

Comentario jurisprudencial

## **DERECHO PÚBLICO Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC)**

Antoni Roig\*

### **Sumario**

- I. Introducción
- II. La incidencia de las TIC en los derechos fundamentales
- III. La tensión entre el derecho a la protección de datos y el derecho de acceso a la información pública
- IV. Conclusiones: ¿simple evolución o transformación de la jurisprudencia sobre derechos fundamentales y nuevas tecnologías?

---

\* Antoni Roig, profesor titular de derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona, Edificio B, Campus de la UAB, 08193, Cerdanyola del Vallès, Antoni.Roig@uab.cat.  
Artículo recibido el 7.05.2007.

## I. Introducción

La incidencia de las nuevas tecnologías sobre los esquemas habituales de los juristas es creciente. En este estudio se analizan algunas de las sentencias más significativas que han tratado diversos aspectos relacionados con el derecho público. Las decisiones del Tribunal Constitucional español ocupan un lugar destacado, pero no exclusivo, ya que tanto la jurisprudencia de los principales tribunales ordinarios españoles como, en ocasiones, la de algunos tribunales extranjeros pueden ser objeto de análisis.

Empezaremos resumiendo las decisiones, principalmente del Tribunal Constitucional español, sobre los derechos fundamentales y las nuevas tecnologías. Una vez hayamos establecido este marco, ya podremos valorar las resoluciones que han tratado del derecho de acceso a la información en relación con los poderes públicos, así como la tensión entre este derecho y el derecho a la protección de datos. Acabaremos nuestro recorrido intentando valorar todo este conjunto jurisprudencial, y concluir si creemos que las nuevas tecnologías de la sociedad de la información han transformado cualitativamente algunos aspectos del derecho público o bien lo han hecho simplemente evolucionar.

## II. La incidencia de las TIC en los derechos fundamentales

### 1. TIC y derecho a la intimidad

La implantación y la puesta en funcionamiento de un nuevo sistema de control horario en la Administración pública cántabra consistente en la lectura biométrica de la mano ha generado dudas sobre el respeto de esta medida al derecho a la intimidad. Diversas SSTSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 y 23 de enero, y de 28 de marzo de 2003, han considerado que no existía ninguna vulneración de la intimidad.<sup>1</sup> El informe del fabricante del aparato ha sido determinante, ya que se afirma que se computa información de la longitud, la anchura, el grueso y el área de superficie de la mano, pero no se almacena ninguna imagen ni marca dactilar. Incluso se podría hacer uso de la mano izquierda invertida en lugar de la derecha. Tampoco hay riesgo para la salud, ya que se usa una luz infrarroja parecida a la de los mandos a distancia de los televisores. Además, la medida se justifica por el carácter imperfecto de los sistemas de control alternativos más usuales, consistentes en relojes y tarjetas. El Tribunal Constitucional no ha admitido el recurso de amparo subsiguiente, alegando primero que la mano no es una parte del cuerpo que se quiera esconder y, por lo tanto, no se vulnera el derecho a la intimidad corporal; en segundo lugar, el Tribunal considera que tampoco se infringe la intimidad personal, dado que no se descubre ningún ámbito reservado o desconocido del recurrente; y, finalmente, tampoco se vulnera el derecho a la protección de datos porque se cumplen, según el alto tribunal, todas las garantías que prevé la Ley orgánica de protección de datos personales (LOPD).<sup>2</sup> Más matices ha merecido fuera de nuestro país el uso de datos biométricos, concretamente la creación de una base de datos de huellas dactilares digitales. Así, el Tribunal de Grande

<sup>1</sup> SSTSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de enero de 2003 (rec. 760/2002 y rec. 822/2002); STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de enero de 2003 (rec. 166/2002), y STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2003 (rec. 759/2002).

<sup>2</sup> ATC 57/2007, de 26 de febrero, FJ 6.

Instance de París ha considerado desproporcionada la creación de una base de datos de huellas dactilares digitales con la finalidad de controlar el horario de trabajo.<sup>3</sup> Así pues, no es tanto el recurso a los datos biométricos lo que se considera inconstitucional, sino las circunstancias concretas y la justificación alegada: en el caso concreto ni era imprescindible, ni era proporcionada, ya que se recogían datos que permitían identificar características físicas que son únicas y permanentes en cada individuo. Quizás, en eso, el sistema más sencillo de Cantabria es más respetuoso y podría superar el test de proporcionalidad.

