

# Letra y Espíritu de la LORTAD: ¿Un problema de coherencia?

ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO

*Profesor-ayudante del departamento de  
Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla.*

La promulgación reciente de la ley orgánica 5/92 sobre tratamiento automatizado de datos personales viene a cubrir un mandato constitucional cuya regulación no admitía más demora. La importancia de la materia ha suscitado, ciertamente, un amplio debate doctrinal en las etapas previas a la fase legislativa acerca de la conveniencia de un modelo u otro de regulación jurídica que no ha concluido, como era de esperar, con la aprobación y promulgación de la ley. Corresponde ahora a la doctrina y a quienes desde un sector u otro de la ciencia jurídica han manifestado su interés por esta materia realizar una labor rigurosa y depurada de crítica de las opciones que el legislador contempla en el texto de la ley.

Desde la promulgación de ésta no han cesado de publicarse trabajos que han analizado el contenido de sus preceptos, sus implicaciones y posibles consecuencias en la tutela del derecho a la intimidad, sus méritos y carencias y tantos otros aspectos que inciden o pueden incidir en la tutela efectiva de este derecho fundamental. Pero más allá de cuestiones concretas de su articulado, de la concordancia de la norma con otras del ordenamiento jurídico o de su relación con las distintas legislaciones nacionales sobre la materia e, incluso, su

concordancia con normas de derecho internacional, hay un aspecto que creo debe recabar nuestra atención y que suscita en quien esto escribe una perplejidad próxima al desaliento.

Y es que si algo puede provocar extrañeza en un lector mínimamente avisado es la falta de coherencia interna entre la exposición de motivos de la ley y el desarrollo pormenorizado de sus preceptos. Verdaderamente las declaraciones altisonantes y grandilocuentes de la parte expositiva pueden provocar una adhesión espontánea a sus proclamaciones que, a buen seguro, habrá de desvanecerse ineluctablemente tras una lectura crítica de sus contenidos normativos. Pareciera que ambas partes de la ley han sido redactadas por legisladores distintos con una diversa y muy distanciada concepción de los principios que deben inspirar la tutela de la intimidad frente al abuso informático.

Y esto nos aboca necesariamente a la cuestión de la coherencia interna del texto de la ley. La postura que aquí se sostendrá, en este sentido, pretende eludir valoraciones acerca de la conveniencia de opciones legislativas diversas de las adoptadas. Sencillamente,- estas líneas no permiten nada más-, intentaremos poner de manifiesto que lo que la LORTAD dice pretender no encuentra el reflejo correspondiente en su parte normativa, y a la inversa, los fines que esa parte normativa persigue poco tienen que ver con las declaraciones programáticas de su exposición de motivos. Y los que nos parece especialmente preocupante de todo esto no es ya las opciones y el modelo de tutela esbozado, sino la falta de coherencia interna de la ley. Se trata de una cuestión de técnica legislativa que dice muy poco del rigor jurídico de cuantos expertos han intervenido en la configuración del texto definitivo.

Nuestras observaciones habrán de verse necesariamente limitadas por lo estricto de una comunicación que pretende solamente poner de manifiesto una cuestión sobre la que quizás aún no se ha reparado suficientemente. En cualquier caso, el análisis de esta cuestión requerirá -si asumimos las consecuencias que de su planteamiento se derivan- un desarrollo ulterior y pormenorizado de los argumentos que en ella se esgrimen, pero creemos que existen razones que nos permiten mantener la conclusión aludida.

Veamos. Si algo puede resultar revelador en este sentido es la concepción que del derecho a la intimidad se deduce de la lectura de la exposición de motivos. Comienza nuestro legislador estableciendo una distinción entre privacidad e intimidad. La Constitución -nos dice- emplaza al legislador a limitar el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos. Y miren ustedes por dónde, la preocupación que los redactores de la ley tienen ante las agresio-

nes a la intimidad por medios informáticos es tan acusada que no basta con establecer garantías eficaces -ésta y no otra es la característica definitoria esencial de la garantía- para defender la intimidad de los ciudadanos tal como viene entendida en el artículo 18 de nuestra norma suprema sino que la inquietud del legislador excede con mucho los límites constitucionales, es más podría uno pensar que la demora en atender el mandato constitucional del art. 18.4 responde a un proceso de maduración, de toma de conciencia por parte de quien tiene la difícil misión de garantizar el ejercicio de los derechos legítimos de los ciudadanos. Ya fuera de retardarse en su misión el legislador parece haber tomado buena nota de los acontecimientos y de las necesidades de tutela de la intimidad. No basta por tanto con establecer límites, con fijar garantías frente a las agresiones a la intimidad -entendida ésta en sentido estricto-, sino que existe un sector más amplio de la vida de los ciudadanos que debe ser adecuadamente protegido aún no perteneciendo propiamente a la esfera íntima:

*“Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquella es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona..., la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo.”*

Esta proclamación solemne con la que se inaugura la exposición de motivos parece dejar traslucir que la inquietud que el legislador tiene por asegurar la tutela efectiva de la privacidad es ciertamente importante. El objeto de la ley va más allá incluso, como hemos tenido ocasión de advertir, de la tutela estricta de la intimidad para penetrar en un ámbito más amplio de la vida de los individuos. Se trata de la privacidad, toda una amplia y heterogénea gama de conductas e informaciones sobre la vida de las personas que son susceptibles de defensa. El ámbito privado se define así por su carácter amplio y abierto y comprende todo aquello que en una u otra medida afecta a las peculiaridades de la persona en singular (honor, nombre, imagen, etc).

