importante papel del Director de la Agencia, verdadero motor de la misma, pues *“la Agencia ejercerá sus funciones por medio del Director, a cuyo efecto los actos del Director se consideran actos de la Agencia”*.

¿Cuáles son las funciones de la Agencia de Protección de Datos?

La LOPD (al igual que lo hacía LORTAD) numera en su artículo 37 hasta catorce funciones que se le atribuyen a esta

69 En cualquier caso, el lector más avezado en estas materias sabrá bien a qué fuentes dirigirse para documentarse; pero por si es de su ayuda, al final de la exposición se indica una bibliografía básica que pueda servir para profundizar sobre estos y sobre otros puntos en los cuales no podemos detenernos.

También quisiera destacar, por su claridad en la exposición y por tratarse de unos documentos que nos recogen la actividad, la puesta en práctica de esta institución las memorias que cada año publica la Agencia de Protección de Datos.

Asimismo, para todos, pero especialmente para los lectores que se inician en esta materia, recomiendo una visita a la página web de la Agencia Estatal, cuya dirección es www.agenciaprotecciondatos.org. Así lo puse de manifiesto en mi intervención en la mesa redonda y la visualización en directo de esta página creo que contribuyó enormemente a un mejor comprensión en el desarrollo de la exposición. He aquí, por tanto, algunas de las ventajas de las nuevas tecnologías.

institución (siendo el decimocuarto apartado un verdadero cajón de sastre: *n) Cuantas otras le sean atribuidas por normas legales o reglamentarias*), amén de otras funciones que se contemplan en otros preceptos de esta ley. Sin ánimo de exhaustividad, pondremos el acento en algunas de ellas.

Comienza el apartado primero con una formulación genérica, pues en realidad todas las demás funciones son concreción de ésta: «*a) Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de los datos.*»

Después hace referencia a la emisión de autorizaciones, a la obligación de dictar instrucciones y recomendaciones⁷⁰, a las medidas de adecuación o de cesación de tratamientos, al informe preceptivo que habrá de dictar sobre proyectos de disposiciones generales que desarrollen la ley (en este sentido y en relación con disposiciones que van a ser mencionadas en este trabajo o en otros estudios que se analizan en este libro, podríamos citar los siguientes informes: informe al anteproyecto de la Ley de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, informe al anteproyecto de la Ley de Creación de la Agencia Catalana de Protección de Datos o el informe al proyecto de orden ministerial por la que se regulan los ficheros automatizados de datos de carácter personal del Ministerio de Justicia sobre ADN), al requerimiento de ayuda o información de los responsables de ficheros, al cumplimiento de las funciones de la Ley de Función Estadística Pública, etc.

También cabría destacar la función de publicidad que se manifiesta en “*velar por la publicidad de la existencia de los*

70 Así, cabría destacar, por el enfoque del tema y por su importancia, la Instrucción 1/1998, sobre ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación, pero ha habido muchas más (p.e. sobre ficheros automatizados para acceder a casinos, salas de juego y bingo, sobre prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, etc).

ficheros de datos de carácter personal, a cuyo efecto publicará periódicamente una relación de dichos ficheros con la información adicional que el Director de la Agencia determine”, y en la redacción de una memoria anual y su remisión al Ministerio de Justicia (aunque, según la norma estatutaria, el destinatario final de la memoria habrá de ser las Cortes Generales).

No se han mencionado conscientemente algunas otras funciones, pues se han reservado para estudiarlas con más detenimiento en este lugar.

En este sentido, cabe destacar el apartado e) del artículo 37 LOPD: *“Proporcionar información a las personas acerca de sus derechos en materia de tratamiento de los datos de carácter personal”*. Esta función que el Estatuto encomienda a la Secretaría General, se ejerce a través del Área de Atención al Ciudadano. La atención se divide en dos partes: por un lado, la atención personalizada al ciudadano y por otro, la información a través de la página web de la Agencia (donde cabe destacar como novedad, un apartado de consultas más frecuentes (tales como envíos publicitarios, ámbito de aplicación de la ley, acceso ante la Agencia, inscripción de ficheros, etc., que permiten al ciudadano acercarse más a la institución y conocer mejor cuáles son sus derechos y obligaciones en materia de protección de datos).

Como los datos hablan por sí solos, diremos que esta área ha respondido de manera personalizada (en cualquiera de las modalidades que ésta puede realizarse: atención telefónica, presencial o por escrito) durante el año 2000⁷¹ casi 20.000 consultas, 5.000 más que durante 1999 y que ha habido más de un millón de accesos a su página web.

Sobre este particular apuntamos tan sólo un dato más: el 50% de las consultas ha sido en relación con el ejercicio de los

71 Manejamos la información obtenida de la Memoria del 2000, pues en el momento de escribir estas líneas se acaba de publicar la Memoria del 2001; nos encontramos a punto de recibirla pero todavía no hemos podido acceder a ella.

derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición; por ello, nos parece realmente importante que para hacer efectiva esta función informativa se intensifiquen las campañas de difusión a través de los medios de comunicación social con el fin de lograr una mejor concienciación de los derechos en materia de protección de datos.

En segundo lugar, otra función a la que deseamos dedicar una atención especial es la siguiente: *«d) Atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas.»*

Estas reclamaciones son llevadas a cabo por el procedimiento de tutela de derechos (previsto en el artículo 18 de la LOPD) y que se inicia cuando existen actuaciones contrarias a la ley y son vulnerados los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. En este sentido, resultan muy interesantes los distintos modelos de reclamaciones que se pueden encontrar en la página web de la Agencia.

- Reclamación por denegación del ejercicio del derecho de acceso.
(Por los siguientes motivos: a) No se ha contestado en el plazo de un mes desde la recepción de la solicitud; b) Se ha denegado el acceso completamente; c) No se ha contestado satisfactoriamente a la petición de acceso).
- Reclamación por denegación del derecho de rectificación.
(Por los siguientes motivos: a) No se ha contestado en el plazo de diez días; b) Se ha denegado la rectificación total o parcialmente sin justificación; c) Se ha denegado la rectificación total o parcialmente razonadamente; d) No se ha rectificado el dato de modo efectivo; e) Otros que habrá que especificar).
- Reclamación por denegación del derecho de cancelación.
(Por los siguientes motivos: a) No se ha contestado en el plazo de diez días; b) Se ha denegado la cancelación to-

tal o parcialmente sin justificación; c) Se ha denegado la cancelación total o parcialmente razonadamente; d) El responsable no ha procedido a la cancelación de los datos ; e) Otros que habrá que especificar).

Cabe subrayar que en el año 2000 de los 193 procedimientos iniciados sólo 15 se referían a las administraciones públicas, mientras que en cabeza se encontraban los sectores de solvencia patrimonial y crédito (44) y de empresas de telecomunicaciones (39).

Lo interesante de este procedimiento es que no se dirige inicialmente a la declaración de una infracción, sino a garantizar estos derechos, poniendo de relieve la potestad arbitral de esta institución. Como se ha señalado desde la doctrina *«la Agencia no es una simple oficina de quejas o reclamaciones. Es más bien el interlocutor cualificado a través del que se pone en marcha todo el aparato de la Ley en la función de la garantía que constituye la base de todo el sistema»* (Vizcaíno Calderón, 2001). Además se trata de un procedimiento gratuito (por tanto, como se dice en el lenguaje coloquial, *«No se pierde nada por intentarlo»*).

Por otra parte, en este año se han concluido 157 procedimientos de tutela de los derechos. El plazo máximo en que se debe dictar resolución expresa es de seis meses, si bien no hay que olvidar que contra las resoluciones del director procederá recurso contencioso-administrativo⁷², con lo cual, si el intere-

72 A este procedimiento, y también al procedimiento sancionador que veremos a continuación, hay que añadir la novedad introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: el restablecimiento del recurso de reposición contra los actos que ponen fin a la vía administrativa, con carácter potestativo. Con lo cual, se ha aumentado significativamente la carga de trabajo de la Agencia, especialmente de la Secretaría General de la Agencia, en cuanto que es el órgano encargado de calificar la pertinencia de las garantías presentadas por el recurrente con objeto de obtener la suspensión de la ejecución del acto impugnado. En cualquier caso y con respecto al año 2000, de los 113 recursos de esta clase presentados, sólo 2 han sido estimados al reconocerse por la Agencia error o apreciación indebida y 1 estimado parcialmente.

sado no queda conforme con la decisión de la Agencia cabrá recurrir a los tribunales.

Otra importante función es la potestad de inspección contemplada en el artículo 40 LOPD, la cual corresponde a la Subdirección General de la Inspección de Datos. Esta facultad consiste fundamentalmente en requerir y obtener información, así como examinar *in situ* los ficheros y sistemas informáticos en los que se traten datos de carácter personal. Estas inspecciones pueden efectuarse de oficio, pero también pueden tener su origen en una denuncia⁷³ de las personas afectadas.

Así, en el ejercicio de esta función se iniciaron 319 actuaciones de inspección, en su mayoría promovidas por denuncias presentadas por los ciudadanos ante la Agencia. De estos expedientes, de nuevo el sector más “investigado” es el de solvencia patrimonial y crédito (63).

A la Subdirección General de Inspección de Datos le corresponde también la función instructora, que no es más que la consecuencia obligada de lo establecido en el apartado g) del artículo 37: “*Ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos por el Título VII de la Ley*”. Se establecen dos procedimientos sancionadores: El procedimiento sancionador frente a responsables de ficheros de titularidad privada y el procedimiento por infracciones de las administraciones públicas. Pues bien, también conforme a la Memoria del 2000, durante ese año se iniciaron 31 procedimientos sancionadores a responsables de ficheros de titularidad pública frente a los 146 incoados en el sector privado.

Muy ilustrativas resultan las siguientes declaraciones del director de la Agencia a finales de mayo de este año y que además nos adelantan algunos de los datos de la Memoria del 2001:

73 Una vez más se puede obtener en la página web de la Agencia un modelo de denuncia sumamente sencillo (datos del denunciante, datos del denunciado, aportación de documentación, hechos que se denuncian...).

“...Por primera vez desde su creación en 1993, el importe de las sanciones impuestas en un año ha sido menor que el del anterior: 1601 millones de pesetas en 2001 (9,62 millones de euros) según la memoria del organismo, que en los próximos días será remitida al Congreso de los Diputados. Esta cantidad es resultado de 405 inspecciones (frente a las 319 del año anterior), que derivaron en 218 procedimientos sancionadores (frente a 177 en 2000).

El descenso en el monto de los castigos es resultado de un proceso, lento pero constante, de concienciación por parte de empresas sobre la necesidad de salvaguardar los ficheros, asegura Juan Manuel Fernández, director de la Agencia, que cuenta con el Consejo Superior de Cámaras de Comercio para divulgar las normas de seguridad.

Los sectores más sometidos a la labor inspectora fueron los de comercio electrónico (‘el que más guerra nos da, por la extraterritorialidad y el desconocimiento de los usuarios’), las tarjetas de fidelización de clientes de grandes superficies, seguros y los operadores de telefonía móvil.”⁷⁴

En definitiva, la Agencia de Protección de Datos, que puede imponer multas que van desde los 600 hasta los 600.000 euros, en función de la infracción cometida, ha visto como durante el año 2001 por primera vez ha descendido el montante total de las multas (obsérvese que han seguido aumentando las inspecciones y los procedimientos sancionadores) debido, parece ser, a un mayor conocimiento y sensibilización por parte de las empresas. Sin embargo, como se sabe, en materia de protección de datos “no se pueden poner puertas al campo” y, aunque estos procedimientos tanto sancionadores como de tutela de derechos son absolutamente imprescindibles, sin lugar a dudas, la labor preventiva debe ser una constante. En este sentido, todo lo que contribuya a la difusión de la legislación,

74 *El País*, 22 mayo de 2002.

de los derechos y obligaciones de los ciudadanos en esta materia (campañas y declaraciones en los medios de comunicación; organización de jornadas, seminarios, conferencias; formación en las escuelas e universidades; un buen diseño de la página web de la Agencia; la publicación de sus memorias; el apoyo de otros organismos -como hemos visto el Consejo Superior de Cámaras de Comercio para divulgar las normas de seguridad-, así como cualquier otra iniciativa) habrá de convertirse, en mi opinión, en objetivo principal.