Por otra parte, el uso del correo electrónico y del ordenador por parte del trabajador en la empresa ha generado un número importante de sentencias, a veces contradictorias, en qué se afirmaba el necesario respeto a la intimidad. El control empresarial se ha justificado, aunque, en general, se exige que detrás haya una finalidad legítima y que sea proporcional (eficaz, necesario y beneficioso).<sup>4</sup> En ocasiones, se pide además que se informe previamente el trabajador, o que esté presente el trabajador o un representante de los trabajadores en el momento de hacer la actuación fiscalizadora.<sup>5</sup>

También el carácter obligatorio fijado por el convenio del teletrabajo a domicilio ha dado lugar a alguna sentencia que considera que vulnera el derecho a la intimidad del trabajador.<sup>6</sup>

## 2. TIC y derecho a la protección de datos personales

La STC 254/1993, de 20 de julio, representó un punto de partida confuso en la interpretación del artículo 18.4 CE. En efecto, este precepto incluiría una garantía de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho al honor y la intimidad, así como también sería un derecho fundamental propio.<sup>7</sup> Ahora bien, este derecho no se distingue del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), a no ser que represente una vertiente “positiva”, que se llama “libertad informática”. Ésta última consiste en el derecho a controlar el uso que se haga de los datos incluidos en un programa informático (*habeas data*).<sup>8</sup> En definitiva, el artículo 18.4 CE está configurado no tanto como una garantía de derechos fundamentales, como la intimidad, sino sobre todo como un supuesto específico del derecho a la intimidad —que podríamos llamar *intimidad informática*, aunque el Tribunal Constitucional no usa esta expresión—, que desborda su tradicional concepción de derecho de libertad. En la STC 143/1994, de 9 de mayo, se declara plenamente constitucional el número de identificación fiscal (NIF), ya que la finalidad que se persigue es «claramente legítim[a] desde la perspectiva constitucional», y su regulación no resulta desproporcionada.<sup>9</sup> En las SSTC 11, 33, 35 y 94, todas de 1998, se une la «libertad informática» a la libertad sindical (art. 18 CE). Los casos son parecidos, ya que una base de datos de afiliación de trabajadores a ciertos sindicatos, creada con la finalidad de descontar la cuota sindical del salario, y enviarla al sindicato correspondiente, es usada para otras finalidades. Concretamente, se usó la base de

<sup>3</sup> TGI de París, decisión de 14 de abril de 2005.

<sup>4</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 29 de junio de 2001 (rec. 1332/2001). Menos clara es la STSJ de Andalucía, de Sevilla, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2003 (rec.591/2003).

<sup>5</sup> STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 1 de marzo de 2004 (rec. 103/2004), Juzgado de lo Social núm. 1 de Santander, 1 de diciembre de 2005 (proc. 811/2005); STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2006 (rec. 1270/2006).

<sup>6</sup> STS, Sala Cuarta, Social, de 11 de abril de 2005 (rec. 143/2005).

<sup>7</sup> STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6.

<sup>8</sup> STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 7.

<sup>9</sup> STC 143/1994, de 9 de mayo FJ 6.

datos de afiliados para retener la parte proporcional del salario relativo al periodo de prueba, en algunos casos sin que la empresa comprobara si efectivamente el trabajador había participado en la huelga. Este uso para finalidades no autorizadas en el momento de la creación, ni sobre las cuales exista un posterior consentimiento, justificó la inconstitucionalidad de la actuación empresarial. También la transmisión de datos tributarios entre administraciones públicas ha sido analizada el Tribunal Constitucional. La STC 233/1999, de 16 de diciembre, calificó la actuación administrativa como respetuosa del derecho a la «intimidad informática», ya que el conocimiento de estos datos tributarios es «imprescindible para el adecuado del mandato constitucional recogido en el artículo 31.1 CE».<sup>10</sup> La creación de una base de datos de absentismo con baja médica es objeto de disputa en la STC 202/1999, de 8 de noviembre. En esta base de datos, figuraban los diagnósticos de las enfermedades que ocasionaron una situación de baja laboral por incapacidad temporal. Según el artículo 7 de la LORTAD, entonces vigente, los datos de carácter personal que hacen referencia a la salud sólo admiten tratamiento automatizado si tenemos el consentimiento expreso de los afectados o si, por razones de interés general, así lo dispone una ley. En este caso, faltaba el consentimiento y la finalidad no era la preservación de la salud de los trabajadores, sino otra diferente: «en el fichero en cuestión no se reflejan los resultados de la vigilancia periódica —y consentida por los afectados— sino sólo la relación de periodos de suspensión de la relación jurídico-laboral dimanante de una situación de incapacidad del trabajador».<sup>11</sup> Por lo tanto, se vulnera la “libertad informática” o, más claramente, cómo se dirá a partir de dos sentencias del 2000, el derecho a la protección de datos personales. Estas decisiones recayeron sobre recursos de inconstitucionalidad sobre la LORTAD de 1992 (STC 290/2000, de 30 de noviembre) y la Ley orgánica de protección de datos personales (LOPD) de 1999 (STC 292/2000), que la sustituyó. El voto particular del magistrado Manuel Jiménez de Parga en la primera, y sobre todo la STC 292/2000, separará definitivamente el derecho del artículo 18.4 CE, llamado ahora *derecho a la protección de datos personales*, del derecho clásico a la intimidad, que ya no se intenta forzar hasta situarlo, en una artificial vertiente positiva, en lo que hemos llamado la *intimidad informática*. Las dudas son ahora si la reducción del derecho del artículo 18.4 CE a la protección de datos, a pesar de la ganancia en claridad, no ha sacrificado otros contenidos, que podrían ser propios de nuevos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional en un futuro.<sup>12</sup>

En el ámbito europeo, el caso *Copland vs. Reino Unido* ha comportado recientemente una sanción para un ente público educativo por infracción del derecho a la protección de datos.<sup>13</sup> Concretamente, encontramos en el párrafo 44 de esta resolución que «la recopilación y almacenamiento de información

<sup>10</sup> STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 7.

