

EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS PROCEDENTES DE FUENTES ACCESIBLES AL PUBLICO (A propósito de la STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 1998 y el proyecto de ley de reforma de la LORTAD)

SANTIAGO CAVANILLAS MUGICA
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de las islas Baleares
Director del Centro de Estudios
de Derecho e Informática de Baleares (CEDIB)

SUMARIO: I. LOS HECHOS Y LA SENTENCIA. II. LA RECOGIDA DE DATOS DE FUENTES ACCESIBLES AL PUBLICO (ART. 6.2 LORTAD): SU INTERPRETACION. III. LA RECOGIDA DE DATOS DE FUENTES ACCESIBLES AL PUBLICO (ART. 6.2 LORTAD): SU FUTURO).

I. LOS HECHOS Y LA SENTENCIA

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de septiembre de 1998 desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa de "mailing" contra la resolución de la Agencia de Protección de Datos que le imponía una sanción económica (10.000.001 pesetas) por una infracción grave, en concreto, "tratar de forma automatizada los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave" (art. 43.3 d) de la LORTAD). Los datos utilizados por la empresa sancionada, que realizaba el "mailing" para una ONG y una editorial, eran el nombre, apellidos y domicilio que constaban en su base de datos y que, según parece, se habían obtenido del padrón municipal y el censo electoral.

De entre los argumentos expuestos en el recurso y desestimados en la sentencia hay uno que merece especial atención: el relativo al carácter público de las fuentes de obtención de los datos personales.

II. LA RECOGIDA DE DATOS DE FUENTES ACCESIBLES AL PÚBLICO (ART. 6.2 LORTAD): SU INTERPRETACION

La recopilación de datos personales en la LORTAD

En el ámbito privado, la recogida de datos para su tratamiento automatizado es legítima en tres supuestos, recogidos en el art. 6 de la LORTAD (1):

- a) cuando haya consentimiento del afectado;
- b) cuando los datos se refieran a "personas vinculadas por una relación negocial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato";
- c) cuando los datos "se recojan de fuentes accesibles al público".

No es preciso derrochar imaginación para sospechar que los tres títulos legitimantes han de ser objeto de múltiples controversias: sobre la validez del consentimiento tácito, en el primer caso, sobre la necesidad justificante del tratamiento, en el segundo, y, finalmente, sobre el concepto de "fuente accesible al público", en el tercero y objeto de estas líneas.

Fuentes públicas accesibles al público: acceso, exposición, publicación

De forma más bien ejemplificativa, el art. 1 del RD1332/94, de 20 de junio, de desarrollo parcial de la LORTAD, define los "datos accesibles al público" como "los datos que se encuentran a disposición del público en general, no impedida por cualquier norma limitativa, y están recogidos en medios tales como censos, anuarios, bases de datos públicas, repertorios de jurisprudencia, archivos de prensa, repertorios

(1) El art. 29 LORTAD concreta lo dispuesto en el art. 6, para las empresas de "mailing" y venta directa: "quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad o venta directa y otras actividades análogas, utilizarán listas tratadas automáticamente de nombre y direcciones u otros datos personales, cuando los mismos figuren en documentos accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios afectados u obtenidos con su consentimiento".

telefónicos o análogos, así como los datos publicados en forma de listas de personas pertenecientes a grupos profesionales que contengan únicamente los nombres, títulos, profesión, actividad, grados académicos, dirección e indicación de su pertenencia al grupo”.

Las “fuentes accesibles al público” pueden ser privadas (como las guías telefónicas) o públicas, pertenecientes a los poderes públicos —sobre todo, administrativo y judicial—, como es el caso del censo electoral y del padrón municipal empleados por la empresa sancionada. Prosigo entonces el análisis concentrándolo en las fuentes *públicas* “accesibles al público”.

Avanzando en la exégesis, apliquemos, en primer lugar, una distinción semántica, pues el concepto de “fuente accesible al público” puede referirse a uno o varios de los siguientes subconceptos:

a) datos a los que se tiene libre acceso, sin necesidad de justificar interés alguno, pero con exigencia de una previa solicitud al órgano propietario de los datos; no sería el caso de los archivos y registros administrativos en general, ya que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común sólo autoriza el acceso a los documentos de carácter nominativo que no incluyan datos relativos a la intimidad de las personas a los titulares y a “terceros que acrediten un interés legítimo y directo” (art. 37.3).

b) datos que son objeto de exposición pública, como es el caso del censo electoral;

c) datos que son objeto de publicación en boletines, diarios o repertorios oficiales.

