

alteración de los mismos de una forma intencionada, pero no autorizada por el responsable del fichero. Para lograr esta seguridad se establecen limitaciones lógicas o físicas para poder acceder a todos los ficheros, o bien a los elementos más sensibles de los mismos.

Es lógico que el artículo 9.3 exija unas determinadas condiciones de seguridad para la protección de los datos especialmente protegidos, a los que se refiere el artículo 7, es decir, ideología, religión o creencias.

7. Principio de secreto profesional.

Aquellas personas que trabajan en ficheros que contienen datos personales están obligadas al secreto profesional. Así lo recogen las Normas Básicas de Deontología Informática²⁵ diciendo que *"el informático no difundirá ni comunicará a terceras personas datos de carácter personal o íntimo registrados en bases o bancos de datos a los cuales tuviere acceso en el ejercicio de su actividad. Sólo facilitará datos de carácter personal o íntimo cuando en virtud de disposiciones legales fundadas en el Bien Común o el interés público estuviere obligado a ello"*.

El artículo 10 de la Ley establece este deber de secreto, diciendo que *"El responsable del fichero automatizado y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlo, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero automatizado o, en su caso, con el responsable del mismo"*.

Como es natural, la violación del secreto se considera falta grave, e incluso falta muy grave cuando se trata de datos especialmente protegidos (ideología, religión o creencias, y origen racial, salud y vida sexual).

■ 25 "Normas básicas de Deontología Informática". Redactadas por el Grupo de Investigación de CITEMA, integrado por José Carlos-Roca, Manuel Heredero Higuera, Luis Navarro Gil y Ramón Villanueva Etcheverría.

La Regulación de los Datos Sensibles en la LORTAD

ALVARO A. SÁNCHEZ BRAVO

Profesor-Colaborador del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

SUMARIO

INTRODUCCION

CONCEPTUACION DE LOS DATOS SENSIBLES

DETERMINACION DE LOS DATOS SENSIBLES: SU DINAMICIDAD

¿NUMEROS CLAUSUS O NUMEROS APERTUS?

REGULACION DE LOS DATOS SENSIBLES EN LA LORTAD:

- A) Determinación de los Datos Sensibles
- B) Enumeración y Contenido
- C) Régimen Jurídico

D) Excepciones a la prohibición de tratamiento de datos sensibles: Ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

ULTIMAS CONSIDERACIONES. A MODO DE CONCLUSION

Introducción

La existencia en las legislaciones nacionales de una ley sobre tutela de los datos personales es una importante garantía de las libertades fundamentales del ciudadano ¹.

Con la introducción de las nuevas tecnologías de tratamiento automatizado de los datos es cuando se ha manifestado la potencialidad lesiva ya presente en la recogida, múltiple, masiva e indiferenciada, de los datos personales ².

En nuestro país la promulgación de la L.O.R.T.A.D.³ ha colmado ese vacío existente, si bien no ha sabido responder a todas las expectativas desper-tadas antes de su promulgación.

No obstante debe citarse entre sus aciertos el haber abordado la regulación de los denominados "*datos sensibles*".

El particular estudio de esta especial categoría de datos y su articulación en la legislación española, pretende ser el objeto de reflexión sobre el que versarán las siguientes consideraciones.

■ 1 Cfr. **LOSANO, M. G.**: *Los proyectos de ley italianos sobre la protección de los datos personales*, en el vol. col.: *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica* (Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), ed. a cargo de A. E. Pérez Luño, Ténos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987, pág. 278.

■ 2 Cfr. **TONIATTI, R.**: *Libertad Informática y Derecho a la Protección de los datos Personales: Principios de Legislación Comparada*, trad. cast. A. Saiz Amaiz, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1991, Enero-Abril, nº 29, pág. 141.

■ 3 Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal. Publicada en el BOE número 262, de 31 de octubre de 1992.