<sup>11</sup> STC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, *in fine*.

<sup>12</sup> En todo caso, el derecho a la protección de los datos personales de los funcionarios ya ha llevado a la Agencia de Protección de Datos (APD) española a condenas importantes. Así, se condenó al sindicato Comisiones Obreras a pagar una multa de 6.000 euros por revelar datos de aproximadamente 60.000 funcionarios asistentes a diversos cursos de formación a distancia. Un trabajador había instalado en un ordenador que pertenecía al área de formación de la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de CCOO de Madrid un programa para compartir archivos a través de Internet (P2P), en concreto Emule. En los archivos accesibles constaban datos personales, como por ejemplo el DNI, el domicilio, el lugar de trabajo, el centro, el teléfono, la formación académica, la antigüedad en el puesto de trabajo y el departamento. También figuraban anotaciones sobre justificaciones de ausencias, como por ejemplo «baja médica», «muerte de un familiar», «problemas laborales» o «vacaciones» (abril de 2007).

<sup>13</sup> STEDH (sección cuarta) *Copland vs. Reino Unido*, de 3 de abril de 2007 (núm. de recurso 62617/00).

personal relativa a llamadas telefónicas de la recurrente, así como a sus correos electrónicos y al uso que ha hecho de Internet, sin su conocimiento, infringe su derecho al respecto de su vida privada».<sup>14</sup>

### 3. TIC y secreto de las comunicaciones

Aunque el correo electrónico genera problemas relacionados con la posible vulneración del secreto de las comunicaciones, la jurisprudencia ordinaria y constitucional no ha avanzado mucho en el derecho al secreto de las comunicaciones informáticas de los trabajadores, a diferencia de lo que sucede con el uso del teléfono en la empresa. En este sentido, se han protegido estos supuestos de manera mucho más clara desde del derecho a la intimidad de los trabajadores, cómo hemos indicado anteriormente. A diferencia de lo que ocurre con los trabajadores individuales, podemos encontrar alguna sentencia referida al secreto de las comunicaciones en la acción sindical. Así, se niega este derecho en los archivos adjuntos de los mensajes enviados haciendo uso del *infobuzón* de Telefónica, vistas las características públicas o abiertas de este instrumento de comunicación, que es un portal de difusión de la información.<sup>15</sup>

Más importante parece la STC 104/2006, de 3 de abril, que justifica la proporcionalidad de medidas de intervención telefónica haciendo alusión precisamente al hecho de que se estaban utilizando nuevas tecnologías en la comisión de delitos:<sup>16</sup> «*En definitiva, en el juicio de proporcionalidad de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, además de la gravedad de la pena, del bien jurídico protegido y de la comisión del delito por organizaciones criminales, también puede ponderarse la incidencia del uso de las tecnologías de la información, pues su abuso facilita la perpetración del delito y dificulta su persecución*».<sup>17</sup> Por lo tanto, aquí las nuevas tecnologías se integran como un factor más para la determinación de la corrección de la medida limitadora de un derecho fundamental.

### 4. TIC y libertad de expresión

La tendencia general parece ser la extensión de las garantías y límites de la libertad de expresión en Internet. Así, por ejemplo, la Sentencia del JPI nº 42 de Madrid, en decisión de 15 de junio de 2005, resolvió sobre la utilización del adjetivo *puta* ante las siglas de la SGAE para designar una página electrónica

<sup>14</sup> Se reconoce, pues, una violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, concretamente por violación del derecho a la vida privada o, si lo traducimos al derecho español, del derecho a la protección de datos personales. El caso es, sin embargo, más amplio, ya que está en cuestión el control del ente público sobre el correo electrónico y la navegación de sus empleados. Sobre este aspecto, la decisión sólo realiza una proclamación muy general: se reconoce la facultad de control empresarial o de la Administración sobre sus empleados, con condiciones. Así, la fiscalización ha de ser «necesaria en una sociedad democrática» en ciertos casos, y ha de basarse en una finalidad legítima. Cuando se sabe que los tribunales nacionales están aplicando caso por caso el principio de proporcionalidad en casos similares, podemos anticipar que el TEDH seguramente coincidirá con éstos en el futuro.

<sup>15</sup> STS, Sala Cuarta, Social, de 28 de marzo de 2003 (rec.81/2002).