3. LAS AGENCIAS DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. EN ESPECIAL LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

La Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid ha sido la primera y de momento la única agencia autonómica que ha comenzado su andadura.

Ya la LORTAD habilitaba a las comunidades Autónomas, y en materia de sus competencias, para crear órganos similares a la Agencia Estatal en su ámbito territorial. En este sentido, al amparo de la Ley de 1992, se aprueba el primer texto normativo donde se hace referencia a una agencia autonómica concreta: la Ley 13/1995, de 21 de abril, de regulación del uso de la informática en el tratamiento de datos personales por la Comunidad de Madrid, si bien va a ser su posterior modificación por la Ley 13/1997, de 16 de junio la que tenga por finalidad la creación formal de la misma. El límite legal que se establecía para dictar las normas de desarrollo reglamentario era el 24 de septiembre de 1997. Por fin, con cierto retraso, el 12 de febrero se aprueba el Decreto 22/1998, con el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. En cualquier caso, y mientras tanto, en julio de 1997 ya se nombraron los miembros del Consejo de Protección de Datos (el equivalente al Consejo Consultivo en la Agencia Estatal) quienes, en

sesión constitutiva y por unanimidad, propusieron al Presidente de la Comunidad de Madrid el nombramiento de la primera directora de la Agencia. Dos han sido también en este caso los directores de esta agencia autonómica y casi cinco años de trabajo avalan esta institución.

Al igual que en el caso de la Agencia Estatal, nos centraremos fundamentalmente en el análisis de esta autoridad de control autonómica desde el punto de vista de la tutela de los derechos.

Como hemos dicho más arriba, la primera Ley de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (Ley 13/1995) fue modificada parcialmente por la Ley 13/1997, de 16 de junio (también posteriormente por la Ley 6/1999, de 30 de marzo). El año pasado se ha aprobado la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal de la Comunidad de Madrid. Esta nueva norma recoge los cambios introducidos por la Ley Estatal de 1999 (LOPD) y, en lo que se refiere a la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, cabe destacar la ampliación del ámbito de actuación de esta institución que desde entonces no se extiende sólo a la administración autonómica, sino también a las entidades locales, corporaciones de Derecho público y universidades públicas del territorio de la Comunidad de Madrid.

Por tanto, y como primera observación, vemos una diferencia fundamental con respecto a la Agencia Estatal y es que su ámbito de aplicación queda exclusivamente reservado a los ficheros públicos de la Comunidad de Madrid (a pesar de la extensión arriba mencionada por la ley del 2001 a otras entidades queda vedado por completo el control de los ficheros de titularidad privada).

En relación a las competencias de las comunidades autónomas con respecto a los ficheros de titularidad privada, hemos de recordar -como ya dijimos- que la STC 290/2000, de 30 de noviembre, declaró la pérdida sobrevenida del objeto de

los recursos interpuestos al haberse derogado la ley recurrida (LORTAD). Sin embargo, el Tribunal Constitucional sí decidió centrar su estudio en las normas referidas a la existencia o inexistencia de una infracción del reparto competencial. Una vez más, hemos de decir que sobrepasa las intenciones de este trabajo entrar en el análisis de este asunto -que por una parte ya ha sido examinado por la doctrina y por el TC, y que, por otra, en mi opinión, es una tema no cerrado en el que hay que seguir profundizando, pues la experiencia autonómica hoy por hoy es muy escasa-; por ello, en este lugar intentaremos entresacar lo más relevante hasta nuestras fechas.

En primer lugar, hay que poner de manifiesto que ha sido la Comunidad Autónoma de Cataluña la única que mostró preocupación por la distribución de competencias en materia de protección de datos. En este sentido, como ya se mencionó, el Consejo Ejecutivo de la Generalitat y el Parlament de Catalunya presentaron recurso de inconstitucionalidad sobre este particular (si bien también recurrieron otros preceptos de la LORTAD que consideraban inconstitucionales y donde no quedaba afectado el binomio Estado-Comunidades Autónomas).

Entrando brevemente en materia, hay que señalar que por parte comunitaria se alegaba “que las actividades relativas a los ficheros automatizados no son en sí mismas el objeto de una materia competencial, sino que constituyen una actividad instrumental al servicio de otras actividades encuadrables dentro de otras materias sobre las que las comunidades autónomas pueden ostentar títulos competenciales”, y que, por tanto, permitiría el control de ficheros privados que hagan referencia a materias sobre las que se tenga competencia. A esto el Tribunal responde lo siguiente:

“La exigencia constitucional de protección de los derechos fundamentales en todo el territorio nacional requiere que éstos, en correspondencia con la función que poseen en nuestro ordenamiento (art. 10.1 CE), tengan una proyección directa

sobre el reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas ex art. 149.1. 1 CE, para asegurar la igualdad de todos los españoles... dicha exigencia faculta al Estado para adoptar garantías normativas y, en su caso, garantías institucionales... Y dado que la garantía de estos derechos, así como la relativa a la igualdad de todos los españoles en su disfrute, es el objetivo que guía la actuación de la Agencia de Protección de Datos, es claro que las funciones y potestades de este órgano han de ejercerse cualquiera que sea el lugar del territorio nacional donde se encuentren los ficheros automatizados conteniendo datos de carácter personal y sean quienes sean los responsables de los ficheros.”

Y la Sentencia concluye que, debido a los argumentos expuestos, se justifica que sea la Agencia de Protección de Datos estatal la que pueda “*ejercer las funciones y potestades a las que antes se hacía referencia respecto a los ficheros informatizados que contengan datos personales y sean de titularidad privada*”.

Vemos, por tanto, cómo el TC considera que las normas discutidas son conforme a la Constitución. También ésta ha sido la postura mayoritaria doctrinal, la cual opina que el sistema de la ley es el idóneo y aboga por la necesidad de que los ficheros privados -muchas veces imposibles de encuadrarlos geográficamente- queden bajo la tutela de la Agencia de Protección de Datos estatal. Sobre este punto, para terminar, sólo me reitero en lo dicho más arriba: No me parece un tema ni pacífico ni cerrado y así un sector doctrinal, fundamentalmente catalán, ha reclamado mayores competencias para las Comunidades Autónomas. Por ello y a pesar del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, habrá que esperar a la posición de las distintas autonomías, pues en la actualidad sólo esta en funcionamiento la Agencia de la Comunidad de Madrid, si bien - como posteriormente expondremos - en otras comunidades hay intención de poner en marcha esta institución próximamente

(Cataluña) o al menos su creación está dentro del calendario legislativo (País Vasco).

Centrándonos de nuevo en la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, se ha de reseñar que, al igual que la agencia estatal, se configura como un ente de derecho público que actúa en el ejercicio de sus funciones con plena independencia respecto de la Administración de la Comunidad de Madrid, y cuya misión es igualmente velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, oposición, rectificación y cancelación de los datos.

Con respecto a la independencia de esta institución, solamente queremos poner de relieve que se ha señalado por la doctrina que el Consejo de Protección de Datos cobra mayor protagonismo pues, además de órgano consultivo, es éste quien propone al Presidente de la Comunidad de Madrid el nombramiento del director de la agencia. La designación, por tanto, queda en manos del consejo, el cual al estar a su vez compuesto por miembros de diversa procedencia (representación de grupos parlamentarios, organizaciones sindicales, representantes de la Administración de la Comunidad de Madrid⁷⁵ ...) puede facilitar una mayor independencia.

Como hicimos, con respecto a la Agencia Estatal, no nos detendremos en la estructura organizativa de la Agencia Madrileña⁷⁶, si bien posteriormente analizaremos un poco más algunos aspectos de la Inspección de Datos y de la Secretaría General.

75 Desde la reforma del 2001, se pasa de tres a cinco el número de representantes de la Administración de la Comunidad de Madrid, y se nombran dos representantes de las entidades locales de la Comunidad de Madrid.

76 Para ello se recomienda igualmente una visita a su página web cuya dirección es: www.madrid.org/apdcm.

El artículo 15 de la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal de la Comunidad de Madrid, contiene hasta catorce apartados (el mismo número que la ley estatal), haciendo referencia además el decimocuarto a idéntica cláusula residual: *n) Cuantas otras le sean atribuidas por normas legales o reglamentarias.*

Comienza el apartado primero con una formulación genérica prácticamente coincidente a la de la LOPD: *a) Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de los datos, pero además añade: "...así como en lo relativo a la comunicación de datos personales entre las Administraciones Públicas a las que se refiere el artículo 2 de la presente Ley".* La mayoría de las funciones son redactadas de manera muy similar a como aparecen en el texto estatal: Obligación de dictar instrucciones precisas⁷⁷ para adecuar los tratamientos a los principios -y aquí se remite- "*a los principios contenidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en la presente Ley*"; informar con carácter preceptivo los proyectos de disposiciones generales⁷⁸ que desarrollen la Ley; recabar de los responsables de ficheros cuanta ayuda o información sea necesaria; velar por el cumplimiento de las funciones de la ley sobre estadística pública de la Comunidad de Madrid, etc. Por otra parte, es evidente que también nos vamos a encontrar con que, respecto a todas las funciones relativas a emisión de autorizaciones o el ejercicio del control y adopción de autorizaciones que procedan de los movimientos internaciona-

77 En las memorias no queda constancia de ninguna instrucción, aunque en la memoria del 2000 sí se recoge una resolución de la directora de la agencia en relación con la cesión de datos y la nómina de los empleados públicos de la Comunidad de Madrid.

78 En la memoria del 2001 se hace referencia a 14 informes preceptivos. Destacamos por su trascendencia el informe al Anteproyecto de Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

les de datos y a las referentes a la cooperación internacional en esta materia, la agencia madrileña no posee ninguna competencia, pues son atribuidas en exclusiva a la agencia estatal.

Interesante también resulta la función de publicidad que se manifiesta en *“velar por la publicidad de la existencia de los ficheros de datos de carácter personal, a cuyo efecto publicará anualmente una relación de los mismos con la información adicional que el Director de la Agencia determine, sin perjuicio de las competencias atribuidas al respecto a la Agencia de Protección de Datos del Estado”*, y en la redacción de una memoria anual de sus actividades que, en este caso, se remite al Gobierno y a la Asamblea de Madrid.

Hemos reservado, al igual que lo hicimos con la agencia estatal, una serie de funciones que consideramos que debemos destacar a la hora de hablar de la agencia como instrumento de tutela de los derechos. En este sentido, en una redacción muy similar a la de la LOPD, el apartado b) del artículo 15 de la ley madrileña se refiere a la función de *“Proporcionar a las personas información acerca de sus derechos reconocidos en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal”*. Al igual que en el caso de la agencia estatal, esta función se ejerce a través del Área de Atención al Ciudadano de la Secretaría General.

Durante el año 2001⁷⁹ se atendieron 1.560 consultas, mientras que en 2000 fueron 1.950. El medio que más utilizan los ciudadanos es la vía telefónica (60%) y se observa que, con respecto a años anteriores, ha aumentado el porcentaje de consultas realizadas a través del correo electrónico. También se realizaron casi 130.000 visitas a su página web. Si comparamos los datos con los que hacían alusión a las consultas recibidas en la agencia estatal -hablábamos de 20.000 consultas y de

79 En este caso, sí hemos tenido la fortuna de poder estar en posesión tanto de la memoria del 2001 como de la memorias anteriores y, por tanto, poder trabajar con ellas.

más de 1 millón de accesos a su página web-, nos parecen totalmente lógicos habida cuenta, por un lado, del ámbito territorial sumamente inferior de la Comunidad de Madrid y, por otro, que la agencia autonómica no tiene competencia en materia de ficheros de tipo privado.

En cualquier caso, hay que poner de manifiesto que de todas las consultas recibidas sólo un 35% de las mismas cabían dentro del ámbito de las competencias de la agencia madrileña, siendo el resto (65%) competencia de la agencia estatal, adonde fueron remitidas las personas consultantes. De las consultas se situaban en cabeza las relativas al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación (20%); las referentes a la legalidad y cómo actuar ante la inclusión en fichero de morosos (18%); y a la cesión de datos (15%). No hay, por tanto, gran diferencia entre el tipo de consultas que más se formulan en la agencia del Estado y en la Comunidad de Madrid. En este sentido, y como señalamos, se había introducido como novedad en la página web estatal un apartado de consultas más frecuentes; pues bien, la página web de la Comunidad también ha incluido un epígrafe similar denominado consultas (así aparecen preguntas y respuestas sobre el ámbito de aplicación de la ley madrileña, ficheros de morosos, etc.). Ni que decir tiene que todo esto permite al ciudadano acercarse más a la institución y conocer mejor sus derechos y obligaciones. Además, en la memoria del 2001 se pone de relieve la creciente inquietud del ciudadano, el cual solicita copia de las leyes vigentes, o se persona en la agencia madrileña, o pide la dirección de su página web para conseguir información.