Conceptuación de los Datos Sensibles

Los datos personales, si por un lado pueden ser agrupados en una categoría homogénea, por otro, se prestan a ser reconsiderados de acuerdo con la diversa disciplina a la que está sometida su circulación. Una reconsideración respecto a la categoría general lo constituyen, precisamente, los datos sensibles. No existe un acuerdo unánime ni en la doctrina ni en el derecho comparado acerca de qué sean o qué deba entenderse por datos sensibles. Lo que sí parece existir es un acuerdo casi generalizado, en su abstracción, respecto a la necesidad de una regulación diferenciada respecto a ciertos datos personales cuyas peculiaridades exigen formas de tutela particulares.

Es precisamente en la determinación de esas peculiaridades donde surgen las discrepancias.

El Prof. PEREZ LUÑO considera como tales aquellos que tienen una inmediata incidencia en la privacidad o un riesgo para prácticas discriminatorias. También considera como tales aquellas informaciones que hacen referencia a convicciones personales, así como las referentes inmediatamente al resto de las libertades⁴.

TONIATTI por su parte establece una doble consideración respecto a la conceptualización de los datos sensibles:

- Criterio Formal: Aquellos datos que presentan algunos requisitos reforzados para que limiten su libre adquisición, circulación, etc...

- Criterio Material: Cualificados por su afectación a una esfera íntima subjetiva de particular delicadeza. Aquellos que más directamente se refieren ya a la esfera personal e íntima ya a la titularidad de los derechos fundamentales de libertad⁵.

MADRID CONESA, por último, estructura la consideración de los datos sensibles en torno a dos variables:

■ 4 Cfr. PEREZ LUÑO, A. E.: *Libertad informática y leyes de protección de los datos personales*, en colab. con M. G. Losano y M. F. Guerrero Mateus, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 152; ID.: *Comentario Legislativo. La LORTAD y los derechos fundamentales*, en *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 1993, Febrero-Octubre, número 1, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, pág. 406.

■ 5 Cfr. TONIATTI, R.: *Libertad Informática y Derecho a la protección de los Datos Personales: Principios de Legislación Comparada*, cit., pág. 155.

1. Aquellos cuyo tratamiento incorpora peligros de discriminación.

2. Aquellos que son irrelevantes desde el punto de vista de las relaciones externas de los ciudadanos; es decir, aquellos más directamente conectados con el ámbito más personal e íntimo⁶.

Esta breve semblanza doctrinal nos ilustra respecto a lo que venimos señalando respecto a la conceptualización de los datos sensibles. Lo cierto es que, pese a todas las diferencias, existe un acuerdo respecto a una especial tutela, protección y garantías para estos datos.

Los datos sensibles, como cualesquiera otros datos, no pueden ser considerados estáticamente, sino en el proceso general de tratamiento automatizado del que constituyen su objeto, e incluso su fin. Surge aquí plantearse pues el carácter dinámico de su determinación.

Determinación de los Datos Sensibles: Su Dinamicidad

Dejando al margen la importancia que reviste la protección de ciertas categorías de datos que por su propia naturaleza pueden poner en peligro la intimidad de los ciudadanos, asistimos a un consenso casi generalizado respecto a la consideración de que no es la naturaleza de los datos la que atenta contra el derecho a la intimidad, sino el concreto contexto en el que se efectúa el tratamiento de dichos datos⁷.

No es la clasificación abstracta de un dato como más o menos cercano al ámbito de las personas, ni la determinación de que por su naturaleza tiene carácter de secreto o no lo que determina su tutela, sino el ámbito concreto de su uso⁸.

La tutela de las informaciones no puede ya quedar limitada a aquellas de cuya calidad así se exija, en una visión estática, sino que debe extenderse a la

■ 6 Cfr. MADRID CONESA, F.: *Derecho a la Intimidad, Informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, pág. 88.

■ 7 Vid. sobre ello: *Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales*, Bruselas, 24 de septiembre de 1990, COM (90) 314 final- SYN 288. Asimismo art. 8 de la *Propuesta Modificada de Directiva del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, Bruselas, 15 de octubre de 1992, COM (92) 422 final- SYN 287.