<sup>16</sup> Sobre los requisitos para que las limitaciones del derecho al secreto de las comunicaciones sean legítimas, SSTSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de enero de 2003 (rec. 760/2002), véanse las SSTC 49/1999, de 5 de abril; 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 165/2005, de 20 de junio, y 261/2005, de 24 de octubre, entre otras. Sobre la interceptación de telefonía inalámbrica, se puede consultar la STS (Sala Segunda, Penal) de 22 de marzo de 2001 (rec. 3583/1999), que condena a los máximos responsables del CESID por un delito continuado de escuchas ilegales.

<sup>17</sup> STC 104/2006, de 3 de abril, FJ 4 *in fine*.

([www.putasgae.org](http://www.putasgae.org)).<sup>18</sup> El Juzgado aplica la doctrina habitual: el nombre y las expresiones publicadas no se consideran amparadas por la libertad de expresión o información, ya que no son críticas que, a pesar de ser duras, tengan que ser soportadas, sino que contienen aspectos ofensivos innecesarios para expresar la disconformidad con la actuación de la Sociedad General de Autores y su presidente.<sup>19</sup> En definitiva, no se tiene en cuenta que en Internet el lenguaje habitual no es el mismo que el de los periódicos, ni a los efectos de atenuante, ni como matización. En cambio, una resolución en el ámbito penal, concretamente el Auto del AP de Barcelona, nº 339/2005 (sección 6ª), de 24 de mayo, parece invitar a más matizaciones. En efecto, la utilización de expresiones que pueden implicar indirectamente que se atribuye la comisión de un delito, sin concreciones, y en un foro de Internet destinado específicamente a servir como tribuna de quejas merece la respuesta judicial siguiente: «[...]resulta sumamente dudoso que las expresiones antes aludidas puedan ser tenidas como graves pues su proyección exterior se circunscribe a un marco muy concreto y en el entendido que todos son personas descontentas».<sup>20</sup>

En los Estados Unidos se ha vinculado al derecho a la libertad de expresión, una facultad nacida en la red, el anonimato en Internet. Éste consistiría en la posibilidad de acceder a la red y no usar sus servicios, sin necesidad de identificarse, ni de ser controlado.<sup>21</sup> El Tribunal Constitucional español no ha reconocido todavía este supuesto derecho al anonimato en Internet, ni de manera autónoma, ni como contenido de la libertad de expresión. En cambio, los tribunales norteamericanos ya han resuelto bastantes casos en los cuales una disposición prohibía la comunicación anónima. Un buen ejemplo es un caso resuelto por el Tribunal Supremo Federal americano en 1960, *Talley vs. California*.<sup>22</sup> El supuesto discutido era el siguiente: una ordenanza del Código municipal entonces en vigor en la ciudad de Los Angeles prohibía la difusión de cualquier escrito que no identificara a sus autores. Por lo tanto, no es que se exigiera un registro previo, cosa ya declarada antes contraria a la libertad de expresión por el Tribunal Supremo americano:<sup>23</sup> se exigía la identificación. Pues bien, en esta decisión de 1960 se sostiene la importancia que han tenido históricamente los panfletos, los escritos o incluso los libros anónimos para el progreso de la humanidad. Incluso los *Federalist Papers*, escritos a favor de la adopción de la Constitución Federal americana, se publicaron con pseudónimos. Por todo ello, concluye el alto tribunal, hay momentos y circunstancias en los cuales no se puede obligar a ciertas personas que pertenecen a un grupo que difunde ideas a identificarse públicamente. El recurrente había sido sancionado por difundir un escrito anónimo, infringiendo la ordenanza municipal ya mencionada, en el cual solicitaba a los ciudadanos de su ciudad el boicot a ciertos establecimientos y empresarios que no ocupaban con igualdad de oportunidades a los ciudadanos negros, mejicanos y asiáticos; asimismo, solicitaba a los lectores que se dieran de alta como socios de la *National Consumers Mobilization*. Se incluía finalmente la frase: «creo que todo hombre tiene que tener oportunidades iguales de ocupación, independientemente de su etnia, religión o lugar de nacimiento». En conclusión, la prohibición general de difusión anónima de los escritos es considerada inconstitucional.

<sup>18</sup> JPI núm. 42 de Madrid, en decisión de 15 de junio de 2005 (proc. 379/2004).

<sup>19</sup> Íbidem, FJ3, en que se citan algunas expresiones: «nuevos pícaros», «bandas mafiosas», «putos chorizos» o «sucios intereses».

<sup>20</sup> Auto de la AP de Barcelona, núm. 339/2005 (sección 6ª), de 24 de mayo, fundamento jurídico segundo.