Otra función a la que deseamos dedicar una atención especial es la siguiente: «*d) Atender las peticiones y resolver las reclamaciones formuladas por los interesados...*” Estas reclamaciones siguen -al igual que en la agencia estatal- el denominado procedimiento de tutela de derechos cuando son vulnerados los derechos de acceso, rectificación, cancelación y

oposición⁸⁰. Los distintos modelos de reclamaciones (por denegación del derecho de acceso, rectificación y cancelación, y sus motivos) se pueden encontrar en la página web de la Agencia de la Comunidad de Madrid y coinciden prácticamente con los de la estatal.

Del total de los 27 expedientes en tramitación en el año 2001, sólo 3 fueron por procedimientos de tutela de derechos, de los cuales 1 ha finalizado y 2 se encuentran pendientes. Durante el año 2000 tampoco fueron muchos más estos procedimientos: 4, de un total de 15 expedientes. Estas cifras, comparadas con los 193 procedimientos iniciados y 157 finalizados en el año 2000 por la agencia estatal, *a priori* pueden resultar muy bajas pero, como yo dijimos, el gran monto de procedimientos era los que tenían su origen en los responsables de ficheros de titularidad privada, pues tan sólo 15 de todos ellos se referían a la Administración pública. Como sabemos, la Agencia de la Comunidad de Madrid extiende su ámbito de actuación exclusivamente a la Administración autonómica, a las entidades locales, a las corporaciones de Derecho público y a las universidades públicas de su territorio; por ello, 15 procedimientos de tutela estatales frente a 4 ó 3 de la Comunidad de Madrid parece un porcentaje bastante equilibrado, habida cuenta del número de instituciones, órganos, entes públicos que integran la Administración pública estatal y los que integran la Administración madrileña.

Al igual que como se explicó al tratar la agencia estatal, este procedimiento de tutela es gratuito y en donde se pone de relieve la potestad arbitral de esta institución. También el plazo máximo en que se debe dictar resolución expresa es de seis meses y contra estas resoluciones procederá recurso contencioso-administrativo.

80 La Ley 8/2001 no recoge la denominada sección de interesados que se establecía en la ley de 95 y que consistía en el derecho reconocido a los ciudadanos para inscribirse en esta sección, como medio para facilitar en qué organismos de la Comunidad de Madrid podían estar recogidos datos de carácter personal del interesado.

En cuanto a la potestad de inspección -que en la Agencia de la Comunidad de Madrid corresponde a la Dirección de Registro e Inspección-, hemos de dejar constancia que durante el año 2001, de los 23 expedientes que tuvieron su causa en la posible vulneración de la legislación sobre protección de datos 15 fueron iniciados por denuncia de las personas afectadas y 8 se iniciaron de oficio. Durante el año 2000, por su parte, de 11 expedientes abiertos por esta causa 10 han sido por denuncia y uno de oficio. Comparadas estas cifras con las de las actuaciones de inspección iniciadas durante 2000, en la Agencia de Protección de Datos estatal -319- (las cuales mayoritariamente se han iniciado por denuncia) otra vez resultan escasas. Aquí hacemos la misma observación que hemos comentado con respecto a los procedimientos de tutela: la mayor parte de las investigaciones se realizan a sectores de actividad privada; al estarle vedada a la agencia autonómica la investigación de ficheros de titularidad privada -y, por tanto, ostentar competencia exclusivamente con respecto a aquellos de titularidad pública- y además en un ámbito territorial ostensiblemente menor, se comprenden fácilmente las cifras que nos ofrece la agencia de la Comunidad de Madrid.

Por otra parte, a esta inspección de datos le corresponde también la función instructora. Mientras que en la agencia estatal nos encontrábamos con dos procedimientos sancionadores: el procedimiento sancionador a responsables de ficheros de titularidad privada (y, que conforme a la memoria del 2000, se incoaron 146) y el procedimiento por infracciones de las administraciones públicas, en la agencia autonómica el primero de ellos no tiene cabida. Y así, hay que distinguir, por una parte, las actuaciones de investigación e instrucción llevadas a cabo en una fase previa al procedimiento por infracciones de las administraciones públicas -fase de actuaciones previas- y, por otra, las actuaciones propias de la apertura del procedimiento por infracción de administración pública, que se tramitará de acuerdo con lo previsto en la legislación estatal.

En cuanto a las cifras, hemos de decir que, conforme a la memoria de 2001 de la agencia de la Comunidad de Madrid, de 23 expedientes por posible vulneración de la legislación sobre protección de datos, 10 finalizaron por archivo en la fase de actuaciones previas, al no apreciarse vulneración de la legislación; 8 se encuentran pendientes en la fase de actuaciones previas; 1 está pendiente de resolución por parte del instructor, en el marco del procedimiento por infracción de la administración pública; y sólo 1 finalizó por resolución de infracción de la administración pública. En el año 2000 se señalaba que aún ninguno de los expedientes que había abierto hasta entonces la agencia había terminado en sanción, al comprobarse que los hechos no eran constitutivos de propuesta de expediente. Por su parte, la memoria de 2000 de la agencia estatal se refiere a 31 procedimientos por infracciones de las administraciones públicas -de los cuales han finalizado 22, más 5 procedimientos provenientes del año anterior-, si bien nos señala que se han producido 181 resoluciones de archivo, al comprobar que no constituyen infracción de la legislación en materia de protección de datos.

Tras todo este buen número de cifras ofrecido, quizás quepa llegar a algunas conclusiones -varias ya se han venido perfilando- con respecto a la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid como instrumento de tutela.

Es evidente que cuantitativamente los sectores con diferencia más denunciados, más investigados, que menos tutelan los derechos, los más sancionados, son los referentes a ficheros de titularidad privada. De estos ficheros, hoy por hoy y conforme a la STC 290/2000, se ocupa la Agencia de Protección de Datos estatal. La agencia de la Comunidad de Madrid exclusivamente es competente en el ámbito de la Administración autonómica, si bien desde 1999 también extiende su actuación a las entidades locales, corporaciones de Derecho público y universidades públicas de su territorio. Esto explica, en

buena parte, los escasos expedientes que se han tramitado en la agencia autonómica hasta finales del 2001. Por otra parte, es cierto que la memoria de ese mismo año señala que de los 26 expedientes registrados, 21 se iniciaron desde el 13 de junio hasta el 31 de diciembre; por lo tanto, se aprecia un sustancial aumento de las tareas de inspección de esta institución. Esto puede ser debido en buena medida a la ampliación de su ámbito de aplicación y también a que estamos ante una institución relativamente nueva y que, como vimos al tratar el área de atención al ciudadano, es ahora cuando éste comienza a conocer mejor sus derechos y denuncia o reclama cuando no le son respetados por las administraciones públicas.

Además, se ha de señalar que muchos de los procedimientos que la agencia estatal inicia tanto en investigación como en tutela de derechos o de sanción disminuirían notablemente -al menos porcentualmente- si se crearan las correspondientes agencias de protección de datos autonómicas y asumieran las funciones correspondientes en ficheros de sus propias administraciones. Un ejemplo es el siguiente: de los 31 procedimientos incoados en el año 2000 por infracciones de las administraciones públicas, 19 correspondían a la Administración autonómica y 3 a la Administración local.

Por último y sobre la agencia de la Comunidad de Madrid, quisiéramos apuntar una reflexión que también sirve para la agencia estatal -y en parte, en su momento, ya la señalamos- y es la importancia de la labor preventiva. Nos costa que la agencia madrileña ha sido constante en esta tarea.

Por una parte, esta institución autonómica ha formado y ha asesorado tanto a los responsables de ficheros como a los empleados públicos de la Comunidad de Madrid (reuniones con los coordinadores nombrados por la consejería o por la dirección general, sesiones informativas, formación de formadores, jornadas, seminarios). Consecuencia de ello debería ser un mejor conocimiento y respeto a la legislación sobre protección

de datos y, por tanto, una disminución de los procedimientos frente a estos responsables que se inicien por parte de la agencia.

Por otra, esta institución no puede olvidar que el ciudadano es el titular de estos derechos. De ahí la enorme trascendencia que cobran las campañas y declaraciones en los medios de comunicación; la organización de conferencias y jornadas; la labor del área de atención al ciudadano; la formación en las escuelas e universidades (en este sentido, la agencia madrileña tiene suscritos convenios de colaboración con distintas universidades); la presencia en internet; etc. El ciudadano, por tanto, más consciente de sus derechos es lógico que también denuncie y reclame más ante la agencia. Además, aunque algunas de las actividades sean específicamente diseñadas para tener como destinatarios a los responsables de los ficheros o a los ciudadanos, muchos otros de los medios utilizados -la página web, la publicación de sus memorias o la exposición en los diferentes edificios de la Comunidad de Madrid de carteles elaborados y distribuidos por la agencia, para informar sobre los derechos en materia de protección de datos- informan y sensibilizan o, al menos, eso se pretende, tanto a unos como a otros. Por ello, si bien lo utópicamente deseable -mas imposible- fuera que la agencia no tuviera que intervenir para resolver controversias, la realidad es otra. Esta tarea reparadora va a tener que seguir desempeñando su importantísimo papel, pero la labor preventiva debe -en la medida de lo posible- tratar de formar y concienciar para evitar las vulneraciones de derechos sobre la protección de los datos.

Para finalizar este epígrafe, sólo resta poner de manifiesto que la Ley 5/2002, de 19 de abril, crea la Agencia Catalana de Protección de Datos⁸¹. En estos momentos, se están redactando los estatutos de la agencia, con la idea de que en septiembre

81 *DOG C de 29 de abril de 2002, BOE de 14 mayo del 2002.*

esté el texto finalizado y antes de final de año haya consejo de protección de datos y director. No es éste el momento de realizar un examen de dicha ley, pero en mi opinión introduce importantes novedades. Como botón de muestra, parece constatarse un amplio ámbito de actuación: *Ejerce sus competencias en «relación a los ficheros creados por las Administraciones, los organismos y las entidades...cuando sean gestionadas por entidades públicas o privadas en la prestación de servicios públicos, sean o no concesionarias de éstos, o por asociaciones o fundaciones, o por las sociedades civiles o mercantiles en las cuales la Generalidad o los entes locales tengan la participación mayoritaria del capital...»* también reduce de seis a tres meses el plazo de contestación de las reclamaciones en procedimientos por tutela de derechos, etc.

Por su parte, la Comunidad Autónoma vasca viene trabajando en un anteproyecto de ley para crear la Agencia Vasca de Protección de Datos. Se ha anunciado dentro del calendario legislativo del Parlamento Vasco la intención de aprobar dicha norma. Otro asunto es que el difícil equilibrio de fuerzas parlamentarias y la delicada situación política -hoy por hoy- no facilite en absoluto ni el debate sereno ni la rápida aprobación de esta ley, para que en un breve período de tiempo podamos contar con una agencia de protección de datos en nuestra Comunidad.