■ 8 Cfr. DENNINGER, E.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, trad. cast. A. E. Pérez Luño, en el volumen a cargo de A. E. Pérez Luño, en el vol. col. *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Ténos, Madrid, 1987, pág. 273.

dinámica de su uso o funcionalidad. Es evidente, como señala el **prof. Pérez Luño**, que cualquier información, en principio neutra e irrelevante, puede convertirse en sensible a tenor del uso que se haga de las mismas⁹.

Existe la posibilidad, como venimos señalando, que datos a priori irrelevantes desde la consideración de la privacidad de las personas, sin embargo, en conexión con otros datos puedan servir para hacer completamente diáfana y transparente la personalidad de los ciudadanos.

Se aboga así por un sistema dinámico en la protección de los datos sensibles. La experiencia del Derecho Comparado, remisa a una amplia enumeración de la categoría de los datos sensibles, y su encorsetamiento en rígidas normas legales, nos dan una muestra de cuán inoperantes pueden ser las declaraciones grandilocuentes, paralelamente vacías de garantías.

Será el devenir de los tiempos, y el consecuente cambio en las estructuras sociales, el que determinará la inclusión o no de determinados datos en la categoría de "sensibles", y por lo tanto su acomodación a la realidad fáctica de su tratamiento.

Tiempo y espacio se revelan aquí como variables ineludibles de un verdadero y efectivo sistema de garantías.

No obstante, no todo será variabilidad, acomodación, sino que pese a las circunstancias cambiantes, siempre habrá un mínimo de "sensibilidad" que nos indicará el norte a seguir, y nos permitirá, alejándonos de la niebla, conocer ese mínimo irreductible que para el ser humano constituye su intimidad.

¿Numerus Clausus o Numerus Apertus?

El carácter dinámico que venimos propugnando en la determinación de los datos sensibles, nos lleva a plantearnos cuál debe ser la fórmula o método a través del cual deben positivizarse, y por lo tanto, determinarse su régimen específico y peculiar.

El decantamiento por una opción de numerus clausus o numerus apertus, dependerá, no tanto de la sensibilidad del legislador o de su mayor ampli-

■ 9 Cfr. PEREZ LUÑO, A. E.: *Comentario Legislativo: La LORTAD y los derechos fundamentales*, cit., pág. 413.

tud de miras, sino que lo realmente determinante será la concepción que se comparta acerca de la amplitud del bien jurídico protegido, bien limitado a la concepción individualista de la intimidad, o bien, además del anterior, al ejercicio efectivo del resto de las libertades. Por que como señala el profesor **Madrid Conesa**, el problema del derecho a la intimidad se resuelve, en última instancia, en un problema de libertad¹⁰.

Por razones de seguridad jurídica es cierto que deberá procederse a la determinación legal de aquellos supuestos subsumibles bajo el ámbito de los datos sensibles. Ahora bien, será necesaria la utilización de cláusulas abiertas o generales, lo suficientemente precisas, en su vaguedad, como para determinar su ámbito de aplicación, pero, lo suficientemente amplias como para permitir la modelación en la conceptualización de los datos de acuerdo a las exigencias que demande el efectivo cumplimiento y garantía de los derechos de los ciudadanos.

Pasemos a ver algunos ejemplos de "determinación legislativa" de los datos sensibles.

Según la Convención Europea los datos sensibles (art. 6) son "los datos de carácter personal que revelaren el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual... y los referentes a las condenas criminales"¹¹.

Las Comunidades Europeas enumeran como tales "los datos que revelen el origen racial y étnico, la opinión política, las convicciones religiosas, filosóficas o morales, la afiliación sindical, así como las informaciones relacionadas con la salud y la vida sexual"¹².

La Ley francesa (art. 31) incluye en esta categoría "los datos nominativos que directa o indirectamente hagan constar los orígenes raciales o las opiniones políticas, filosóficas, religiosas o la afiliación sindical de las personas".

■ 10 Cfr. MADRID CONESA, F.: *Derecho a la Intimidad, Informática y Estado de Derecho*, cit., pág. 45.

■ 11 Vid. sobre ello: *Protección de datos. Convenio del Consejo de Europa de 1981*, Servicio Central de Publicaciones. Presidencia del Gobierno, Madrid, 1983, pp. 33-34.