Personalmente no encuentro motivos para la distinción y, por ello, creo que los tres subconceptos pueden tener cabida en la definición legal de “fuente accesible al público”. Cuestión distinta es que la sujeción, legal o reglamentaria, de unos datos a un régimen de libre acceso o de mera exposición física pueda resultar indiciario de la finalidad perseguida por el legislador. Téngase en cuenta, al efecto, que las posibles razones meramente operativas que pudieran justificar el establecimiento de algunos de los tres modelos de publicidad expuestos se verán superados mediante la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el sector público, a que luego me referiré; en efecto, las prosaicas razones de coste que pueden justificar hoy la elección de uno de los tres sistemas (acceso, exposición o publicación) desaparecen en la llamada “sociedad de la información”, que, por otra parte, reducirá a dos los modelos de publicidad: el acceso condicionado (sin necesidad de justificar el interés, sí que será preciso requerir la información del órgano que la mantiene y, en su caso, cum-

plir con las exigencias de identificación o información que se establezcan) y el libre acceso, mediante la simple "navegación" a través de las bases de datos públicas (donde se confundirían lo que en el mundo físico son "exposición" y "publicación"). Con todo ello, la decisión del legislador de publicar las listas electorales en los tablones del ayuntamiento y no hacerlo, además, en Internet, al carecer de justificación económica, sólo podría deberse a la voluntad de reducir la publicidad de los datos y, por ello, debería ser tenida en cuenta a los efectos de delimitar la legitimidad del tratamiento automatizado de tales datos, tal como explicaré a continuación.

Finalidad de la accesibilidad y finalidad del tratamiento automatizado

Más importante que esta distinción semántica resulta el análisis teleológico de la legitimación que produce la "accesibilidad" de determinados datos personales. Como muy bien señalaba GRIMALT SERVERA en un número anterior de esta misma Revista, "el concepto de *fuentes accesibles al público* debe articularse en función de los motivos por los que determinados datos son objeto de publicidad —es decir, atendiendo a la finalidad de la publicidad—; procede distinguir entre aquella publicidad de datos que tenga como finalidad la publicidad con carácter general —es decir, que los datos estén destinados a ser de dominio público—, sin más, y aquella publicidad de datos que persiga una finalidad distinta (por ejemplo, los datos de un censo son objeto de publicidad, pero ésta tiene como finalidad el que electores y elegibles puedan comprobar la exactitud del censo)" (2).

En efecto, es preciso combinar dos premisas: que la decisión de los poderes públicos de hacer libremente accesibles ciertos datos puede obedecer a distintos matices teleológicos y que "los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos" (art. 4.2 LORTAD) (3). Deben cohererse, entonces, la finalidad de la norma que hace accesibles unos datos y la finalidad del tratamiento que los emplea; cualquier desviación de esta ecuación hace ilegítimo el tratamiento.

(2) GRIMALT SERVERA, "El tratamiento automatizado de datos sobre solvencia patrimonial obtenidos de resoluciones judiciales (Comentario a la STS, Sala 3ª, de 3 de marzo de 1995)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto 1995, pág. 225.

(3) Se trata del llamado "principio de finalidad", que es recogido también en el art. 6.1 b) de la Directiva

Veremos, en las próximas líneas, qué aplicación debe recibir esta regla en las dos concretas fuentes accesibles al público mencionadas en el recurso que motiva la sentencia comentada: el censo electoral y el padrón municipal.

El censo electoral: finalidad de la publicidad y tratamiento automatizada. Análisis de la situación anterior a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista

Aparte del derecho de acceso permanente de los interesados, la Ley Orgánica 5/1985, de 18 de junio, del Régimen Electoral General establece dos fórmulas de publicidad del censo en periodos electorales.