4. LAS RELACIONES ENTRE LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS ESTATAL Y LAS AGENCIAS AUTONÓMICAS. SUS RELACIONES CON EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y CON SUS HOMÓLOGOS AUTONÓMICOS

La Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal de la Comunidad de Madrid, remite en va-

rias ocasiones a la LOPD y a la agencia estatal⁸². Así, entre sus funciones se pone de relieve la necesidad de colaborar con la Agencia de Protección de Datos del Estado “*en cuantas actividades sean necesarias para aumentar la protección de los derechos de los ciudadanos respecto a los ficheros de datos de carácter personal*”. Esta misma colaboración también la extiende a los “*órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas*”. En este sentido, las memorias de la agencia de la Comunidad de Madrid suelen resaltar la gran colaboración y apoyo que ha encontrado en la agencia estatal⁸³. La entrada en vigor de la LOPD ha determinado que ambas instituciones hayan intensificado el intercambio de información sobre la norma y los criterios para su mejor aplicación. Además, las dos entidades han colaborado en la difusión de la LOPD mediante la participación directa en seminarios públicos. No hemos de olvidar asimismo -como señalamos- la emisión en su momento por parte de la agencia estatal de un informe sobre el borrador de anteproyecto de Ley de Protección de Datos de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Por otra parte, sabemos que son diferentes los campos de actuación de la agencia estatal y la de la Comunidad de Madrid. Por ejemplo, citábamos al principio de este trabajo el *caso Sánchez Romero* y cómo la agencia de la Comunidad de Madrid había abierto un expediente para ver si algunos listados con datos personales habían salido de los ficheros informáticos del consistorio de Alcobendas, ya que sobre este particular sí es competente la agencia madrileña. Pues bien, hemos tenido

82 Así, se hace referencia a que periódicamente la Agencia de Protección de Datos remita a la Agencia de Protección de Datos del Estado el contenido del Registro de Ficheros de Datos Personales de la Comunidad de Madrid, o en algunas de sus funciones se añade la coletilla: “*sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Agencia de Protección de Datos del Estado*”.

83 La memoria del 2001 cita como ejemplo la firma de un convenio de colaboración específico, con el fin de implantar en la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid el sistema de notificación de inscripciones de ficheros por internet, del que actualmente dispone la Agencia de Protección de Datos estatal.

conocimiento de que la agencia estatal también ha iniciado un expediente para examinar los ficheros inscritos de esta cadena de supermercados, que al ser de titularidad privada recaen en su ámbito de aplicación.

Asimismo, parece que el ciudadano va teniendo bastante claro cuándo debe presentar una reclamación o denuncia ante la agencia estatal o ante la agencia de la Comunidad de Madrid. En el año 2000, la institución autonómica señalaba que de las denuncias tramitadas, 1 le fue remitida por la agencia de protección del Estado, mientras que ella le tuvo que remitir 6 denuncias al órgano estatal por ser de su competencia. Ya en la memoria de 2001, sólo fueron remitidas 2 denuncias a la agencia estatal, por ser competente para conocer el asunto planteado.

La Ley 5/2002, de 19 de abril, que crea la Agencia Catalana de Protección de Datos, también realiza remisiones a la Agencia Estatal⁸⁴. En este sentido, habla de la necesidad de colaborar con la Agencia de Protección de Datos del Estado, además de con el Síndic de Greuges o con cualquier institución y organismo de defensa de derechos de las personas, y prevé asimismo la posibilidad de suscribir convenios de colaboración con otros organismos similares de ámbito autonómico o estatal. Su memoria anual, que se presenta ante el Parlamento catalán, también se ha de remitir al Gobierno, al Síndic de Greuges y al director o directora de la Agencia de Protección de Datos del Estado⁸⁵.

Hasta que no se ponga en marcha la agencia catalana con su correspondiente director o directora, no podemos adelantar

84 A diferencia de la agencia de la Comunidad de Madrid, al referirse a sus funciones no introduce la coletilla: “*sin perjuicio de las competencias atribuidas al Agencia de Protección de Datos del Estado*”. Así exceptúa las transferencias internacionales de datos, pero no indica a quién corresponde esa competencia.

85 Es plausible la redacción de la ley catalana que, a diferencia de la estatal y de la madrileña, prevé la posibilidad de que quien dirija la agencia estatal o autonómica puede ser tanto hombre como mujer.

cómo van a ser las relaciones entre esta institución y la agencia estatal. En principio, en mi opinión -y como ya se ha dicho en su momento-, la imposibilidad por parte de las comunidades autónomas de controlar los ficheros de titularidad privada no me parece un tema ni cerrado ni pacífico. Por ello, es posible que por esta causa y por problemas competenciales que irán apareciendo, no me atrevo a asegurar con rotundidad que en el caso de Cataluña o Euskadi la relación entre las agencias autonómicas y la estatal sean tan fluidas como hasta el momento han sido con la institución de la Comunidad de Madrid.

Por otra parte, otra prueba de la necesaria colaboración entre las agencias autonómicas y la estatal es que, como se redacta en la LOPD, entre los miembros del consejo consultivo se debe encontrar un representante de cada Comunidad Autónoma que haya creado una agencia de protección de datos. En este sentido, la memoria del 2000 de la agencia estatal señalaba como miembro del mismo a la directora de la hasta ahora única institución autonómica de protección de datos: la de Madrid. A mediados del año 2001 causa baja esta directora en dicho consejo, por haber cesado en su cargo en la agencia de la comunidad; el nombramiento del actual director ha venido prácticamente a coincidir con el plazo en que había que renovar el consejo consultivo. A fecha de hoy, no se ha nombrado al nuevo consejo, aunque esperamos que esto se produzca en breve y que poco a poco se vayan incorporando los distintos representantes de las comunidades autónomas, en la medida en que se vayan creando sus respectivas agencias. De cualquier modo, nada obliga a que sea el director o directora de las agencias autonómicas el representante de su Comunidad, ya que la LOPD establece que se podrá proponer a la persona *“de acuerdo con el procedimiento que establezca la respectiva Comunidad Autónoma”*, pero nos parece lo más coherente que sean los directores y/o directoras de las agencias autonómicas los representantes de cada Comunidad Autónoma; así, es de esperar que formen parte de este nuevo consejo el actual director de la

Comunidad de Madrid y, en cuanto sea nombrado/a, el director o directora de la agencia catalana, de modo que, en la medida en que se vayan incorporando más representantes, estarán más presentes los asuntos que afectan a cada uno de estos órganos autonómicos. Además, no hay que olvidar que de este consejo consultivo sale el director o directora; por lo tanto, si bien no se atribuyen al consejo tantas funciones, sí pueden resultar importantes sus reuniones periódicas para una mejor coordinación y cooperación entre agencia estatal-agencias autonómicas, sin olvidar por supuesto -y algunos ya han sido nombrados-, los demás mecanismos que vienen funcionando y que en el futuro se articulen para llevar a cabo una eficaz colaboración.

Otro último asunto que queremos apuntar, aunque sea brevemente -y más habida cuenta de que este estudio tiene su origen en una jornada organizada en colaboración con la institución del Ararteko-, son las relaciones entre las agencias de protección de datos y el Defensor del Pueblo y sus homólogos autonómicos. Excedería las intenciones de este trabajo analizar cuál ha sido el papel del Defensor del Pueblo estatal o de los autonómicos en materia de protección de datos hasta que existieron las agencias de protección de datos. Nos costa, por ejemplo, que tanto el Defensor estatal como también los autonómicos han recibido quejas y han iniciado investigaciones en materia de protección de datos cuando las administraciones públicas vulneraban los derechos de los ciudadanos. También deseo recordar que los distintos Defensores, antes de la aprobación de la LORTAD, venían insistiendo en la necesidad de dotarnos de una ley de protección de datos, y cómo posteriormente tanto la LORTAD como la LODP fueron recurridas por el Defensor del Pueblo. Tenido en cuenta todo esto, nos interesa ver, aunque sea superficialmente, cómo se van articulando las relaciones entre las agencias de protección de datos y los Defensores del Pueblo.

La LOPD señala que lo dispuesto en la misma “*se entiende sin perjuicio de las competencias del Defensor del Pueblo y de los órganos análogos de las Comunidades Autónomas*”. Así, por tanto, es lógico, tal y como tienen encomendado los distintos Defensores, que éstos puedan seguir supervisando a las distintas administraciones que sean de su competencia y poner de manifiesto también las vulneraciones de derechos en materia de protección de datos. En este sentido, la memoria de 2000 destaca la necesidad de conseguir la coordinación y el mantenimiento de criterios comunes con el Defensor del Pueblo, y señala cómo el director de la agencia se ha venido reuniendo con el Defensor del Pueblo en Funciones, con objeto de cambiar impresiones sobre el seguimiento de los expedientes tramitados por la agencia y remitidos a éste. También dentro de este espíritu de colaboración que presiden las relaciones entre las dos instituciones, el director de la agencia ha presentado personalmente la memoria anual al Defensor del Pueblo, propiciando un intercambio directo de opiniones sobre sus respectivas competencias.

Hemos visto cómo han funcionado las relaciones entre la Agencia de Protección de Datos estatal y el Defensor del Pueblo al día de hoy. La puesta en funcionamiento de la agencia de la Comunidad de Madrid nos aporta un nuevo elemento sobre el que reflexionar.

La Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal de la Comunidad de Madrid no hace referencia al Defensor del Pueblo, quizás porque en esta Comunidad no existe la figura del Defensor del Pueblo Autonómico -a diferencia, como veremos posteriormente, de la ley catalana, que sí hace referencia al Síndic de Greuges-, pero lo que es que evidente es que si bien los distintos ficheros de la Administración autonómica, de la Administración local o la de otros entes jurídico-públicos (como las universidades de Madrid) son competencia de la agencia madrileña, al no existir un Defensor au-

tonómico propio que supervise dicha administración, sigue siendo el Defensor del Pueblo estatal el competente en esta materia. Por tanto, será con él (o, en su caso, con ella) con quien deberá mantener las necesarias relaciones de coordinación y colaboración. La misma reflexión cabe hacer con respecto a las comunidades autónomas el día que creen sus propias agencias, mientras no contemplen la figura de su Defensor autonómico.

Por otro lado, muchas comunidades autónomas tienen institucionalizado su propio ombudsman para el ámbito de su administración. Tomando como referencia a Cataluña, la Ley 5/2002 establece que “*el ejercicio de las funciones de la Agencia Catalana se entiende que es sin perjuicio de las competencias del Síndic de Greuges*”⁸⁶. También se prevé la obligación por parte de la Agencia de Protección de Datos de dar cuenta al Síndic de las actuaciones que efectúe, así como de las resoluciones que dicte en los expedientes relativos a infracción de las administraciones públicas. Habrá que esperar, por tanto, a la puesta en marcha de esta agencia para ver cómo se relaciona con su Defensor autonómico. Es evidente que es necesaria la colaboración entre estas instituciones y deberán cambiar impresiones siempre que sea preciso; legalmente, al menos, el director o directora de la agencia catalana deberá presentar ante el Síndic de Greuges su memoria anual.

En lo que se refiere a la Comunidad Autónoma vasca nos encontramos con el caso inverso de lo que ocurre en la Comunidad de Madrid. Aquí todavía no se ha creado la Agencia Vasca de Protección de Datos, pero contamos con una institución ya consagrada como es el Ararteko. En más de una ocasión se ha pronunciado esta institución sobre asuntos relacionados con la protección de datos, pero como ejemplo y por tratarse de un

86 La ley catalana hablaba de director o directora, pero aquí, quizás llevada por cierto mimetismo al referirse a la figura del Síndic de Greuges, no distingue que esta institución pueda ser presidida por un Síndic o una Síndic.

caso actual que estos días ha aparecido en prensa, con la consiguiente repercusión social, citaremos el siguiente:

Dos centros de salud de Vitoria, el de Lakua y el de Sansomendi han solicitado a Osakidetza que retire el programa informático Osabide, cuyo fin es crear una base de datos centralizada de los historiales clínicos de todos los usuarios de los centros sanitarios de Euskadi. Varios cientos de ciudadanos del centro de salud de Sansomendi han presentado una queja ante el Ararteko y ante la Agencia Española de Protección de Datos. De momento ni el Ararteko ni la Agencia Española de Protección de Datos se han pronunciado sobre la cuestión de manera oficial, aunque los técnicos del Defensor del Pueblo Vasco que han estudiado el programa informático Osabide no consideran que se vulnera ni la confidencialidad ni la seguridad en materia de protección de datos⁸⁷.

En este caso vemos cómo al no existir Agencia Vasca de Protección de Datos, quien es competente todavía en materia de ficheros de titularidad pública de la Administración autonómica vasca es la agencia estatal, pero la supervisión a nivel del Ombudman corresponde al Ararteko y, por tanto, en este asunto las relaciones de colaboración habrán de ser entre la agencia estatal y el Defensor autonómico vasco. Esperemos pues que, a pesar de las dificultades que hemos señalado, no se demore demasiado la creación de esta agencia vasca que acercaría al ciudadano en el ámbito de su competencia los derechos en materia de protección de datos (sin perjuicio de que cuando se trataran de asuntos relacionados con los ficheros de titularidad privado, el/la ciudadano/a vasco/a se debería dirigir a la agencia estatal).