<sup>21</sup> Antoni Roig, «El anonimato en Internet y la libertad de expresión», en Lorenzo Cotino (ed.), *E-libertades*, comunicaciones y trabajos del II Congreso «DerechoTICs», Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

<sup>22</sup> *Talley vs. California*, 362 U.S. 60 (1960). Ya con anterioridad se había abordado el problema de la comunicación anónima en *Bates vs. Little Rock*, 361 U.S. 516 y *NAACP vs. Alabama*, 357 U.S. 449, 462. Se puede encontrar la primera decisión en: <[www.epic.org/free\\_speech/talley\\_v\\_california.html](http://www.epic.org/free_speech/talley_v_california.html)>.

<sup>23</sup> Se declara la inconstitucionalidad del registro previo en *LOVELL vs. GRIFFIN*, 303 U.S. 444 (1938).

En otra decisión posterior, *McIntyre vs. Ohio Elections Comm'n* (1995), el Tribunal Supremo Federal considerará que el anonimato merece especial protección en las opiniones políticas manifestadas durante los procesos electorales o referéndums.<sup>24</sup> En estos casos, el Tribunal aplica el *exacting scrutiny*. Así, la restricción del anonimato sólo se tendría que admitir cuando existiera un interés general público. Los hechos son los siguientes: una ciudadana distribuyó a la puerta de un recinto en el cual debía tener lugar un acto a favor de una disposición reglamentaria sometida a referéndum, un panfleto que era contrario. La normativa estatal prohibía las manifestaciones anónimas durante los procesos electorales o referendarios. Así pues, el Estado de Ohio creía que disponía de intereses públicos sobrados por desvirtuar la protección especial del *exacting scrutiny*. Sus argumentos en el caso discutido eran la persecución de las falsedades y libelos, por un , y la información del electorado, por el otro. En cuanto a las falsedades, la prohibición de anonimato no se considera una medida idónea, ya que el Estado tiene que prohibirlas directamente —de hecho, también lo hace— y, en todo caso, los perjuicios ocasionados superan los beneficios para el interés público. Tampoco la mejor información para el elector, en segundo lugar, es valorada como suficiente para fundamentar la limitación. En efecto, en muchos casos, el nombre de un ciudadano particular no añadirá nada a la habilidad del lector para evaluar el documento. Concluiremos citando al Tribunal en este caso: «De acuerdo con nuestra Constitución [la Constitución Federal americana de 1787], el panfleto anónimo no es una práctica fraudulenta y pernicioso, sino una honorable tradición de argumentación y disenso. El anonimato es el escudo frente a la tiranía de la mayoría».

## 5. TIC y derecho a la libertad sindical

El Tribunal Constitucional ha resuelto sobre el derecho al uso del correo electrónico de la empresa con finalidades sindicales en la importante STC 281/2005, de 7 de noviembre.<sup>25</sup> El punto de partida parece restrictivo, ya que no se reconoce un derecho a disponer de correo electrónico para llevar a cabo la tarea sindical: «[...] *no hay obligación de acción positiva del empresario en orden al establecimiento para uso sindical del sistema informático*».<sup>26</sup> Por lo tanto, el sindicato no puede reclamar que la empresa se dote de correo electrónico, y lo ponga a su disposición para poder así realizar tareas sindicales. Ahora bien, el derecho a enviar información sindical forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE). Es más, el derecho se desprecia si se somete a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo que es razonable o le niegan la protección que le es necesaria. Y hay que tener en cuenta que el correo electrónico facilita mucho la difusión de la información sindical. Por ello, si la empresa ya tiene una red informática en funcionamiento, destinada en principio a tareas empresariales, puede ser contrario al contenido esencial del derecho a la libertad sindical que no se permitan usos razonables para finalidades sindicales, siempre que no alteren el normal funcionamiento de la producción y no impliquen costes adicionales.<sup>27</sup> Por lo tanto, se podrán establecer condiciones para el uso del correo electrónico sindical, con la finalidad de que la red informática siga siendo útil a los efectos productivos que fueron su razón de ser. Lo

<sup>24</sup> *McIntyre vs. Ohio Elections Comm'n*, 514 U.S. 334 (1995).

<sup>25</sup> Pueden verse, con anterioridad, otros pronunciamientos de tribunales ordinarios, como por ejemplo, SAN, Sala Social, de 29 de abril de 2004 (rec. 17/2004).

<sup>26</sup> STC 281/2005, de 7 de noviembre, FJ 6.

<sup>27</sup> STC 281/2005, de 7 de noviembre, FJ 7 y 8.

que vulnera el derecho a la libertad sindical es, pues, impedir injustificadamente a los sindicatos el uso del correo electrónico empresarial preexistente para las comunicaciones sindicales, incluso en el contexto actual de ausencia de obligación legal concreta en la legislación laboral.