En primer lugar, el art. 39.2 de la ley mencionada obliga a Ayuntamientos y Consulados a "la exposición de las listas electorales vigentes de sus respectivos municipios durante el plazo de ocho días, a partir del sexto día posterior a la convocatoria de elecciones". La finalidad de dicha exposición es la de facilitar el acceso a la información censal por parte de los electores, pero también ofrecer la misma información, con función de higiene electoral, a candidatos, medios de comunicación y cualquier interesado. Siendo ésta la finalidad, se entiende que la ley opte por un modelo de publicidad generoso, que va más allá del mero derecho de acceso de los interesados a sus propios datos censales. Pese a ello, está lejos del propósito del legislador el transferir dicha información al dominio público, de tal manera que sea susceptible de usos como la elaboración de un listado con la finalidad de realizar un "mailing", comercial o no comercial, como en el caso que estamos examinando. La finalidad del tratamiento excede, con mucho, de la finalidad de la norma que establece la exposición pública de las listas del censo electoral (4).

(4) La argumentación viene a coincidir con las explicaciones ofrecidas por la Agencia de Protección de Datos a su postura (Memoria de la Agencia de Protección de Datos 1995, págs. 197-198):

"El hecho de que durante un determinado periodo de tiempo aparezcan las listas expuestas al público no significa que dichos datos se encuentren incorporados a fuentes susceptibles de utilización pública, sino que la exposición tiene una finalidad concreta en relación con el titular de los datos que no puede vulnerar sus derechos, en concreto, los reconocidos en el artículo 18.4 de la Constitución Española, ni tampoco puede vulnerar lo dispuesto en la propia ley Orgánica del Régimen Electoral general respecto a la prohibición de acceso a los datos censales". Se alude, además, a un informe de la Junta Electoral Central, solicitado por la Agencia, en el que se señala que las listas elec-

La segunda vía de publicidad consiste en la entrega a los representantes de cada candidatura de una copia del censo del distrito correspondiente, "en soporte apto para su tratamiento informático" (art. 41.5). Dicho fichero, según el precepto citado, "podrá ser utilizado exclusivamente para los fines previstos en la presente Ley". Estos fines son, a mi entender, la posible revisión de los datos electorales y, sobre todo, la realización de "mailings" electorales.

Ha sido frecuente en nuestro país la presentación de candidaturas "de conveniencia", que no persiguen una meta electoral seria y sí, en cambio, la de hacerse con los ficheros electorales para disponer de ellos con finalidad comercial. Es evidente que ello supera con creces la finalidad perseguida por la ley y que son ilegítimos el tratamiento de dichos datos y su mera cesión (art. 11 de la LORTAD), por lo que, tanto el partido político o candidatura cedente como la empresa cesionaria pueden ser sancionados —por infracción grave, la cesionaria, y por infracción muy grave, el cedente (art.43.4.b) LORTAD)—, salvo que se entienda que es una infracción electoral sujeta, no a la LORTAD, sino a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

Del conjunto de las afirmaciones que llevo hechas se desprende una conclusión: de acuerdo con la interpretación de la LORTAD a la luz del art. 3.1 del Código Civil, en ningún caso puede pretenderse que es legítimo el tratamiento, con una finalidad comercial, de los datos personales derivados del censo electoral, pues ninguna de las dos vías de recolección de los mismos —la exposición pública de los datos y el fichero informático entregado a los partidos— autoriza dicho uso.

*El tratamiento automatizado del censo electoral y el art. 39.3
de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*

Con posterioridad a los hechos que dieron lugar a la sanción, el panorama legal ha cambiado considerablemente, como consecuencia de la publicación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, cuyo art. 39.3, dedicado a las ventas a distancia, dispone que "en todo caso, deberán cumplirse las disposiciones vigentes sobre respeto de la

torales se exponen públicamente para su consulta por los interesados a los efectos de presentación de reclamaciones y que "no está permitida la recopilación de los datos existentes en las mismas por cualquier medio sea manual, fotográfico, informático o de cualquier otra naturaleza".

intimidad y sobre protección de los menores, considerándose solamente el nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo electoral como datos accesibles al público en los términos establecidos por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal y dando la oportunidad a las personas de oponerse a recibir comunicaciones comerciales”.

En mi opinión, dicho precepto se opone a la LORTAD, tal como entiendo que debe ser interpretada, y, además, no se opone en pie de igualdad, ya que la materia regulada está bajo una reserva de ley orgánica (arts. 18 y 81 de la Constitución), que la LORTAD satisface y la Ley de Ordenación de Comercio Minorista (en adelante, LOCM), como ley ordinaria que es, no.