Por tanto, vemos que nos encontramos ante situaciones diversas. No todas las comunidades autónomas cuentan con Defensores autonómicos y de momento sólo está en funciona-

⁸⁷ Información extraída de *El País* de 15 de julio del 2002, edición del País Vasco.

miento la agencia de la Comunidad de Madrid, pero es que a esto hay que añadir que para que este sistema marche debidamente ahora y en el futuro, habrán de funcionar también fluidamente las relaciones entre agencias estatales y agencias autonómicas -incluso con relación a agencias especializadas como la Agencia Nacional de Perfiles de ADN, de la cual se habla en un estudio posterior de este libro-, entre Defensor del Pueblo estatal y Defensores autonómicos. Por otra parte, ni que decir tiene que en este discurso hemos obviado otros niveles de relación en materia de protección de datos -que son muy importantes, pero que “complican” mucho más el sistema y que necesitan de una delicadísima y profunda reflexión-, como son las relativas a las autoridades de control a nivel comunitario, europeo, internacional y a los Defensores comunitario, europeo, comisionado, etc. Por no olvidar que también a nivel local aparecen Defensores (el Síndico o Defensor del Vecino en Vitoria, o el Defensor de la Ciudadanía en Vilanova i la Geltrú, entre otros) y que en teoría y en materia de protección de datos podrían supervisar la actividad de sus ayuntamientos, aunque en principio también sean competentes el Ararteko o el Síndic. Por eso creo que es bueno que los/las ciudadanos /as cuenten con las mayores garantías en esta materia y cuanto más cerca y con más facilidad se ofrezcan, mejor, pero esta proliferación de “defensorías” pasa por una necesaria coordinación para evitar duplicidades cuando se examine un asunto y para que al final el/la ciudadano/a sepa de verdad adónde dirigirse.

Por último, y a pesar de las “bondades” y de lo positivo que en materia de protección de datos supone la creación de la agencia estatal o de las agencias autonómicas, no hay que olvidar que si bien son administraciones independientes, no dejan de ser Administración y por tanto deben ser controladas y si fuera necesario “investigadas” por los Defensores tanto estatal como autonómicos, que como comisionados parlamentarios son indirectamente depositarios y garantes de la voluntad popular.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA:

- APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Navarra, Aranzadi, 2000.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V., “La LORTAD, una necesidad en el panorama legislativo español”, *Informática y Derecho*, n° 6-7 de 1994.
- CASTELLS ARTECHE, J.M., (entre otras cabe citar) “La limitación informática”, en la obra *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Ed.Civitas, Madrid, 1991.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., “Los principios de la protección de datos y los derechos de las personas en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal”, *Actualidad Informática Aranzadi*, n° 34, enero 2000.
- DE LA SERNA BILBAO, M.N., “La Agencia de Protección de Datos española: con especial referencia a su característica de independiente”, *Actualidad Informática Aranzadi*, n° 22, 1997.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., “La nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre de 1999, su porqué y sus novedades”, *Actualidad Informática Aranzadi*, n° 34, enero 2000.
- FREIXAS GUTIÉRREZ, G., *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*, Ed. Bosch, Barcelona 2001.
- GONZÁLEZ MURUA, A.R., *El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O. 5/1992, del 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, Working Papers, n°96, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona 1994.

HEREDERO HIGUERAS. M., “La ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Introducción general” en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 169, de 25 de abril de 1993.

HERRÁN ORTIZ, A.I., El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales, *Ed. Dykinson, Madrid 2002*.

JIMÉNEZ ESCOBAR, R., “Informática y derecho a la intimidad: una concepción que debe arrumbarse”, en *Jornadas Abogacía e Informática*, Illustre Col.legi d’Advocats de Barcelona, 1993.

LÓPEZ GARRIDO, D., “El Proyecto de Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal: la excepcionalidad como norma” en *Jueces para la Democracia*, nº 13, nº 2/1991.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Temas Clave, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

-*Informática y Protección de datos personales (Estudio sobre La ley orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)* en Cuadernos y Debates, nº 43, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J.J., “Agencia de Protección de Datos: Qué es y qué finalidad persigue”, *Actualidad Informática Aranzadi*, nº 13, 1994.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, C., “La experiencia práctica de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid para la protección de datos de carácter público” en *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho 2000-2001*, Universidad Pontificia de Comillas, Ed. Aranzadi, 2001.

MEMORIA 2000. *Agencia de Protección de Datos*.

MEMORIA 2000. *Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*.

MEMORIA 2001. *Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*.

PÉREZ-LUÑO, A.E.,(son muy numerosos sus artículos y monografías, por ello sólo destacaremos algunas de ellas):

- “Informática y libertad. Comentario al art. 18.4 de la C.E. ”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 24. Madrid, 1981.
- “La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 4, 1986-1987.
- “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, en *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Cuadernos y debates, nº 21, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- “La tutela de la libertad informática”, *Jornadas sobre el Derecho español de la protección de datos personales*, Madrid, Agencia de Protección de Datos, 1996.

ULL PONT, E., *Derecho Público de la Informática (Protección de datos de carácter personal*, UNED, Madrid, 2000.

VIZCAÍNO CALDERÓN, M., *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

**RETOS DE LAS NUEVAS
TECNOLOGÍAS
EN LA ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA**

IÑAKI VICUÑA NICOLÁS

Letrado del Consejo General del Poder Judicial

SUMARIO: - INTRODUCCIÓN. - LA JURISPRUDENCIA EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. - LA JURISPRUDENCIA A LA LUZ DE DIFERENTES PLANES, DECLARACIONES PROGRAMÁTICAS Y NORMAS DE CARÁCTER GENERAL. BREVE ANÁLISIS DE ÉSTAS: A. Libro Verde sobre la información del sector público en la sociedad de la información. B. Plan de acción E-EUROPE 2000. C. El Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos «Una nueva Administración al servicio de los ciudadanos». D. Plan INFO XXI. E. Carta de Derechos de los Ciudadanos. F. Plan Euskadi en la Sociedad de la Información. G. «Administrar justicia en el siglo XXI». 23 Conferencia de Ministros Europeos de Justicia. Consejo de Europa, 9 de junio de 2000. H. La recomendación (2001) 3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los servicios de tribunales y de otras instituciones jurídicas ofertadas a los ciudadanos por las nuevas tecnologías. - LA ELIMINACIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA JURISPRUDENCIA. EL VACIADO DE LA INFORMACIÓN SENSIBLE. - ANEXO.- LA ELIMINACIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA JURISPRUDENCIA. EL VACIADO DE LA INFORMACIÓN SENSIBLE. 1. Identificación de elementos a ocultar. 2. Cadenas de sustitución. 3. Condiciones de sustitución.

INTRODUCCIÓN

El análisis de la información jurídica que se genera en los diferentes poderes y servicios y públicos está sufriendo una importante transformación impulsada por los nuevos retos que se plantean por la “sociedad de la información”.

Efectivamente, las nuevas demandas sociales; el desarrollo acelerado de las tecnologías de la información y la comunicación; el replanteamiento de la idea de servicio público; los nuevos retos en materia de protección de los derechos fundamentales, especialmente los que hacen referencia a la protección de la privacidad; así como el cumplimiento de las diversas obligaciones legales que se están produciendo por todos estos hechos, hacen que en el ámbito de las administraciones públicas, y en concreto en las propias actividades del Consejo General del Poder Judicial, se estén realizando una serie de acciones que concilien el derecho a la información, el servicio público y la protección de los derechos fundamentales.

Este nuevo modelo de “administración digital” debe delimitar una nueva metodología de actuación que responda a un planteamiento y reflexión estratégica como la que se está llevando a cabo desde el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) en materia de protección de datos, así como en la configuración de servicios de documentación jurídica que posibiliten la disponibilidad, la accesibilidad, la exactitud y la autenticidad de las informaciones que se producen en el entorno de la Administración de Justicia.

La ponencia trata de explicar qué está ocurriendo en nuestro entorno social en materia de información jurídica y las acciones que se están realizando desde el Consejo General del Poder Judicial en su trabajo específico de tratamiento de la jurisprudencia que se produce en nuestros órganos jurisdiccionales.

Intentamos dar respuesta a lo contemplado en el preámbulo de la Carta de Derechos del Ciudadano ante la Justicia, en la que expresamente se indica: *“En los umbrales del siglo XXI la sociedad española demanda con urgencia una Justicia más abierta que sea capaz de dar servicio a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia, incorporando para ello métodos de organización e instrumentos procesales más modernos y avanzados.”*

Resulta por otra parte importante, aunque no entraremos a analizar las cuestiones que ello plantea, contemplar y tener siempre presentes las distintas competencias que tienen el propio Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y las comunidades autónomas con competencia en medios materiales y personales transferida, ya que ello incide directamente en cualquier planificación de un servicio público.

Se trata de coordinar, buscando una óptima eficiencia, los diferentes sistemas competenciales que en materia de Justicia se establecen entre el poder ejecutivo (Ministerio de Justicia y consejerías de Justicia de las comunidades autónomas) y el Poder Judicial (Consejo General del Poder Judicial), conciliando la diversidad tecnológica y la convergencia de éstas mediante protocolos, como el test de compatibilidad⁸⁸ para los sistemas de información al servicio de la Administración de Justicia, el punto neutro judicial con respecto a las comunicaciones, etc.

88 El artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), redactado conforme a la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, establece la potestad del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) para determinar los criterios de compatibilidad que han de seguir los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia, con el fin de facilitar su comunicación e integración. Véase así mismo el Título VI del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

Constituye el objeto principal del test de compatibilidad, en primer lugar, el intercambio de información entre sistemas (cooperación jurisdiccional, recursos, expedientes, envío de resoluciones al CENDOJ y comunicación con otros organismos externos); en segundo lugar, la garantía de seguridad y auditoría (seguridad y acceso a la información, autenticidad e integridad de la misma, alardes, etc.); y, finalmente, el plan de explotación para la obtención de estadísticas.

Los planes estratégicos de las diversas administraciones concernidas conceptualmente coinciden en el planteamiento, estableciéndose diferencias en cuanto a implicación política, asignación presupuestaria y tiempos de implantación.

Resultan, por tanto, válidas para todos principios como los relativos a:

- Implantación integral de tecnologías de la información y comunicación.
- Colaboración interinstitucional.
- Interconexión telemática con la comunidad jurídica y con los ciudadanos; la “Justicia en la Red”.
- Integración e intercomunicación de sistemas.
- Desarrollos web en entornos abiertos y privados.
- Proyectos puntuales como firma electrónica, sistemas de videoconferencia, etc.

LA JURISPRUDENCIA EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Resulta evidente que la sociedad actual está cambiando a una velocidad que nada tiene que ver con etapas anteriores y estas variaciones afectan lógicamente a las administraciones públicas, inmersas de igual forma en la llamada «sociedad de la información». Se produce una nueva exigencia social que reclama que las administraciones cumplan de manera eficiente, eficaz y diligente con sus cometidos; cambia a la vez, y dentro de este contexto, el propio concepto de servicio público; los rápidos desarrollos tecnológicos inciden directamente en la manera de afrontar los problemas y dar soluciones, provocando que tareas que hasta hace poco tiempo resultaban muy difíciles y de presupuestos altísimos, se transformen en baratas y accesibles.

Finalmente y en una mezcla, lógica por otra parte en estos momentos de gran cambio, de actuaciones aisladas de algunas administraciones, de proyectos conjuntos, de estrategias de Estado, de apertura de fronteras, de colaboraciones y sinergias, de globalización entendida no sólo en sus aspectos económicos, se producen una serie de actuaciones jurídicas en diversos ámbitos que generan una serie de obligaciones legales que las diferentes administraciones deben cumplir y desarrollar dentro de su entorno competencial.

En este entorno social es donde cambia el rumbo del Estado liberal protector, que se ve impulsado, por una parte, a aplicar criterios de transparencia e información que le son demandados por los ciudadanos y, por otra, a protegerlos con su acción ante nuevos problemas generados por esta sociedad tecnológicamente avanzada.