## 6. TIC y derecho a la salud

El principio de precaución o cautela en la regulación reglamentaria de las restricciones y las medidas de protección frente a emisiones radioeléctricas parece que dará lugar a un número creciente de decisiones sobre riesgos y TIC.<sup>28</sup>

### I. **III. La tensión entre el derecho a la protección de datos y el derecho de acceso a la información pública**

No tendremos en cuenta, en este resumen jurisprudencial, aquellas decisiones que traten sobre el derecho al acceso a los documentos públicos pero que no los relacionen con el derecho a la protección de datos o con las nuevas tecnologías. Los temas omitidos son, pues, amplios: documentos referidos a la lucha contra el terrorismo, excepciones de protección del interés público, irrelevancia de la afectación personal del demandante y otros aspectos interpretativos del Reglamento 1049/2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, entre muchos otros.<sup>29</sup>

Centrémonos, por lo tanto, en nuestro objeto de estudio. La Asociación Judicial Francisco de Vitoria interpuso en su momento un recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 16 de diciembre de 1998, que desestimaba la petición de que se entregara a esta Asociación una lista actualizada de los miembros de las otras asociaciones judiciales. Este litigio, con bastante interés intrínseco, nos será además muy útil para describir cómo los órganos jurisdiccionales han dado respuesta a la tensión existente entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección de datos. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la limitación de derechos fundamentales, por ejemplo la STC 57/1994, guía la resolución del Tribunal Supremo en el caso:<sup>30</sup> todo acto o resolución que limite derechos fundamentales debe garantizar que las medidas restrictivas sean adecuadas (es decir, eficaces para obtener lo que se quiere), necesarias (es decir, que no existe una medida igualmente eficaz que sea en cambio menos limitadora de derechos fundamentales) y proporcionadas en sentido estricto (que el sacrificio final del derecho no sea muy grande en relación con el objetivo modesto alcanzado). Es lo que se conoce como test o principio de proporcionalidad. En este caso concreto, la petición de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria de las listas de afiliados de las otras asociaciones judiciales tiene como finalidad conseguir una mayor transparencia económica de las subvenciones. La medida es adecuada, pero en cambio innecesaria, ya que existe, en opinión del Tribunal Supremo, una alternativa menos costosa y suficiente: el Consejo General del Poder Judicial puede gestionar las listas de afiliados como requisito previo a la solicitud

<sup>28</sup> STS, Sala Tercera, Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 19 de abril de 2006 (rec. 503/2001).

<sup>29</sup> Véase, sobre la cuestión, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera), de 1 de febrero de 2007 (ref. TJCE 2007\28, caso C-266/05 P).

<sup>30</sup> STS, Sala Tercera, Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 13 de septiembre de 2002 (rec. 92/1999).



de subvención, y responder afirmativamente a las peticiones de certificación sobre el número total de afiliados y, si es el caso, sobre la ausencia de duplicidades. Con eso ya se puede cumplir adecuadamente la finalidad de transparencia económica, sin necesidad de tener una relación particular de cada uno de los afiliados. El dato relativo a la asociación concreta a la cual pertenece cada juez no es, pues, imprescindible para la finalidad mencionada. Eso sí, se puede recurrir judicialmente contra la respuesta del Consejo General, o contra la cuantía de las subvenciones, si se cree que la gestión no es correcta.

De todas maneras, muchos autores se quejan de que el derecho a la intimidad, de acuerdo con la previsión legal del artículo 37.2 LRJPC, se sobreprotege frente al derecho “administrativo” de acceso a los documentos públicos. No entraremos a analizar la discusión doctrinal, ya que no nos corresponde en este estudio jurisprudencial, pero sí mencionaremos que a escala europea tampoco se utiliza siempre el test de proporcionalidad o ponderación de intereses (*Balancing Test*), sino el más desequilibrado o garantista (para la intimidad) llamado *test del daño* (*Harm Test*). Veamos ahora supuestos concretos que ilustren esta hipótesis inicial.

Tenemos un buen ejemplo en el acceso a los ejercicios de otros candidatos en procedimientos concurrentes en materia de personal ya concluidos. Así, la STSJ de Madrid, de 2 de octubre de 1997, deniega el acceso no ya a los ejercicios, sino a los méritos evaluables en un procedimiento de concurso.<sup>31</sup> Concretamente, se considera que la revelación de datos relativos a su expediente académico y a su currículum pueden afectar a la intimidad de la persona, y se considera suficiente el resultado de la valoración de estos datos, con la puntuación de los méritos generales y específicos y el total obtenidos la persona que concursa. Ahora bien, la STSJ de Galicia, de 28 de abril de 1998, reconoce el derecho de un recurrente a acceder a los datos sobre jubilación de una persona que era arrendataria de un local de su propiedad, aludiendo al hecho de que la condición o no de jubilado no es un dato que afecte a la intimidad.<sup>32</sup> La jurisprudencia italiana se ha mostrado más favorable al derecho de acceso en estos casos.<sup>33</sup> Así, en la Sentencia del Consejo de Estado italiano de 13 de enero de 1995 se afirma que la redacción de los ejercicios destinados a ser confrontados con los de otros candidatos en un concurso público no se pueden reducir a la relación entre candidato individual y Administración pública, sino que implican un juicio de relación entre sí, y por lo tanto es legítimo el ejercicio del derecho en el acceso en estos supuestos.