■ 12 Vid. sobre ello especialmente: Art. 8 de la *Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, cit.

En Gran Bretaña se incluyen (art. 2.3 de la *Data Protection Act*) "los datos relativos al origen racial, a las opiniones políticas, religiosas o de otra naturaleza, a la salud física y mental, a la vida sexual y a las condenas penales".

Como se puede observar las categorías recogidas son casi idénticas, si exceptuamos las relativas a las condenas penales, cuya inclusión o no se debe a la diferente conceptualización con que los ordenamientos nacionales entienden la publicidad de las actuaciones penales y el régimen de los datos tratados o generados en tales actuaciones.

Conviene tener en consideración, que no será la enumeración de los datos la que determinará su efectivo régimen de garantías, sino la amplitud de supuestos que puedan subsumirse bajo su enumeración lineal. Es decir, se trata de un problema de interpretación acerca de qué debe entenderse bajo las dicciones legales de datos sensibles. Abordaremos este tema con más profundidad; baste ahora señalarlo.

Regulación de los Datos Sensibles en la Lortad.

Entre las muchas consideraciones hechas sobre la LORTAD cabe destacar positivamente el hecho de haber incluido en su articulado un apartado específico dedicado a la regulación de los datos sensibles, otorgándole una protección reforzada¹³.

Para esta categoría de datos el principio general, es al contrario del existente para los datos ordinarios, el de la prohibición de recogida y tratamiento excepto en los casos previstos por la ley. Veámos si este presupuesto se cumple en nuestra norma patria. Para ello abordaremos su estudio desde distintos presupuestos.

A) Determinación de los datos sensibles.

La LORTAD procede en su art.7 a la determinación de los datos sensibles, bajo la denominación de datos especialmente protegidos. Acoge así el elemento de la protección, y de su diferente intensidad, como criterio delimitador de dicha categoría.

■ 13 Cfr. PEREZ LUÑO, A. E.: *Comentario Legislativo: La LORTAD y los derechos fundamentales*, cit., pág. 419.

Desde el punto de vista del afectado el elemento del consentimiento se revela como fundamental, como expresión máxima y global de su derecho a la autodeterminación informativa. La propia Exposición de Motivos así lo expresa: "El principio de consentimiento... sus contornos, por otro lado, se refuerzan singularmente en los denominados "datos sensibles"...".

Pero no debe tratarse de un consentimiento simple, sino de un "consentimiento informado", a fin de que el interesado pueda sopesar los riesgos y ventajas del tratamiento de sus datos sensibles y ejercer los derechos recogidos en la norma. Volveremos sobre este punto al tratar el régimen jurídico al que están sometidos.

B) Enumeración y Contenido.

El artículo 7 establece como datos sensibles "los datos de carácter personal que revelen la ideología, religión y creencias, así como los referentes al origen racial, a la salud y a la vida sexual... los relativos a infracciones penales o administrativas".

Dos objeciones cabe hacer a esta enumeración legal:

1. Establece una parca regulación, consolidándose así un sistema de *numerus clausus*. No es esta afirmación contradictoria con la sostenida *supra* acerca de la necesidad de una generalidad en la dicción legal de los supuestos considerados como datos sensibles. El legislador español parece considerar los datos sensibles en función de una tutela estática, que presenta como referente ciertos preceptos constitucionales, cuya salvaguarda se propone llevar a efecto. Se consigue con ello sólo una solución parcial del problema.

Ha sido el Profesor PEREZ LUÑO el que con gran cierto ha puesto en evidencia la "parcialidad" que venimos señalando. Así se manifiesta el prof. de la Hispalense: "Hay que reprochar a la LORTAD el haber planteado la tipificación de las informaciones especialmente sensibles en función de la ideología, religión o creencias... cuando resultaba mucho más completo y pertinente haber tomado como punto de referencia el artículo 14 de la propia Constitución que previene cualquier actividad discriminatoria -hay que entender que también las realizadas a través de la informática- por razones de "nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social"¹⁴.

■ 14 Cfr. PEREZ LUÑO, A. E.: *Comentario Legislativo: La LORTAD y los derechos fundamentales*, cit., pág. 413.