Es aquí donde el tratamiento y el acceso general a la jurisprudencia emanada de nuestros juzgados y tribunales requiere un replanteamiento con respecto a las prácticas de difusión habidas hasta el momento, en las que se articulen y coordinen el libre acceso de los ciudadanos a ésta y la protección de los datos personales, delimitándose por otra parte las obligaciones y el marco de actuación tanto en el ámbito público como en las actividades privadas llevadas a cabo por editoriales jurídicas o colectivos de diversa naturaleza, como colegios de abogados y universidades, entre otros.

El Centro de Documentación Judicial CENDOJ

Para el cumplimiento de las obligaciones de recopilación tratamiento y difusión de los datos públicos, en concreto sobre la información contenida en las resoluciones judiciales, el Consejo General del Poder Judicial conformó el Centro de Docu-

mentación Judicial⁸⁹, que constituye un órgano técnico especializado en el tratamiento de la información jurídica.

Al objeto de delimitar estas funciones de modernización y protección de datos, haremos un repaso de los diferentes hitos y pronunciamientos políticos o programáticos que se han producido últimamente, y que reflejan la incidencia de la sociedad de la información y el nuevo planteamiento de transparencia en el servicio público.

LA JURISPRUDENCIA A LA LUZ DE DIFERENTES PLANES, DECLARACIONES PROGRAMÁTICAS Y NORMAS DE CARÁCTER GENERAL. BREVE ANÁLISIS DE ESTAS

La configuración de este nuevo servicio público de acceso a la jurisprudencia producida en los diferentes órganos judiciales en óptimas condiciones técnicas, así como con especial protección de las personas con respecto a los tratamientos de datos automatizados, se basa en los mandatos y en la opinión generada por diferentes planes, declaraciones programáticas de carácter político y en normas generadas en diversos ámbitos, de los cuales haremos una somera descripción:

89 El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del Poder Judicial (artículo 122 de la Constitución Española) y ejerce sus competencias en todo el territorio nacional. Dentro de él se creó el Centro de Documentación Judicial, como órgano técnico cuyas funciones son la selección, ordenación, tratamiento, difusión y publicación de información jurídica legislativa, jurisprudencial y doctrinal.

El proyecto abordado por el Centro de Documentación Judicial responde a un planteamiento integral de gestión de la información jurídica, para dar un mejor servicio a jueces y magistrados e, indirectamente, a los ciudadanos. Su regulación está establecida por el Reglamento del Consejo General del Poder Judicial, número 1/1997, de 7 de mayo (Boletín Oficial del Estado nº 123 de 24/05/97).

A. Libro Verde sobre la información del sector público en la sociedad de la información⁹⁰

Al analizar la información jurisprudencial desde el punto de vista del Libro Verde sobre la información del sector público en la sociedad de la información, observamos que se trata propiamente de información del sector público, tanto por sus aspectos funcionales jurídico institucionales, como por su financiación pública.

Concretamente se califica como información administrativa básica para el funcionamiento democrático (cita expresamente la legislación, jurisprudencia e información parlamentaria) e importante para el público en general (independientemente del claro interés directo de los afectados).

Es, por otra parte, susceptible de valorarse económicamente y da por sentada la base de que existe un derecho de acceso como principio democrático recogido en nuestro ordenamiento y, por tanto, un interés público en su difusión y conocimiento.

B. Plan de acción E-EUROPE 2002

La idea expresada anteriormente se concreta en el plan de acción de E-EUROPE 2002, preparado por el Consejo y la Comisión Europea para el Consejo Europeo de Feira, 19-20 de junio de 2000, en el cual en su objetivo tercero, letra b), relati-

⁹⁰ Los libros verdes son comunicaciones publicadas por la comisión sobre un área política específica. Se trata fundamentalmente de documentos dirigidos a las partes interesadas, organizaciones y particulares, invitadas a participar en un proceso de consulta y debate. En algunos casos sirven de estímulo a una ulterior legislación.

Los libros blancos son documentos que contienen propuestas para la acción comunitaria en un área específica. Son a menudo continuación de un libro verde publicado para lanzar un proceso de consulta a nivel europeo. Mientras que los libros verdes recogen una serie de ideas que se presentan al público para su debate, los libros blancos contienen un paquete oficial de propuestas en áreas políticas específicas y sirven de vehículo a su desarrollo.

vo a “*La Administración en línea: acceso electrónico a los servicios públicos*”, se recoge:

Exigencias para la Administración:

“..que se esfuercen por explotar las nuevas tecnologías para hacer la información lo más accesible posible.”

“...que se proporcionen acceso electrónico generalizado a los principales servicios públicos básicos para el 2003.”

C. El Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos «Una nueva Administración al servicio de los ciudadanos»

Ministerio de Administración Pública. MAP, Madrid, 4 de febrero de 2000.

Tal y como se indica en su preámbulo, el «Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos» constituye una reflexión sobre los retos a los que han de enfrentarse las administraciones públicas ante las profundas transformaciones que tienen lugar en la sociedad hoy día, en sus relaciones con los ciudadanos y en la prestación de los servicios. En él se analizan cuáles son los desafíos de la Administración para las próximas décadas, señalando las políticas y estrategias de mejora de los servicios públicos.

Esto viene explicitado, en concreto, en los siguientes apartados, en los cuales se incide en las dos ideas básicas que estamos desarrollando; es decir, en el nuevo planteamiento de la idea de servicio público y en la protección de derechos de los ciudadanos:

«Capítulo 1.- Una Administración Pública al servicio de los ciudadanos

Capítulo 2.- Una Administración inteligente en un entorno global

- 1. Las sociedades avanzadas y la globalización*
- 2. Globalización y competitividad*
- 3. Lo global y lo local*
- 4. Las Administraciones Públicas en un entorno global*
- 5. Una Administración inteligente para un contexto complejo*

Capítulo 4.- Las nuevas exigencias organizativas de las Administraciones Públicas

Capítulo 8.- Mejorar la atención a los ciudadanos y establecer un sistema integral de comunicación con la Administración

- 1. Mejorar la calidad y la accesibilidad de la información y facilitar la comunicación con los ciudadanos*
- 2. Mejorar la primera línea de contacto con el ciudadano*
- 3. Integrar las demandas de los ciudadanos y usuarios*

Capítulo 11.- Integrar las Administraciones Públicas en la sociedad de la información y del conocimiento»

D. Plan INFO XXI⁹¹

Este plan tiene como finalidad establecer, tal y como se indica en su introducción, un conjunto estructurado de programas y medidas de actuación que contribuyan a impulsar eficazmente desde el Gobierno el desarrollo integral de la sociedad de la información en nuestro país, y su acercamiento a la sociedad civil y al conjunto de los ciudadanos, es decir, la información para todos.

91 MAP. Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías. Madrid, 2000.

Entre los objetivos estratégicos de la iniciativa en el apartado octavo relativa a “Una Administración transparente y centrada en el ciudadano”, establece la finalidad de:

- Información pública fácilmente accesible y trámites administrativos más cómodos.
- Participación ciudadana en las decisiones acerca de asuntos públicos que les afectan.

E. Carta de Derechos de los Ciudadanos⁹²

Como desarrollo del pacto de Estado para la reforma de la Justicia⁹³, la Carta de Derechos de los Ciudadanos recoge en su preámbulo la declaración programática que la inspira, cuando expresa: “*En los umbrales del siglo XXI la sociedad española demanda con urgencia una Justicia más abierta que sea capaz de dar servicio a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia, incorporando para ello métodos de organización e instrumentos procesales más modernos y avanzados.*”

En su apartado primero, relativo a una Justicia moderna abierta a los ciudadanos, establece lo siguiente:

«Una justicia transparente

1.- El ciudadano tiene derecho a recibir información general y actualizada sobre el funcionamiento de los juzgados y tribunales, y sobre las características y requisitos genéricos de los distintos procedimientos judiciales.

- Se impulsará la creación y dotación material de Oficinas de Atención al Ciudadano, asegurando su implantación en todo el territorio nacional.

92 Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los grupos parlamentarios, 16 de abril de 2002.

93 Acordado el 28 de mayo de 2001.

- *La información sobre los horarios de atención al público se situará en un lugar claramente visible en las sedes de los órganos jurisdiccionales.*

2.- *El ciudadano tiene derecho a recibir información transparente sobre el estado, la actividad y los asuntos tramitados y pendientes de todos los órganos jurisdiccionales de España.*

- *El Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, así como el Consejo General del Poder Judicial, canalizarán esta información para facilitar su consulta en el marco de un plan de transparencia.*

3.- *El ciudadano tiene derecho a conocer el contenido actualizado de las leyes españolas y de la Unión Europea mediante un sistema electrónico de datos fácilmente accesible.*

4.- *El ciudadano tiene derecho a conocer el contenido y estado de los procesos en los que tenga interés legítimo de acuerdo con lo dispuesto en las leyes procesales.*

- *Los interesados tendrán acceso a los documentos, libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado.*

- *Las autoridades y funcionarios expondrán por escrito al ciudadano que lo solicite los motivos por los que se deniega el acceso a una información de carácter procesal.*

Una justicia ágil y tecnológicamente avanzada

19.- *El ciudadano tiene derecho a una tramitación ágil de los asuntos que le afecten, que deberán resolverse dentro del plazo legal, y a conocer, en su caso, el motivo concreto del retraso.*

- *El Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial elaborarán un programa de previsiones con la duración debida de los distintos procedimientos en todos los órdenes jurisdiccionales, al cual se dará una amplia difusión pública.*

20.- *El ciudadano tiene derecho a que no se le exija la aportación de documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, salvo que las leyes procesales expresamente lo requieran.*

21.- *El ciudadano tiene derecho a comunicarse con la Administración de Justicia a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos con arreglo a lo dispuesto en las leyes procesales.*

- *Los poderes públicos impulsarán el empleo y aplicación de estos medios en el desarrollo de la actividad de la Administración de Justicia, así como en las relaciones de ésta con los ciudadanos.*

- *Los documentos emitidos por los órganos de la Administración de Justicia y por los particulares a través de medios electrónicos y telemáticos, en soportes de cualquier naturaleza, tendrán plena validez y eficacia siempre que quede acreditada su integridad y autenticidad de conformidad con los requisitos exigidos en las leyes.»*

Es preciso indicar que la carta no recoge de manera explícita, como sí hace con la legislación, la obligatoriedad de poner a disposición de los ciudadanos la jurisprudencia, aunque sí se deduce claramente de su espíritu⁹⁴.

94 A este respecto, en el monográfico que el Diario de Noticias de la editorial La Ley realizó sobre la Carta de Derechos de los Ciudadanos, la diputada Margarita Uria Etxebarria, ponente de la misma, declaraba lo siguiente: “*Me gustaría detenerme en algún aspecto como es el derecho que se proclama ‘a conocer el contenido de actualizado de las leyes españolas y de la Unión Europea mediante un sistema electrónico de datos fácilmente accesible’; valoramos añadir ‘así como de la jurisprudencia que aplica dichas leyes’ para cumplir con la Recomendación (2001) 3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, pero su aprobación fue muy discutida por la dificultad de ser todavía llevada a la práctica. Nos hemos prometido contemplarlo en los desarrollos.*”

F. Plan Euskadi en la Sociedad de la Información⁹⁵

Como ejemplo, entre otros, a nivel autonómico de los planes estratégicos en materia de políticas públicas de implantación de las tecnologías de la información en los respectivos ámbitos competenciales de su territorio, citaremos el Plan Euskadi en la Sociedad de la Información. En él, a pesar de que lógicamente no entra a delimitar la publicidad de la información jurisprudencial, sí se explicita su espíritu en el apartado relativo a la Administración *on line*.

La visión que marca el citado plan sitúa a Euskadi en una sociedad avanzada, en la cual “*la Administración utiliza las nuevas tecnologías para generar valor al ciudadano y a las empresas, desde la cooperación interadministrativa, el desarrollo de nuevos servicios y la divulgación de contenidos informativos*”.

Citaremos alguno de sus apartados en los cuales se reflejan las pautas a seguir en este sentido.

«Modelo de Administración digital – reflexión estratégica – metodología de actuación

Reinventar los servicios: para acercarlos al ciudadano, al tiempo que se integran servicios con otras administraciones y se incrementa la eficiencia en la gestión de los mismos.