Eso sí, la doctrina italiana suele considerar que el acceso tendría que ir acompañado de medidas adicionales de garantía. En primer lugar, sería necesario acreditar la necesidad de defenderse, y demostrar que la única manera de hacerlo es teniendo acceso a la documentación solicitada.<sup>34</sup> En el acceso a pruebas académicas en la enseñanza pública se ha autorizado en ocasiones un acceso parcial (*accesso parziale*), por ejemplo con la omisión de la identificación del autor de la prueba.<sup>35</sup> En otras ocasiones, se ha preferido un acceso diferido (*accesso diferido*) hasta un momento en el cual se valorará si han desaparecido ya las razones que impedían la publicidad. Otra garantía estudiada por la doctrina italiana es el consentimiento de la persona afectada con el fin de acceder a sus datos íntimos. La relevancia del consentimiento no ha sido reconocida en el artículo 37.2 LRJPC, aunque se puede encontrar alguna resolución judicial que lo menciona. Así, la STSJ de Andalucía, de 23 de diciembre de 1999, reconoce que se podría haber concedido a un pensionista la

<sup>31</sup> STSJ de Madrid (Sección 7ª), de 2 de octubre de 1997 (recurso 826/1995).

<sup>32</sup> STSJ de Galicia de 28 de abril de 1998 (RJCA 1717).

<sup>33</sup> Véase un resumen de la doctrina italiana en: Fernández Salmerón, Manuel, *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 177-191.

<sup>34</sup> Sobre el acceso indispensable, véase la Sentencia del Consejo de Estado italiano (sección V), de 3 de julio de 2003, núm. 4002.

<sup>35</sup> Sentencia del Consejo de Justicia Administrativa de la Región Siciliana de 25 de octubre de 1996, núm. 384.

información sobre lesiones, enfermedades o posibles deformaciones de otros pensionistas si hubiera tenido el consentimiento de éstos últimos.<sup>36</sup>

Un ejemplo bastante conocido de tensión entre el derecho de acceso y difusión de documentos públicos y el derecho a la protección de datos personales puede ser la difusión de las sentencias condenatorias por delitos de violencia doméstica en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Esta comunidad decidió adoptar la Ley 5/2001, de 17 de mayo, que quería dar respuesta a la necesidad de prevención y asistencia a las mujeres víctimas de maltratos.<sup>37</sup> Pues bien, el primer Informe presentado por el Gobierno a las Cortes de la comunidad incluía 18 de las 41 sentencias condenatorias firmes dictadas entre mayo y diciembre del 2001. La Agencia Española de Protección de Datos archivó el expediente sancionador al considerar que la publicación de estas sentencias se hacía en un físico no susceptible de tratamiento automatizado posterior y, por lo tanto, quedaba al margen de la LOPD. En cambio, la STS de 12 de febrero de 2002 anuló el texto íntegro del artículo 21 del Real decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, el cual se aprobó el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de Contratación.<sup>38</sup> Este artículo 21 preveía la publicación anual de las sentencias judiciales inscritas, a cargo del registrador y clasificadas por sectores. Pues bien, el Tribunal Supremo, además de considerar que no se trata de funciones propias del registro, hace un pronunciamiento general en su fundamento jurídico 16: *«la publicación íntegra de sentencias judiciales implica dar a la publicidad datos contenidos en el cuerpo de la sentencia que no recogen en el fallo y sí pueden afectar a aspectos amparados por la Ley 15/1999 [Ley de protección de datos personales] y el artículo 18.4 de la Constitución»*.

Otro supuesto concreto lo tenemos en el acceso a la información catastral que incorpora datos personales. Pues bien, las características económicas y jurídicas de los bienes inmuebles individualizados, incluyendo datos personales, estarán a disposición de aquellas personas que acrediten el consentimiento de los titulares de los bienes inmuebles, o en su defecto, un interés legítimo y directo, y no podrán ser cedidas ni utilizadas con otra finalidad que la indicada. El interés directo no se acredita sólo con el hecho de obtener una ventaja, sino que es necesario que esta actuación sea el medio legalmente adecuado para obtener la ventaja que el derecho le reconoce. Tampoco la mera defensa de la legalidad es interés legítimo.<sup>39</sup> El derecho de acceso a la información, o transparencia informativa, no es incompatible con la exigencia de peticiones de datos concretos sobre los documentos que se solicitan. Un buen ejemplo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000, que contiene incluso un voto particular sobre este aspecto.<sup>40</sup> Concretamente, se discute si la petición podía ser más precisa o no sin que los recurrentes conocieran el contenido de los documentos que pedían.

La petición de información medioambiental ha dado lugar también a numerosas resoluciones judiciales. En la mayoría de casos se debaten cuestiones de legalidad en la actuación administrativa, como por ejemplo si

<sup>36</sup> STSJ de Andalucía (Sevilla), Sección 4ª, de 23 de diciembre de 1999 (recurso 141/1994).