La agresión a través de medios informáticos puede afectar a datos relativos a ámbitos diferenciados de la vida de los individuos: vida familiar, profesional, relaciones personales, salud, creencias religiosas y políticas, hábitos de

vida, etc. Y el conocimiento de estas informaciones debe quedar lejos de alcance discrecional de quienes con finalidad lícita manipulan los ficheros automatizados.

Bien, hasta aquí el espíritu de la ley. Pero las intenciones de poco valen si no se adoptan medidas concretas tendentes a asegurar el respeto escrupuloso a la privacidad. Las proclamaciones solemnes pueden quedar en papel mojado si no se garantiza que eso que se proclama será efectivamente respetado. Y es aquí donde creemos que la ley hace aguas: las continuas excepciones en el régimen de ficheros públicos (artículos 21 y 22) pueden ser buen botón de muestra de cuanto decimos. La coherencia interna de la ley exige que se tomen medidas que garanticen lo que la ley proclama, o bien, si esto no puede ser así porque el legislador entiende que las exigencias de la sociedad informatizada no pueden quedar confinadas en los márgenes estrechos del respeto a la privacidad, que el texto de la ley no se adorne con la grandilocuencia de un discurso que no resistiría simple constatación de los hechos. Creemos que existen buenas razones para afirmar cuanto antecede, aunque no pretendemos hacer aquí un análisis exhaustivo del texto de la ley. Nos hemos referido a las abundantes excepciones que existen en materia de ficheros públicos, pero podríamos aludir también a la omisión del N.I.F. cuya regulación no ha sido expresamente contemplada por la ley y que alberga riesgos por todos conocidos, con carácter general podríamos mencionar igualmente las excepciones al principio del consentimiento contempladas en materia de cesión de datos -especialmente en lo relativo a datos recogidos de fuentes accesibles al público- (art.11.2), y con respecto a los ficheros de titularidad privada habría que referirse al insatisfactorio tratamiento de los datos relativos a la solvencia patrimonial y al crédito (art.28) y ficheros con fines de publicidad (art.29), sobre los que habría que hacer apreciaciones que exceden con mucho el objetivo de esta comunicación.

A todo ello habremos de añadir la pretendida independencia de la agencia de protección de datos que la ley instituye como garante de los derechos de los ciudadanos en materia de protección de datos. Resulta significativo el tenor de la exposición de motivos:

*“La Agencia se caracteriza por la absoluta independencia del Director en el ejercicio de sus funciones, independencia que trae causa, en primer lugar, de un expreso imperativo legal, pero que se garantiza en todo caso, mediante el establecimiento de un mandato fijo que sólo puede ser acortado por un numerus clausus de causas de cese.”*

Una vez más hemos de manifestar nuestra sorpresa irrefrenable ante el tono de magnificencia y solemnidad de la exposición de motivos. Da la impre-

sión de que el título VI de la ley establece un órgano absolutamente independiente que ejerce sus funciones libre de toda atadura que pueda mermar efectivamente la tutela de los derechos de los ciudadanos. Pero esta inclinación desmedida por las frases grandilocuentes sitúa nuevamente a la ley en la encrucijada de su propia incoherencia. La historia nos ha enseñado suficientemente que las declaraciones solemnes de poco valen si no están sustentadas en garantías reales. Y es aquí donde surge el problema: el nombramiento y cese del Director de la Agencia depende del ejecutivo. De manera que ese criterio de "absoluta independencia" al que nos referimos es interpretado por el legislador en términos auténticamente insólitos. Y ello por dos motivos: primero, porque no nos parece que la independencia de que se nos habla quede asegurada en modo alguno ante la inminencia de un posible cese "por incumplimiento grave de sus obligaciones" que, en última instancia, es apreciado por el gobierno; segundo, porque nos provoca cierta incredulidad pensar que un órgano administrativo nombrado por el gobierno pueda ejercer un control efectivo sobre los bancos de datos de titularidad pública denunciando los desmanes que la Administración pudiera cometer.

Sin embargo, el legislador ha optado por un camino difícil. Es la vía de los grandes principios que luego se verán mermados no por una praxis errónea sino por una normativa carente de garantías. Lo que queda claro de todo ello es que la ley y la exposición de motivos discurren por senderos distintos y esto es lo que nos parece particularmente alarmante, sobre todo porque la opción por el respeto celoso de la privacidad podía haberse abandonado, sin olvidar la tutela de la intimidad, en beneficio del ejercicio legítimo del derecho a la información y de la transparencia informativa. Y da la impresión -un poco lastimosa- de que el legislador ha jugado con nuestra ingenuidad. Y es aquí donde todo esfuerzo exculpatario pierde su sentido ante el reconocimiento incontestable y clamoroso de la incoherencia del legislador.