Se contemplan cinco líneas de actuación:

a) Promover una cultura de innovación.

b) Avance digital.

c) Proporcionar servicios de firma digital.

95 CAPV. DECRETO 309/2000, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el II Acuerdo con las Organizaciones Sindicales sobre la **modernización en la prestación del Servicio Público de la Justicia** y su repercusión en las condiciones de trabajo del Personal al Servicio de la Administración de Justicia.

d) *Incorporar infraestructuras.*

e) *Crear dinámicas de colaboración inter-administrativas.*

Elaboración y distribución de contenidos: *para colaborar a incrementar el nivel de información de los ciudadanos y la competitividad de las empresas.*

Creación de espacios de participación ciudadana: *avanzar, aprovechando las posibilidades que brinda la comunicación electrónica, en los procesos de profundización democrática en la sociedad vasca.»*

G. «Administrar justicia en el siglo XXI». 23 Conferencia de Ministros Europeos de Justicia. Consejo de Europa, 9 de junio de 2000

Esta declaración contempla, en su planteamiento de una mejor Administración de Justicia para el siglo XXI, diversas áreas de modernización que toca aspectos relativos a metodologías de trabajo, ofimática, programas de gestión de la oficina judicial y bases de datos documentales, entre otros.

En su texto se insta al Comité de Ministros del Consejo de Europa, y más concretamente al Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ) y al Comité Europeo para los Problemas Criminales (CDPC), a que estudien y potencien su desarrollo entre los países miembros, desarrollando medidas relativas al acceso efectivo de los ciudadanos a la justicia.

Haciendo hincapié en el establecimiento de mecanismos que mejoren la eficacia de la justicia y que respeten los principios básicos que se han ido configurando, a la luz del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las diversas resoluciones y recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativos al funcionamiento de la justicia, demanda que se potencien diversas medidas de modernización que, utilizando nuevas tecnologías y concretamente centros de

información basados en internet, se proporcione a los ciudadanos “*la información que necesiten para ejercer sus derechos con confianza por los entresijos de los mecanismos judiciales o extrajudiciales adecuados*”.

H. La Recomendación (2001) 3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los servicios de tribunales y de otras instituciones jurídicas ofertadas a los ciudadanos por las nuevas tecnologías

Dentro de la labor de estudio, análisis y reflexión que se produce en el ámbito del Consejo de Europa con respecto a la puesta al día de las normas jurídicas, de acuerdo con la realidad social e inspirada en los principios fundamentales enunciados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se elaboran diversas “recomendaciones” dirigidas a los Estados miembros, en las cuales tratan de fijarse los puntos básicos que deberán inspirar y desarrollarse en cada ordenamiento jurídico nacional.

Recordemos, entre ellas, básicas recomendaciones que marcan las pautas a seguir, por ejemplo, en materia de protección de datos personales, como las que regulan la investigación científica y estadística, el marketing directo, las tareas policiales, las telecomunicaciones, los datos médicos, la comunicación a terceros de datos de carácter personal en poder de organismos públicos y la protección de la vida privada en internet entre otras⁹⁶.

96 Véanse:

- Recomendación nº R (83) 10, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de investigación científica y de estadística.
- Recomendación nº R (85) 20, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de marketing directo.

Entre estas importantes declaraciones programáticas y centrada directamente en la materia que nos atañe, es decir, en la transparencia y difusión de la información jurisprudencial, es preciso hacer especial referencia a la Recomendación (2001) 3, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de febrero del pasado año, sobre los servicios de tribunales y de otras instituciones jurídicas ofertadas a los ciudadanos por las nuevas tecnologías; en ella, aparte del alto “valor moral” que tiene para los diversos Estados, se regula directamente el problema relativo a la información jurídica en sociedades tecnológicamente avanzadas.

En esta recomendación se configura, potencia y dinamiza la distribución de la información jurídica en general y la jurisprudencial⁹⁷ en especial. Debemos recalcar que los problemas que se plantean en la implantación de nuevos servicios

-
- Recomendación nº R (86) 1, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de seguridad social.
 - Recomendación nº R (87) 15, del Comité de Ministros a los Estados miembros, dirigida a regular la utilización de datos de carácter personal en el sector de la policía.
 - Recomendación nº R (89) 2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de empleo.
 - Recomendación nº R (90) 19, sobre la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de pago y otras operaciones conexas.
 - Recomendación nº R (91) 10, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la comunicación a terceros de datos de carácter personal en poder de organismos públicos.
 - Recomendación nº R (95) 4, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la protección de los datos de carácter personal en el ámbito de los servicios de telecomunicación, en especial con relación a los servicios telefónicos.
 - Recomendación nº R (97) 5, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la protección de datos médicos.
 - Recomendación nº R (97) 18, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la protección de datos de carácter personal, recogidos y tratados con finalidad estadística.
 - Recomendación nº R (99) 5, sobre la protección de la vida privada en internet.
 - Recomendación nº R (2002) 9, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la protección de datos de carácter personal, recogidos y tratados con finalidad de seguros.

97 A la que se pretende dar respuesta en el portal www.poderjudicial.es.

públicos deberán fijarse en la practica que vaya realizándose por los órganos competentes, en el caso de la jurisprudencia por el Consejo General del Poder Judicial, a la luz de las reflexiones que al respecto se efectúen en la doctrina española⁹⁸ y en diversos foros europeos.

A la luz de esta Recomendación (2001) 3, se considera como responsabilidad pública, y a ello trata de dirigir su actividad el Consejo General del Poder Judicial a través del Centro de Documentación Judicial:

- *«poner a disposición del público, bajo forma electrónica fácilmente accesible, las decisiones importantes de la Justicia*

- *la obligación de asegurar la exactitud de los textos*

- *el acceso gratuito. Cuando la presentación de los textos publicados ha sido mejorada puede ser oportuno hacer pagar un canon y aplicarse a los editores y distribuidores del sector privado*

- *la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal»*

De las indicaciones de dicha recomendación, así como de las reflexiones de la doctrina, cabe deducir que los ejes primordiales en materia de difusión de la jurisprudencia son los siguientes:

- La difusión de la Jurisprudencia debe entenderse como difusión a la ciudadanía en general.

- La utilización de las nuevas tecnologías -internet, soportes ópticos, formato electrónico en general- es adecuada por razones de coste, de racionalidad y de capacidad de difusión.

98 Cfr. Sobre esto, fundamentalmente, MARCOS FERNANDO, P. y RIVERO ORTEGA, R., *La publicidad de las sentencias en el orden contencioso administrativo coeditado por el CGPJ y la Editorial Civitas Madrid 2001.*

- La actividad desarrollada debe proteger los derechos fundamentales, en este caso la protección de datos personales.

LA ELIMINACIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA JURISPRUDENCIA. EL VACIADO DE LA INFORMACIÓN SENSIBLE

La eliminación de los datos personales contenidos en las resoluciones judiciales de cara a su difusión pública en la que se garantice, por una parte, el acceso a la información judicial y, por otra, la protección de derechos fundamentales, se patentiza en la delimitación de las concretas pautas a seguir en el vaciado de la información sensible que se elaboró para el “*concurso público relativo a la prestación del servicio de tratamiento, gestión electrónica documental, distribución y publicación de las resoluciones judiciales en el Centro de Documentación Judicial*”⁹⁹ ”.

En este concurso, concretamente en su pliego de bases técnicas, se establecen por vez primera desde el Consejo General del Poder Judicial las específicas actividades técnicas a desarrollar, en la tarea de eliminar los datos que identifiquen o hagan identificables a las personas cuyos datos aparecen en las resoluciones judiciales.

Para ello se delimita la “*identificación de los elementos objeto de ocultación*”; se establecen las llamadas “*cadena de sustitución*”, es decir, el conjunto de caracteres o palabras que se emplean para sustituir los datos de carácter personal que se eliminan; y finalmente se marcan las “*condiciones de sustitución*”, con las cuales, mediante la garantía de uniformidad (el mismo dato será siempre sustituido por la misma cadena) y la garantía de no coincidencia (dos datos distintos serán siempre sustituidos por cadenas distintas), se logrará eliminar la infor-

99 Anuncio de licitación publicado en el DOCE de fecha 13 de julio de 2002.

mación original y, al mismo tiempo, mantener el estilo de la redacción del documento, de tal forma que resulte comprensible.

El documento no constituye una norma en sentido estricto ni en su concepción genérica sobre los principios que contempla, ni en su metodología específica de aplicación concreta. Se trata de una reflexión que debe ayudar a los diferentes operadores que trabajan en el tratamiento de la información jurisprudencial en la ocultación de los datos personales que, según la definición tanto de nuestra Ley Orgánica 15/1999¹⁰⁰, como del Convenio 108 del Consejo de Europa¹⁰¹ y de la Directiva 95/46/CE¹⁰², lo constituyen “*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*”.

Estos aspectos de búsqueda de equilibrio entre la publicidad de las resoluciones judiciales y la protección de los derechos y libertades de las personas, vienen siendo analizados tanto por la doctrina jurídica como por los propios organismos encargados de la protección de datos personales. Entre estos últimos es preciso destacar el específico análisis que, con respecto a las bases de datos de jurisprudencia, se hizo por la Comisión Nacional de Informática y Libertades (CNIL) de Francia¹⁰³, en su “*Deliberación nº 01-057 de 29 de noviembre de 2001 en la que se recoge la Recomendación sobre la difusión de datos personales en Internet por bases de datos de jurisprudencia*”.

100 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE de 14 de diciembre de 1999).

101 Convenio 108/81, del Consejo de Europa, de 28 de enero, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

102 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.

103 La Commission Nationale de l' Informatique et des Libertés fue constituida por la Ley nº 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades siendo, como ocurre con nuestra Agencia de Protección de Datos, una autoridad administrativa independiente.

En ella se refleja el mismo espíritu y principios inspiradores que, con respecto al tratamiento de la jurisprudencia, estamos realizando en España.

Por su especial importancia, desde el punto de vista técnico, así como por su novedad, consideramos importante incluir como un anexo las pautas técnicas que al respecto se exigieron en el concurso público mencionado por parte del Centro de Documentación Judicial.

ANEXO.- LA ELIMINACIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA JURISPRUDENCIA. EL VACIADO DE LA INFORMACIÓN SENSIBLE

(Concurso público relativo a la prestación del servicio de tratamiento, gestión electrónica documental, distribución y publicación de las resoluciones judiciales en el Centro de Documentación Judicial. Consejo General del Poder Judicial, julio de 2002).

El presente anexo corresponde a la reflexión y análisis de la casuística que se produce a la hora de la eliminación de datos personales en las resoluciones de los órganos judiciales.

1. Identificación de elementos a ocultar

En términos generales, la ocultación de información sensible de carácter personal persigue eliminar de las resoluciones aquellos datos que permitan identificar a las personas físicas directamente mediante su nombre u otros datos de identificación, o indirectamente mediante su dirección u otros datos relacionados.

1.1. Identificación individuos

Individuos implicados

Los individuos cuya información debe ser sustituida u ocultada en las resoluciones judiciales de cara a su difusión pública, son las personas físicas implicadas en el procedimiento judicial o que están citadas en él como, por ejemplo, demandante, demandado, apelante, apelado, denunciante, denunciado, querellante, querellado, recurrente, recurrido, víctimas, testigos, peritos, notarios y personal de los cuerpos y fuerzas de la seguridad del Estado.

Los datos de identificación de los operadores judiciales (jueces, magistrados, fiscales, abogados y procuradores), salvo cuando éstos aparecen como implicados en el caso, no se consideran como información sensible y, por lo tanto, no es necesaria su ocultación o sustitución.

Personas jurídicas

De la definición de información sensible de carácter personal se está excluyendo aquella que es relativa a las personas jurídicas. Esto excluye a las empresas, las administraciones públicas a todos los niveles (central, autonómico y local), así como a todo tipo de instituciones relacionadas con las anteriores como, por ejemplo, fundaciones, hospitales, asociaciones.

Dado que las personas jurídicas no son objeto de ocultación, tampoco lo son los datos relacionados con ellas como su dirección, CIF o NIF, órganos dependientes (como juntas de accionistas o consejos de administración), por ejemplo. Sin embargo, puede haber datos de una persona jurídica que estén también relacionados con personas físicas, como las acciones numeradas de una empresa. En este caso, debería prevalecer el carácter personal de este dato.