Además, genera una delimitación bastante caprichosa de los sectores en que el tratamiento de los datos en cuestión es legítima, por disposición expresa de la LOCM, y en los que no lo es, por aplicación de la LORTAD. Las empresas de venta directa (que no sean de seguros, créditos, servicios de inversión o servicios con reserva: Disp. Adic. Primera de la LOCM), se beneficiarían de este régimen, pero no las ONGs o las asociaciones.

Todo indica que tanto los legisladores como los aplicadores del Derecho encuentran difícil realizar un balance coherente y estable entre los intereses de las empresas de venta directa y publicidad domiciliaria y los abstractos y abstrusos conceptos de la regulación de protección de los datos personales. Y da la impresión que, en el caso de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, fueron los primeros intereses los que primaron, dando lugar a lo que tiene todos los visos de ser, hacia el pasado, una auténtica “amnistía” de los datos censales ya en poder de las empresas del sector, y, hacia el futuro, una legitimación de prácticas verdaderamente defraudadoras de la publicidad que, en toda democracia, debe acompañar al proceso electoral.

El padrón municipal: falta de publicidad

En el caso del padrón municipal, debe “negarse la mayor”: sus datos no son accesibles al público. Así se refleja, a partir de sendas reformas de 1996, en la redacción del art. 16.4 de la Ley de Bases del Régimen Local (5) y art. 53.2.2º del Reglamento de Población y Demar-

(5) “... los datos del Padrón son confidenciales y el acceso a los mismos se regirá

cación Territorial de las Entidades Locales (6); pero así era también, antes de dicha reforma, tal como explica muy correctamente la sentencia comentada (7).

III. LA RECOGIDA DE DATOS DE FUENTES ACCESIBLES AL PÚBLICO (ART. 6.2 LORTAD): SU FUTURO

El estado de la cuestión

La publicidad de los datos como hecho legitimador del tratamiento no aparece mencionada en el art. 7 de la Directiva 95/46/CE, 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 (8) —que, por otra parte, añade otras causas legitimadoras que no están en la LORTAD, como la muy controvertida y luego examinada del apartado f)—. Sólo es posible encontrarla en la propuesta inicial de Directiva, cuyo art. 8.1 —referente a la legitimidad del tratamiento en el sector privado— incluía un apartado b) referente a “los datos que provienen de fuentes generalmente accesibles al público y cuyo tratamiento se destina exclusivamente a la correspondencia” (9). La desaparición de este inciso en el texto definitivo fue

por lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”

(6) Con idéntica redacción a la recogida en la nota anterior

(7) “Aún cuando en su actual redacción la cuestión no ofrece ya ningún género de dudas, entendemos, que en su redacción originaria, el Padrón no podía ser tampoco considerado como un documento accesible al público, a los efectos del antecitado art. 29 de la LORTAD, pues el art. 17 de la Ley de Bases del Régimen Local atribuía al Padrón el carácter de documento público y fehaciente a efectos administrativos, en cuanto registro administrativo en el que constaban los datos personales de los vecinos de un municipio, y su apartado 1 garantizaba, en todo caso, “el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”, entre los que se encuentra el derecho a la intimidad personal de los empadronados”.

(8) La Directiva, sin embargo, justifica la transferencia de datos a países que no ofrezcan un nivel de protección adecuado “cuando la transferencia tenga lugar desde un registro público que, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, esté concebido para facilitar información al público y esté abierto a la consulta por el público en general o por cualquier persona que pueda demostrar un interés legítimo, siempre que se cumplan, en cada caso particular, las condiciones que establece la ley” (art. 26.1.f)).

(9) También la Recomendación R (85) 20, de 25 de octubre de 1985, del Consejo de Europa autoriza, en el art. 2.2 de su Anexo, el tratamiento a efectos de “marketing

plenamente consciente y mereció la siguiente explicación en los comentarios que acompañaban la propuesta modificada de Directiva: "El punto b) del art. 8.1 del texto inicial ha sido suprimido porque la Comisión ha constatado que, en ciertos casos, las fuentes accesibles al público de manera general pueden incluir datos personales sensibles. Además, en la mayoría de los casos, los datos han sido tratados para fines específicos y no deberían ser utilizados para otros fines sin que sean tomadas en consideración las otras disposiciones de la Directiva".