2. Alusión a conceptos jurídicos ciertamente indeterminados, que no pueden considerarse como generales, en la postura que venimos defendiendo, sino ciertamente como ambiguos y que estoy seguro producirán en el momento de su alegación por algún ciudadano afectado, graves problemas de interpretación respecto al alcance de su contenido. Procederemos por ello a intentar dar una visión lo más completa posible acerca de qué supuestos son, a nuestro criterio, subsumibles bajo las expresiones legales contenidas en la LORTAD.

a) **Ideología.** Deberá incluir tanto las opiniones políticas, como las referentes a la afiliación sindical. Se englobarán las informaciones del interesado sobre sus actividades en el terreno político y sindical. Respecto a las informaciones referentes a la pertenencia a un sindicato nos adherimos a aquellos países que en sus legislaciones consideran que las informaciones referentes a la pertenencia a un sindicato llevan consigo riesgos para la intimidad personal.

Considerando la objeción que podría plantearse respecto al requisito suplementario de la afiliación, en el ámbito sindical, recogido entre otras legislaciones por la Comunidad Europea, hacemos notar nuestra oposición a tal requisito suplementario. El conocimiento de las opiniones políticas tiene también su principal baluarte en la afiliación de los ciudadanos a los partidos políticos o en el desarrollo de actividades de apoyo, generalmente bajo la atenta mirada de los órganos rectores de los mismos. Así pues sólo quedan dos alternativas, o bien se prescinde en ambos casos del requisito de la afiliación como elemento delimitador de la adscripción a una determinada opción política o sindical, o bien, se exige en ambos casos, con el riesgo evidente de limitación del ámbito material protegido¹⁵.

b) **Religión y Creencias.** Se considerarán como tales las creencias religiosas, convicciones filosóficas y morales, incluida la falta de creencias religiosas, así como las informaciones relativas a las actividades del interesado en el terreno religioso o filosófico, y las actividades o actitudes que se deriven de tales creencias o convicciones. Las creencias no religiosas o no filosóficas también deben constituir datos especiales.

c) **Origen racial.** Comprende los datos o informaciones relativos a la pertenencia a una etnia, pueblo o nación, al margen de su adscripción a un determinado Estado. Deberá incluirse asimismo la información sobre el color de la piel.

■ 15 Vid. sobre ello: *Protección de datos. Convenio del Consejo de Europa*, cit., pág. 33. Asimismo *Propuesta modificada de Directiva ...*, cit., pág. 18.

d) **Salud.** Los datos personales relativos a la salud pueden catalogarse, como hace **Toniatti**, de supersensibles¹⁶. Conciernen a un ámbito merecedor de información reforzada hasta el punto de excluir normalmente el acceso directo de los individuos a los propios datos personales¹⁷. Abarca las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. Pueden tratarse de datos referentes a un individuo de buena salud, enfermo o fallecido. Estos datos comprenden igualmente las informaciones relativas al abuso del alcohol o al consumo de drogas. Deben hacerse, no obstante, dos consideraciones respecto a este tipo de datos:

1. Habrá que tener especial cuidado respecto a los datos referentes a la salud mental en el futuro, pues se corre el riesgo de hacer ingresar a los afectados en una especie de "censos negros", con el paralelo peligro para el ejercicio de sus derechos. Se puede así proceder al tratamiento de estos datos sensibles basándose en meras sospechas que no presenten ninguna constatación fáctica. Serán las verdaderas necesidades del tratamiento médico y la evolución de la enfermedad, junto a unas razonables previsiones de futuro, las que deben determinar la inclusión de estos datos.

2. Respecto a las referencias al alcohol y a las drogas, deberán establecerse límites flexibles, a temperados a los efectos particulares sobre el individuo concreto. Máxime cuando no está claro ni para el Derecho Penal, ni para la Ciencia Toxicológica, dónde están los límites entre el consumo, uso y abuso de drogas o alcohol. La estricta referencia al término drogas engloba otras sustancias perjudiciales para la salud, tales como los estupefacientes y los psicotrópicos.

e) **Vida Sexual.** Es este un término ciertamente relativo y estrictamente personal. Como señala el prof. **López Ibor** la conducta sexual relativa al objetivo que la motiva puede ser influida por los actos positivos o negativos referentes a la finalidad de lo sexual en sí. Por lo tanto varía notablemente según los individuos, desplazándose desde el mismo acto sexual a sus elementos y derivados más o menos remotos¹⁸.