Otro caso en el que debe ocultarse la información de personas jurídicas es aquel en el que se ofrece algún dato de una

entidad que no está implicada en el caso, con el objeto de identificar a una persona física. Un ejemplo de esta situación puede ser el de un profesional que es juzgado por alguna reclamación relacionada con su actividad y, por consiguiente, se cita su lugar de trabajo. Pudiera darse el caso de que la entidad tuviera cierta relación con el caso, por ejemplo, como responsable civil subsidiario. Aun en este caso, prevalecerá el principio de ocultación de la información para impedir la identificación de la persona física.

Puede ocurrir que el nombre de una persona jurídica incluya el nombre y apellidos de una persona física. En este caso, no se ocultará el nombre de la persona jurídica.

Casuística:

- Apodos

En ocasiones, los individuos pueden ser citados por su nombre conocido o apodo. Este dato también será objeto de ocultación.

- Nombres falsos

También es posible que los individuos que se citan en las resoluciones hayan utilizado nombres falsos (inventados o usurpados a otras personas reales), pudiendo entonces ser citados por cualquiera de los dos nombre empleados. En este caso, debe darse a cada uno de los nombres citados un tratamiento independiente (como si fueran dos individuos distintos), consiguiendo así mantener el mismo tono que en la redacción inicial del documento.

- Números de identificación

Las personas también pueden ser identificadas por números o códigos a los que (salvo errores) se asocian de forma biunívoca: DNI, CIF, NIF, pasaporte, número de filiación a la Seguridad Social, número de agente, número de colegiados profesionales...

En ocasiones, estos números son datos adicionales que se añaden al nombre, pero en otros casos (especialmente cuando se cita a agentes de seguridad), es la única identificación que se aporta del individuo que, naturalmente, puede ser citado varias veces por el mismo número a lo largo del texto.

Por lo tanto, estos datos deben ser también ocultados.

- Títulos nobiliarios

En los títulos nobiliarios, tanto cuando se trata del propio título («Ducado de...») como cuando se trata del individuo («Duque de...»), debe ocultarse la parte específica del nombre y mantenerse la genérica.

- Nombres de pila de los progenitores

Cuando se citen los nombres pila de los progenitores de alguno de los individuos implicados deben ser también ocultados, aunque esta cita se deba exclusivamente a efectos de identificación del último.

1.2. Datos relacionados

Dado que también pueden servir como elemento de identificación, también se consideran como información sensible de carácter personal otros datos relacionados directamente con los individuos tales como:

- La dirección postal y las direcciones electrónicas que, aunque no se conoce ningún caso, tampoco deberían recibir un tratamiento diferenciado.

- Datos de identificación de elementos que, por pertenecer o estar relacionados con ellos, permiten la identificación de los individuos como números de cuentas corrientes, matrículas o números de bastidor de vehículos (sí se mantienen los nombres de marcas y modelos), propiedades (generalmente, inmobiliarias) de los individuos, datos registrales (generalmen-

te, registro de la propiedad o mercantil) o notariales (generalmente, números de protocolo), números de liquidaciones o números de expedientes.

Datos de individuos y datos de los hechos

Es necesario diferenciar entre los datos que permiten identificar a los individuos de aquellos que se relacionan con los hechos.

En general, es necesario respetar al máximo toda la información relativa a los hechos, ya que resulta de gran interés para valorar la resolución desde un punto de vista jurídico. Cuando la información relativa a los hechos pueda servir para identificar a los individuos, entonces deberá prevalecer la ocultación de la información.

A este respecto, tiene especial importancia por su frecuencia la cita de propiedades de los implicados, tanto porque en ellas se han producido hechos que importan al caso, como porque constituyen un bien que es objeto del asunto. En estos casos, dado el vínculo entre el dato y los individuos citados, se deberá ocultar también el dato.

Aunque cuantitativamente no es importante, también deben ser ocultados los nombres de las embarcaciones cuando éstas estén relacionadas con personas de las que debe ocultarse la información.

Direcciones

En las direcciones se ocultan las partes específicas manteniendo las partes genéricas. Por ejemplo, si la dirección es «calle Manterola número 3», se ocultaría «Manterola» y el número «3», dejando los términos genéricos «calle» y «número». No se ocultan en ningún caso las poblaciones ni ninguna de las entidades de carácter superior (provincias, comunidades autónomas, países, etc.).

Se consideran también direcciones las localizaciones de carreteras. Siguiendo el mismo criterio que en el caso anterior, se mantiene el tipo de carretera (nacional, comarcal, autopista, etc.) y se oculta el número (I, 120, A8, etc.); se ocultan también los puntos kilométricos a los que se hace referencia.

Se considera también dirección, siendo muy frecuente su aparición, la denominación con nombre propio de fincas y edificios. En estos casos, se ocultan también los datos registrales (registro, tomo y página en el que está inscrito), pero no otros datos relacionados que no permitirían su identificación directa como, por ejemplo, datos físicos de extensión o tamaño.

Otros casos de direcciones en los que pueden aparecer nombres propios son: almacenes, apartamentos, distritos, pabellones, parcelas, playas, polígonos industriales y urbanizaciones.

También debe ocultarse el nombre del partido judicial al que pertenece un operador jurídico cuando éste aparezca como implicado en el caso y, por lo tanto, deba ocultarse su información.

Fechas y horas

No es necesario ocultar las fechas ni las horas en ninguna de las circunstancias, ni cuando se refieren a individuos ni cuando se refieren a hechos.

1.3. Casos especiales

Errores del original

Puede ocurrir que en la resolución original haya errores relacionados con los datos que deben ocultarse. Pueden ser errores mínimos como, por ejemplo, sustituir el apellido «Blanco» por «Blasco», o menos sutiles como, por ejemplo, sustituir el apellido «Álvarez» por «Sánchez».

El error puede no ser evidente, por lo que se procedería a ocultar al individuo como uno nuevo. Sin embargo, en ocasiones resulta totalmente definitivo que se trata de un error, puesto que la redacción de la resolución no da lugar a un individuo distinto al anterior. En este caso, se trataría al individuo como aquel al que en realidad se refiere.

Relaciones imposibles

Puede ocurrir que en una sentencia se cite a varios individuos que comparten nombre propio o alguno de los apellidos, y que en alguna de las citas se incluya sólo la parte común, de forma que resulta totalmente imposible resolver a cuál de los individuos previos se está citando.

Si se produce esta falta de definición con la resolución completa (sin ocultar nada) al realizar la sustitución de la información sensible, podrían producirse textos que resulten incongruentes o con una redacción muy difícil. Por este motivo, estas resoluciones deben ser eliminadas del circuito del proceso.

Máximo número de individuos

En algunas resoluciones puede aparecer un número muy elevado de individuos citados en la parte activa o en la parte pasiva. Se conocen resoluciones redactadas por salas de lo social en las que la parte actora supera la cantidad de 500 empleados. En el propio documento completo resulta irrelevante (por el exceso de la información) la identidad concreta de cada una de las personas citadas.

En estos casos, debe producirse la eliminación de los datos de identificación de las personas, pero no es necesario sustituir cada individuo por una cadena distinta, sino que puede hacerse una sustitución genérica.

2. Cadenas de sustitución

Se denomina cadena de sustitución al conjunto de caracteres o palabras que se emplean para sustituir (ocultar) los datos de carácter personal que se eliminan de las resoluciones judiciales.

El principio general que debe regir la creación de cadenas de sustitución consiste en reemplazar los datos originales por otros de carácter similar distintos a los originales. Con este principio se consigue eliminar la información original y, al mismo tiempo, mantener el estilo de la redacción del documento.

2.1. Nombres de individuos

Los nombres completos (nombres de pila más apellidos) de individuos serán sustituidos por nombres de pila distintos de los originales. Para esta sustitución se emplearán siempre nombres de pila que resulten comunes, evitando el uso de nombres de pila poco habituales en la actualidad. Naturalmente, la sustitución se realizará siempre por un nombre que pertenezca al mismo género que el original.

En principio se utilizarán nombres de pila simples. Cuando el número de nombres a sustituir agote los nombres comunes disponibles, se emplearán combinaciones de éstos para generar nombres de pila compuestos.

El nombre de pila estará siempre acompañado del tratamiento «don» en su forma completa o de inicial. Ello implica que la sustitución del nombre original incluye el tratamiento que se le daba en el documento y, en algunos casos, también el artículo, ya que debe sustituirse «el señor Fernández» por «don José».

Para los apodos se empleará también una lista de nombres ficticios que sirva para sustituir a los que realmente aparecen

en la resolución. Debe tenerse en cuenta que el apodo suele ir acompañado de un artículo, que debe ser respetado en el texto.

2.2. Números

Las expresiones numéricas y alfanuméricas no pueden ser sustituidas por otras expresiones similares generadas aleatoriamente, porque no puede asegurarse que no se obtenga una cadena que realmente exista. En casos concretos, podrían establecerse reglas como, por ejemplo, se pueden generar números de DNI en los que la letra final no corresponda con su algoritmo de cálculo o números de teléfono cuyo prefijo no exista. Sin embargo, no es posible encontrar una regla de este tipo que sea de aplicación universal.

Por lo tanto, la sustitución de números se realizará componiendo un prefijo constante (N o NUM, por ejemplo) con un número secuencial que se asignará automáticamente.

2.3. Direcciones

Las direcciones pueden estar compuestas de dos elementos: un nombre de calle, finca o edificio, por ejemplo; y un número de portal o de carretera, por ejemplo. Los números recibirán el mismo tratamiento que cualquier otro número del documento, tal y como se ha comentado en el epígrafe anterior.

Con los nombres que forman parte de las direcciones se produce una situación similar a la de los números: no es posible sustituirlos con otros nombres generales garantizando que no existe. Podría constituirse una lista de nombres (de calles, por ejemplo) para usarla aleatoriamente en la sustitución, pero no podría garantizarse que un nombre («los rosales», por ejemplo) no existe en una determinada población.

Por lo tanto, la cadena de sustitución de los nombres que forman parte de las direcciones se compone de un prefijo que depende del tipo de objeto a ocultar (calle, edificio, finca, carretera, por ejemplo) y un número secuencial que se asigna automáticamente con un número de secuencia para cada tipo. Por ejemplo, la expresión «calle Los rosales» sería sustituido por «CALLE001».

2.4. Matrículas de vehículos

En las matrículas de vehículos se sustituirá la parte numérica por puntos y la parte alfabética por otras letras aleatoriamente, siempre que se cumplan dos reglas:

- Que se sustituyan consonantes y vocales por letras del mismo tipo.
- Que la sustitución aleatoria de las iniciales de una provincia no genere las de otra provincia, sino que siempre se cree una cadena no real.

Con estas reglas se obtiene una cadena similar a la original, pero que en ningún caso va a coincidir con una real.

3. Condiciones de sustitución

Garantía de uniformidad

Independientemente del tipo de datos a ocultar, se garantizará que el mismo dato será siempre sustituido por la misma cadena. Así, por ejemplo, si en el texto apareciera primero «el Sr. José Martínez», que sería sustituido por «don Miguel», y más adelante se citase al mismo individuo como «el Sr. Martínez», la sustitución sería la misma.

Garantía de no coincidencia

Igualmente, se garantizará que dos datos distintos serán siempre sustituidos por cadenas distintas.

Tratamiento de grupos de personas

En ocasiones, los apellidos de los individuos son citados en grupos por relaciones familiares como, por ejemplo, «los hermanos Miguel y Diego Campazar». En este caso, debe considerarse a los individuos como si hubieran sido citados como «Miguel Campazar» y «Diego Campazar», de forma que si aparecieran en el texto con el nombre completo, puedan recibir el tratamiento adecuado.

Posteriormente, en este texto también podría aparecer la expresión «los hermanos Campazar», que debería ser sustituida, por ejemplo, por la cadena «los hermanos don Antonio y don José». Así se mantiene la relación familiar, aunque hayan desaparecido los apellidos.

Un caso equivalente al de los hermanos se produce cuando se cita el nombre de pila de los progenitores de un individuo. Aunque no suele ser habitual, alguno de los progenitores podría ser citado de nuevo incluyendo los apellidos que le corresponde y que normalmente coincidirán con los de su hijo.