Tampoco se menciona este supuesto legitimador del tratamiento en la mayoría de las leyes europeas que ya han desarrollado la mencionada Directiva (10).

Sin embargo, el proyecto de ley de modificación de la LORTAD (11) para adaptarla a la Directiva persiste en mantener este título de legitimación del tratamiento y propone la siguiente redacción para el art. 6.2: "No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a personas vinculadas por una relación comercial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarias para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato; cuando el tratamiento de datos tenga por finalidad proteger un interés vital del afectado; o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el tercero a quien se comuniquen los datos".

Además de una enmienda formal de Coalición Canaria, existen otras dos de más hondo calado: la núm. 22, del Grupo Parlamentario Vasco, que propone la supresión del inciso relativo a las fuentes accesi-

directo" de los datos de carácter personal procedentes de "ficheros accesibles al público u otras publicaciones". Más cauta, la Recomendación R (91) 10, de 9 de septiembre de 1991, sobre la comunicación a terceras personas de datos de carácter personal en poder de organismos públicos, cuyo art. 6.1 establece que "cuando la persona en cuestión esté jurídicamente obligada a dar sus datos para ser registrados en un fichero accesible a terceras personas, el tratamiento de los datos por parte de terceras personas debería, bien estar sometido al consentimiento, de carácter explícito y consciente, de la persona en cuestión, bien ajustarse a lo dispuesto en la ley".

(10) No existe dicho título de legitimación del tratamiento, de manera no exhaustiva, en las leyes sobre protección de datos personales inglesa (1998), griega (1997), portuguesa (1998), holandesa —proyecto de ley— (1998) y belga (1998); sí aparece, en cambio, en el art. 12.1.c) de la ley italiana (1996) de tutela de las personas y otros sujetos respecto del tratamiento de datos personales,

(11) Boletín Oficial de las Cortes Generales, 31 de agosto de 1998, serie A, núm. 135-1

bles al público, y la núm. 51, que, recogiendo la tesis expuesta por GRIMALT SERVERA en esta Revista y que en las páginas anteriores he asumido, propone añadir una cautela: "los datos sólo podrán ser utilizados después de su recogida, de acuerdo con la finalidad específica atribuida a la fuente accesible al público".

Argumentos a favor de la eliminación de la procedencia de fuentes accesibles al público como criterio legitimador del tratamiento

1. La actual redacción de la Directiva, a la que debe sujetarse la nueva LORTAD, no incluye este supuesto de legitimidad del tratamiento. Al contrario, los antecedentes legislativos y los más recientes desarrollos en Europa refuerzan esta exclusión. Téngase en cuenta, además, que el art. 5 (12) de la Directiva no concede a los Estados miembros margen para el establecimiento de distintos motivos generales de legitimidad del tratamiento fuera de los contenidos en el art. 7.

No parece que la alusión del proyecto a que el responsable del tratamiento persiga además un interés legítimo vaya a reducir demasiado el supuesto de hecho, al menos si se considera legítimo —y así debe ser, en mi opinión, en una economía mercado como la nuestra— concurrir en el mercado, con empleo de cualquier técnica comercial no prohibida, con el propósito de obtener un máximo de ganancias. Esta impresión viene confirmada por la redacción del art. 29, dedicado a las empresas de "mailing", en el proyecto de ley: "Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad o venta directa y otras actividades análogas, utilizarán listas tratadas automáticamente de nombres y direcciones u otros datos personales, cuando los mismos hayan sido facilitados por los propios afectados u obtenidos con su consentimiento o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el tercero a quien se comuniquen los datos".

2. La inclusión de una cláusula limitativa, relativa a la sujeción del tratamiento a la finalidad que persigue la publicidad dada a ciertos datos, como se propone en la enmienda del grupo socialista, adolece de inseguridad jurídica. Una cosa es defender esta tesis en sede inter-

(12) "Los Estados miembros precisarán, dentro de los límites de las disposiciones del presente capítulo, las condiciones en que son lícitos los tratamientos de datos personales".

pretativa, como en páginas anteriores he hecho, y otra considerar que, en términos de política legislativa, sea la mejor solución.