■ 16 Cfr. **TONIATTI, R.**: *Libertad Informática y Derecho a la Protección de los Datos Personales: Principios de Legislación Comparada*, cit., pp. 158-ss.

■ 17 Vid. sobre ello y en el ámbito de la política comunitaria de protección de los datos personales: *Propuesta modificada de Directiva...* cit., especialmente su artículo 13 donde a propósito del reconocimiento del derecho de acceso de los interesados, establece en su apart. 1.2: *Los Estados Miembros podrán prever que el derecho de acceso a los datos de carácter médico únicamente pueda ejercerse por medio de un médico*. Se pretende con ello, como ha señalado la propia Comisión en esta su propuesta, proteger al interesado de cualquier connotación que pudiera tener graves repercusiones psicológicas, que puedan producir, en casos extremos, incluso el suicidio.

Sobre la política desarrollada en Francia y Gran Bretaña respecto al acceso a los datos médicos, especialmente de afectados por el SIDA, vid.: **TONIATTI, R.**: *Libertad informática y Derecho a la Protección de los Datos Personales: Principios de Legislación Comparada*, cit., pp. 159-ss.

■ 18 Cfr.: *El Libro de la Vida Sexual*, dirig. por J.J. López Ibor, Danae, Madrid, 1968, pág. 410.

Deberán incluirse por lo tanto todos los datos relativos a la actividad sexual de los ciudadanos, así como la ausencia de dicha actividad, y las consecuencias que de ellas se derivan.

Se considerarán también como tales los datos de "referencia indirecta", es decir aquellos de los que puedan extraerse ciertos datos indiciarios de su conducta sexual, tales como suscripción a revistas de contenido erótico, anuncios de contactos, pertenencia a ciertos colectivos de defensa de homosexuales o/y lesbianas, etc...

e) **Infracciones penales o administrativas.** Debe partirse de la incorrecta denominación empleada por el legislador español para hacer referencia a estos datos. Debería haber empleado más bien el de **condenas**, por cuanto que son las sentencias en las que éstas se establecen las que incorporan una serie de datos que pueden menoscabar gravemente la intimidad de los ciudadanos. Si a ello unimos la conservación de datos referentes al cumplimiento de las mismas, una vez que dichas condenas han sido ya cumplidas o se han extinguido, el potencial lesivo es enorme.

Las mismas consideraciones caben, *mutatis mutandi*, respecto del empleo del término infracciones administrativas.

Por tales infracciones deberán entenderse las sanciones fundadas en una norma penal o administrativa e impuestas en el marco de un procedimiento penal o sancionador-administrativo.

C) Régimen jurídico.

Como señalamos anteriormente la regulación de los datos sensibles en la LORTAD, se configura en torno al principio del consentimiento. El consentimiento de la persona concernida acerca del tratamiento de sus datos sensibles se constituye como elemento fundamental articulador del sistema de garantías.

Será el consentimiento, y sus diferentes manifestaciones, el que determinará la posibilidad de tratamiento automatizado de estos datos. Se constituye así un sistema de "regulación en cascada", que desde la elaboración de un principio general desemboca en una posibilidad casi absoluta de tratamiento, si bien sólo circunscrita a los ficheros de carácter público.

Veámos como queda configurado este esquema regulador.

1. Principio General. Prohibición de recogida y tratamiento **excepto con el consentimiento del afectado**, o en los casos previstos por la ley. El consentimiento, como ya señalamos, debe ser informado, para permitir así al afectado evaluar las ventajas e inconvenientes que se derivan de dicho tratamiento. Este consentimiento informado se recoge en la LORTAD en el apartado 2, punto 1, artículo 7 cuando señala: "Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo". No obstante se echa en falta en la dicción legal la referencia al carácter de libre del consentimiento, que no por obvio, deja de ser menos necesario. Coadyuva a este principio general, la prohibición de crear ficheros con la finalidad exclusiva de almacenar datos sensibles.