3. La confusión entre la publicación o comunicación de unos datos personales en fuentes accesibles al público y su tratamiento automatizado no resulta coherente con el art. 18.4 de la Constitución y la misma LORTAD. En mi opinión y contra quienes piensan que el art. 18.4 de la Constitución protege un verdadero derecho subjetivo a la "autodeterminación informativa" o a la "libertad informática", la regulación sobre protección de datos no es sino una defensa preventiva o adelantada del derecho a la intimidad. Que el legislador prohíba el tratamiento de datos por sí mismos no íntimos no responde a la intención de defender el derecho a que nadie conozca, por ejemplo, nuestro nombre y domicilio, sino al temor de que la "especial peligrosidad" del tratamiento informático permita alcanzar, a través de estos datos insustanciales, la esfera de la intimidad (13). Si esto se acepta, no se puede entender que la LORTAD considere que, publicado o disponible un dato personal —lo que carece de relevancia jurídica para la protección de la intimidad—, pueda, sin más, ser objeto de tratamiento —que sí pone en peligro la intimidad personal de los afectados— (14).

4. Existen, además, razones de política legislativa que también

(13) Véase, por ejemplo, la práctica de algunas empresas dedicadas al "marketing directo", según relata la Memoria 1996 de la Agencia de Protección de Datos (págs. 123-124): "los datos procedentes de las guías telefónicas [es decir, de otra aparente fuente accesible al público] suelen enriquecerse posteriormente por las empresas utilizando técnicas de "micromarketing", a partir de los ficheros que distribuye el Instituto Nacional de Estadística, con información al nivel de sección censal (alrededor de unas 400 viviendas), lo que permite segmentar a la población según criterios de estimación geográfica y sociodemográfica. De esta forma, se asigna al individuo un código basado en el hecho de que esté domiciliado en un sector geográfico con un determinado predominio tipológico (edad, nivel de educación, actividad laboral, número de miembros por unidad familiar,...)".

La idea de que la informática significa un "plus" de riesgo para la intimidad personal no ha sido todavía convenientemente asumida por los tribunales; así, la sentencia de 14 de octubre de 1996 (Aranzadi Social 1996/3925) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, afirma, respecto de un fichero informático sanitario, que "en el supuesto presente, el fichero que se lleva informáticamente está formado por la reunión de las hojas clínicas de cada uno de los trabajadores visitados por el servicio médico, que se presta en la propia empresa que es entidad colaboradora de la Seguridad Social. Fichero al que no se pueden exigir unas garantías y controles mayores por ser su soporte informático, que las que tendrían en el caso de llevarse por el procedimiento tradicional de soporte de papel...".

(14) En este sentido, recientemente, HERRAN ORTIZ, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Madrid, 1998, págs. 256-257

inclinan la balanza a favor de la supresión de esta vía de legitimación del tratamiento.

Si puede decirse que estamos entrando en la sociedad de información no es solamente porque las nuevas tecnologías hagan la información especialmente asequible, sino porque, al mismo tiempo, ella misma constituye un preciado bien de consumo, así como una herramienta de control de los poderes públicos y participación ciudadana. Pasando por alto manifestaciones nacionales (15) de esta apreciación de la información, la publicidad y la transparencia como principios de actuación de los poderes públicos, encontramos en el "Libro Verde sobre la información del sector público en la sociedad de la información", COM (1998) 585, promovido por la Comisión Europea, una exposición cumplida de las nuevas orientaciones, por más que en dicho Libro Verde se combinen, de forma no siempre clara, dos distintas perspectivas: la de la información del sector público como elemento constituyente de la ciudadanía europea y de la libre y efectiva competencia transfronteriza —y la dificultad de acceso a la información como obstáculo para lograrlas— y la de la explotación comercial de dicha información.

Para los redactores del Libro Verde, "el debate sobre la información del sector público debe situarse en el marco de la nueva sociedad de la información" (núm. 47) y, en conexión, entonces, con el "gobierno electrónico" (16), que incluye la información, la comunicación y la transacción entre administraciones y ciudadanos y empresas (núm. 51). Como perspicazmente añade el Libro Verde, "la digitalización de la información del sector público facilita no sólo el acceso a ella, sino también las posibilidades de su explotación" (núm. 67) y es aquí donde confluyen, en búsqueda de un punto de equilibrio, la accesibilidad (y "explotabilidad") de la información del sector público y la necesidad de proteger la intimidad de las personas, como el propio Libro Verde apunta (17). Ahora bien, dicho punto de equilibrio puede obtenerse de dos formas:

(15) Entre ellas, el art. 105 de la Constitución española, que exige una regulación legal del "acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas". El mandato constitucional ha sido cumplido por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 37).