2. Consentimiento de Primer Grado. Los datos de carácter personal que revelen la **ideología, religión y creencias**, sólo podrán ser objeto de tratamiento con *consentimiento expreso y por escrito*. Estos requisitos evidencian, como señala la propia Exposición de Motivos, el carácter reforzado de la protección de estos datos, adquiriendo así el carácter de "supersensibles".

3. Consentimiento de Segundo Grado. Sólo con el *consentimiento expreso* del afectado podrán tratarse datos referentes al **origen racial, a la salud y a la vida sexual**.

Aquí ya no es necesario la plasmación por escrito del consentimiento para proceder al tratamiento. Sólo se exige que sea expreso, y por lo tanto podrá manifestarse de forma oral. Ello conlleva unos evidentes problemas probatorios para el afectado, no sólo en la determinación de si otorgó o no el consentimiento, sino también respecto al alcance del mismo.

Pero lo verdaderamente sorprendente, cosa que no se acierta a comprender, es la diferenciación entre grupos de datos sensibles. Se crean así *datos de primera y de segunda clase*, sin una razón que lo justifique. La deficiente referencia a un precepto constitucional, como base de la determinación de los datos sensibles, puede ser la raíz de tamaño error. El legislador olvida que la intimidad de los ciudadanos no conoce de parcelaciones cuando al tratamiento de los datos sensibles se refiere.

4. **Habilitación legal por razones de interés general.** Las críticas apuntadas anteriormente se acentúan ante esta posibilidad, que presenta como único anclaje con la legalidad la abstracta e indeterminada referencia al interés general. Nada hace el legislador para colmar nuestras dudas. Sólo hay una cosa cierta, por esta vía se abre una puerta para el tratamiento de datos referentes al **origen racial, a la salud y a la vida sexual**.

Será preciso determinar en este instante qué se entiende por interés general.

Siguiendo lo señalado por la Comisión de las Comunidades Europeas, pueden considerarse englobadas en tal denominación genérica todas aquellas medidas necesarias para la salvaguarda de los valores fundamentales de una sociedad democrática¹⁹. En idénticos términos se expresa el Consejo de Europa²⁰.

Pero la concurrencia de dicho interés general deberá hacerse constar mediante una Ley. Nada dice el texto acerca del rango normativo de esta norma habilitante. Sólo la Exposición de Motivos hace referencia a la misma, añadiéndole que la habilitación legal habrá de ser expresa.

Ante esta falta de previsión legal conviene señalar que en dicha disposición legal deberán precisarse los datos que pueden ser tratados, las personas destinatarias de los mismos, la cualificación del responsable del tratamiento, las personas autorizadas a acceder a ellos, así como las garantías apropiadas contra los usos abusivos y los accesos no autorizados.

Sólo con estas menciones de la norma habilitante podrán salvarse las garantías que para los derechos de los ciudadanos establece la propia LORTAD.

5. Libertad de tratamiento, aunque sólo referido a los ficheros automatizados de las Administraciones Públicas.

Los datos de carácter personal referentes a la **comisión de infracciones penales o administrativas** sólo podrán ser incluidos en ficheros automatizados de las Administraciones Públicas. Sirvan en este punto lo señalado *supra* acerca de qué debe entenderse por tales infracciones, y las consecuencias que de ello se derivan.

D) Excepciones a la prohibición de tratamiento de datos sensibles: Ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

El estudio del régimen jurídico de los datos sensibles en nuestro ordenamiento, quedaría incompleto si no recogiéramos también las excepciones que

■ 19 Cfr.: *Propuesta modificada de Directiva...*, cit., pág. 26.