(16) Según el Libro Verde, el "gobierno electrónico" "abarca tanto las aplicaciones internas como las externas de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) en el sector público" (núm. 48).

(17) Núm. 110: "Parte de la información comercialmente interesante en manos del sector público es de naturaleza personal, es decir, hace referencia a personas físicas o

reduciendo la accesibilidad (y, por tanto, la información misma) o reduciendo su "explotabilidad".

La primera opción es, en mi opinión, la más adecuada para los datos que directamente inciden en la intimidad u honor personal, lo que vendría a coincidir con el límite constitucional (art. 105) al derecho de acceso a registros administrativos —la intimidad—. Sin embargo, no me parece apropiada para aquellos datos personales no íntimos, como nombre, apellidos, domicilio, teléfono, etc., respecto de los cuales creo que es mejor optar por permitir la publicidad y limitar, en cambio, la "explotabilidad", es decir, el tratamiento automatizado de tales datos. Si se mantuviera la ecuación "accesibilidad" igual a legitimidad del tratamiento, como ocurre en la actual LORTAD, se debería realizar el balance de intereses con respecto al acceso a la información, en lugar de hacerlo con respecto a su "explotabilidad"; en su caso, por tanto, se limitaría la información, en lugar de vetar su tratamiento (18). El peligro, desde un punto de vista de política legislativa, estaría en que, por no distinguir publicidad y tratamiento, a la hora de decidir si se publica o no cierta información que contiene datos personales, debería valorarse no solamente la intromisión en la intimidad de los afectados que dicha publicidad suponga, sino también la posibilidad de que los datos publicados sean recolectados para un tratamiento automatizado. Y, teniendo en cuenta que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, al mismo tiempo que facilitan el acceso a la información, también lo suelen hacer con la posibilidad de recolectar los datos para someterlos a tratamiento automatizado, se ve cómo la regla que aquí critico puede conducir a un tacaño balance de los apasionantes intereses que la sociedad de la información pone en juego.

permite su identificación. Es el caso, por ejemplo, de los registros de población, empresas, vehículos o créditos. También de la información sobre sanidad, empleo o asistencia social. La industria privada puede utilizar este tipo de información con fines comerciales, de investigación u otros. En estos casos es preciso contrapesar el derecho a la información de ciudadanos y empresas con el derecho del particular a la intimidad. Todas las normas nacionales de acceso demuestran tener presente la necesidad de este tipo de equilibrio". Núm. 114: " El crecimiento de la sociedad de la información puede plantear nuevos riesgos para la intimidad del particular si se facilita el acceso a los registros públicos en formato electrónico (especialmente en línea y a través de Internet) y en grandes cantidades".

(18) Así parece ocurrir en la ley italiana, que, por un lado, acepta, como la LORTAD, la legitimidad del tratamiento de datos públicamente accesibles, pero, por otro, establece límites añadidos al tratamiento y difusión de datos por parte de los poderes públicos (art. 27).

5. La eliminación de la posibilidad de tratar datos procedentes de fuentes accesibles al público supondría un importante obstáculo para la subsistencia de las empresas de "mailing" y para el halagüeño futuro comercial de las empresas de venta directa. No creo, sin embargo, que sea ésta consecuencia necesaria de la obediencia debida por el legislador español a lo establecido en la Directiva 95/46.

En mi opinión, existen soluciones preferibles a la escogida por el legislador español, que, al mismo tiempo, no empleen una puerta tan indeterminada y, por ello, peligrosamente abierta, como es el libre tratamiento de los datos accesibles al público (19). En efecto, considero preferible a la utilización de fórmulas abstractas como la del art. 6.2 de la LORTAD, el establecimiento de reglamentaciones sectoriales que viene autorizado, ambigua pero ciertamente, por el art. 7 f) de la Directiva (20), que legitima el tratamiento cuando "es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades funda-

(19) Una manifestación clara de este peligro no la ofrece la sentencia 103/1999, de 17 de febrero, de la sección octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que considera que, respecto de los datos obtenidos de fuentes accesibles al público, la persona concernida por los datos incluidos en un fichero de información patrimonial carece del derecho a ser notificado que tendría si fuera otra la fuente de obtención de los datos (cfr. MARCHENA GÓMEZ, "Conocimiento por el interesado de su inclusión en ficheros automatizados sobre solvencia patrimonial. A propósito de la Sentencia 103/1999, de 17 de febrero, de la Sala de lo Contencioso —Sección Octava— del Tribunal Superior de Justicia de Madrid", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 400, 22 de julio de 1999, págs. 1 y ss.). Como explica su acertado comentarista, "estimar, como ha estimado el Tribunal de lo contencioso, que las fuentes accesibles al público permiten una suerte de irreversible desnudez colectiva de los afectados, al alcance de todo aquél que quiera alimentar su propio fichero, sin necesidad de dar cuenta a quien queda etiquetado como insolvente o incumplidor— en no pocos casos, sin saberlo—, no es un criterio excesivamente respetuoso con el genuino alcance y significado de la privacidad".

(20) El considerando 30 de la Directiva nos ofrece una ejemplificación auténtica de las posibilidades de este artículo: "que, en particular, para asegurar el equilibrio de los intereses en juego, garantizando a la vez una competencia efectiva, los Estados miembros pueden precisar las condiciones en las que se podrán utilizar y comunicar a terceros datos de carácter personal, en el desempeño de actividades legítimas de gestión ordinaria de empresas y otras entidades; que los Estados miembros pueden asimismo establecer previamente las condiciones en que pueden efectuarse comunicaciones de datos personales a terceros con fines de prospección comercial o de prospección realizada por una institución benéfica u otras asociaciones o fundaciones, por ejemplo, de carácter político, dentro del respeto de las disposiciones que permiten a los interesados oponerse, sin alegar los motivos y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernen".

mentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva”.

Una reglamentación del sector del “mailing” y “marketing directo” debe observar, en mi opinión, lo siguiente:

a) La reserva de ley orgánica que atribuye la Constitución española a esta materia obliga a reflexionar adecuadamente sobre el instrumento normativo empleado para contener dicha reglamentación sectorial: la propia LORTAD, una ley ordinaria, un reglamento administrativo (21) y/o una instrucción de la Agencia de Protección de Datos. Sería lamentable que, por adoptar la tradicional postura cómoda, la ley española se limitara a transcribir el apartado f) del art. 7 de la Directiva, sin desarrollarlo, ni materialmente, ni, al menos, en cuanto a la determinación del procedimiento que servirá para efectuar el balance de intereses que la norma exige.

b) No debe autorizarse, con carácter general y salvo que la ley reguladora establezca lo contrario, el tratamiento de datos recogidos de fuentes públicas de libre acceso; las fuentes de recopilación externas deben ser privadas (fundamentalmente, guía telefónica). Como ya he explicado, las fuentes públicas —que, como tales, obedecen a motivos de interés público— deben liberarse del posible lastre de los eventuales tratamientos que pueden facilitar, mientras que las fuentes privadas, sujetas a la autonomía de la voluntad, permiten fijar la voluntad de la persona concernida respecto de un ulterior tratamiento, tal como se detalla en el siguiente apartado.

c) Dichas fuentes privadas, además, deben funcionar de tal manera que los particulares cuyos datos son recogidos para la elaboración de las mismas puedan pedir que sus datos no consten o que lo hagan pero con la salvedad de no poder ser tratados con fines comerciales (22).

(21) Esta es la solución adoptada por la ley belga y la ley griega, que otorgan además cierta participación en el proceso de decisión a las autoridades de control nacionales. También la ley italiana contiene una delegación reglamentaria a favor del Gobierno para el establecimiento de regulaciones sectoriales.

(22) Según el art. 67.2 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, Aprueba el Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones, en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, “los abonados podrán exigir a los operadores que se les excluya de las guías, que se indique que sus datos personales no puedan utilizarse para fines de venta directa o que se omita parcialmente su dirección. Los operadores requeridos deberán cumplir lo dispuesto en este apartado, sin coste alguno para los abonados”.

d) Por último, deben delimitarse estrictamente los datos susceptibles de tratamiento, que no podrán exceder del nombre, apellidos, dirección y número de teléfono.