■ 20 Cfr.: *Protección de datos. Convenio del Consejo de Europa de 1981*, cit., pág. 36.

establece la misma ley. Es precisamente en éstas donde hay que mirar para ver cuál es el efectivo sistema de protección y de garantías otorgado a los ciudadanos. Declarados rimbombantemente una serie de derechos, es habitual su derogación posterior de manera soterrada o encubierta, amparándose en ineludibles deberes del Estado, dando una imagen garantista al ciudadano, cuando realmente lo que se está configurando es un verdadero asalto a sus derechos y libertades.

La LORTAD recoge, en esta línea, la posibilidad de tratamiento automatizado de datos sensibles **en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta (art. 20.3)**.

De nuevo el legislador español acude a conceptos jurídicos indeterminados, que lejos de aportar flexibilidad en su articulación, lo que hacen es atraer negros nubarrones sobre cuál es el verdadero alcance de esta excepción. Se trata, como vemos, de una regulación fundada en un criterio restrictivo sobre la subsistencia de un derecho individual merecedor de protección que deja paso al prevalente interés nacional²¹.

La circunstancia "objetiva" que determina la posibilidad de dicho tratamiento son los fines de una investigación concreta. Este término debe incluirse dentro del marco más amplio de la "**represión de los delitos**", y que comprendería tanto la investigación de los delitos como su persecución. Esta posibilidad, que pudiera parecer lógica como medio de salvaguarda de la **seguridad pública**²², sin embargo adolece de tal carácter ante la total desarticulación del sistema de garantías de los ciudadanos.

Esta permisividad de la legislación española choca con los estrictos límites que en el Derecho Comunitario se pretenden establecer respecto a estos tratamientos, y que se concretan en la imposibilidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de proceder al tratamiento de dichos datos.

■ 21 Cfr. **TONIATTI, R.**: *Libertad Informática y Derecho a la protección de los Datos Personales: Principios de Legislación Comparada*, cit., pág. 157.

■ 22 En torno a la delimitación del concepto de seguridad pública, el Consejo de Europa, en la Memoria Explicativa, número 56, del Convenio 108 para la protección de las personas con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, establece que "**la noción de seguridad del Estado deberá entenderse en el sentido tradicional de protección de la soberanía nacional contra amenazas internas o externas, incluida la protección de las relaciones internacionales del Estado**", vid. sobre ello: *Protección de datos. Convenio del Consejo de Europa*, cit., pág. 36. Por su parte las Comunidades Europeas consideran como tal "**todas las actuaciones policiales de los órganos del Estado, incluida la prevención del crimen**", vid. sobre ello: *Propuesta modificada de Directiva...*, cit., pág. 25.

En la legislación española, por contra, se deja a los propios responsables del tratamiento la determinación "unilateral", de cuándo los datos deberán ser utilizados, así como la amplitud material y temporal de dicha utilización. Difícilmente conocerá el afectado que se está procediendo a una utilización de sus datos sensibles por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Además se exime a éstos de la concesión a los afectados de los derechos de acceso, rectificación y control. Esto parece ser, en su sin razón, lo más coherente. Si un ciudadano desconoce que sus datos sensibles están siendo objeto de tratamiento automatizado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, difícilmente tendrá la "necesidad", por ese desconocimiento, de ejercitar los restantes derechos.

El problema no está sólo en la derogación de los derechos de los ciudadanos, sino fundamentalmente en la consolidación de una potestad ciertamente arbitraria.

Ultimas consideraciones. A modo de conclusión.

La protección de los datos personales sensibles dista mucho de ser satisfactoria en la forma establecida por nuestra legislación.

Su indeterminación, sus imprecisiones y sus alarmantes excepciones no hacen más que ahondar en esa desprotección que para el ciudadano, y en la esfera de sus datos personales, parece consolidarse.

Es aquí donde una vez más se revela imprescindible una conciencia social informada, crítica, que sea capaz de rebelarse contra las vulneraciones de sus derechos, y de exigir el efectivo y total cumplimiento de los mismos.

Pero esta no es una tarea que competa exclusivamente a los ciudadanos. El Estado como garante de los derechos y libertades públicas deberá proceder a las adaptaciones necesarias para que la salvaguarda de aquéllos responda a la exigencias de un Estado Social y Democrático de Derecho. Hasta que ello sea posible, continuará siendo necesario mantener una postura crítica.