<sup>37</sup> Artículo 11 de la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Castilla-La Mancha: *«El Gobierno remitirá a las Cortes, al menos con carácter anual, un Informe en el que preceptivamente se contengan: d) [...] La reproducción de las Sentencias firmes condenatorias sobre violencia doméstica cuando se cuente con el consentimiento de la víctima, cuando ésta no pudiese prestarlo, con el consentimiento de las personas perjudicadas. En todo caso, se respetará la intimidad de la víctima, su entorno familiar y fundamentalmente la intimidad de los menores afectados»*. En la disposición adicional única de la Ley se prohíbe la inclusión de los datos del informe en ningún fichero, y también su tratamiento o cesión, de acuerdo con la LPDP.

<sup>38</sup> STS de 12 de febrero de 2002 (RJ 2562).

<sup>39</sup> STSJ de Castilla-La Mancha núm. 434/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 4 de junio.

<sup>40</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 14 de noviembre de 2000 (ref. RJ 2001\425). Voto particular del ponente Juan Antonio Xiol Ríos, al cual se adhieren otros magistrados.

la solicitud es demasiado genérica, cosa que impide contestar lo que se pide.<sup>41</sup> En otros casos, en cambio, las nuevas tecnologías cobran interés. Así, se sostiene que si bien el derecho a la información se debe reconocer individualmente en caso de solicitud puntual, cuando el contenido de la información pretendida sean datos de información periódica medioambiental, el derecho es a una difusión periódica. Y aquí las nuevas tecnologías de la información, como la red Internet, pueden tener un papel destacado.<sup>42</sup>

## II. IV. Conclusiones: ¿simple evolución o transformación de la jurisprudencia sobre derechos fundamentales y nuevas tecnologías?

La jurisprudencia sobre derechos fundamentales<sup>2</sup> y nuevas tecnologías parte preferentemente de las estructuras tradicionales para incorporar progresivamente los nuevos retos que van apareciendo. En ocasiones, la tensión entre la institución tradicional y las situaciones hasta ahora no previstas provoca una necesidad de crear nuevas figuras. En este sentido, el ejemplo más claro es el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), separándolo del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) con el cual convivió hasta la STC 292/2000. Ahora bien, estos cambios puntuales o concretos no parecen suficientes. La problemática generada por las nuevas tecnologías sobre los derechos fundamentales crece tanto que difícilmente será posible no incluir mecanismos nuevos para hacerle frente. En este sentido, se habla de nuevos derechos fundamentales o “ciberderechos”. No se debería temer su progresivo reconocimiento cada vez que haya que proteger aspectos que no puedan ser situados en un derecho tradicional sin forzar excesivamente sus características. Ahora bien, creo que los derechos tradicionales, como por ejemplo la intimidad o la libertad de expresión, pueden ofrecer perfectamente garantías frente a vulneraciones tecnológicas. Eso sí, hay que hacer el esfuerzo de estudiar y conocer las posibilidades infractoras de las nuevas tecnologías.

Por ahora, la problemática del reconocimiento o no de nuevos derechos fundamentales no preocupa generalmente a los juristas. Quizás estamos todavía en una etapa de transición entre el modelo de derechos fundamentales tradicional y el que aceptará derechos de la sociedad de la información. En esta etapa actual, el derecho a la protección de datos parece omnipresente y, a mi parecer, sobredimensionado. En efecto, por un lado, la Administración electrónica parece frenar algunas de sus posibilidades por la inseguridad en la interpretación de la Ley de protección de datos. Por otro lado, las posibles vulneraciones de otros derechos fundamentales que no estén estrictamente relacionadas con las bases de datos, como el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones o el derecho a la libertad de expresión, permanecen en un segundo plano.

<sup>41</sup> Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo de Bilbao, núm. 315/2006, de 26 de abril (ref. JUR 2006\166879). Otros casos sobre peticiones de información medioambiental, por ejemplo: STS, Sala Tercera, Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 3 de octubre de 2006 (rec. 2424/2003) y STS, Sala Tercera, Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 7 de febrero de 2004 (rec. 3457/2000). El uso de Internet para divulgar los documentos ha sido considerado en algún caso como un abuso de procedimiento (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, Sala Cuarta ampliada, de 17 de junio de 1998, ref. TJCE 1998\146). Otro ejemplo de solicitud de información, en este caso a un ayuntamiento, denegada por considerar, indebidamente, la petición demasiado genérica es el que resuelve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 16 de julio (ref. JUR 2004\266497). Se demandaban aquí informaciones relativas a licencias urbanísticas de ciertas edificaciones.

<sup>42</sup> STS, Sala Tercera, Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 4 de abril de 2006.

De forma más general, el derecho público se está transformando profundamente a causa de las tecnologías de la información y las comunicaciones. La Administración electrónica está posibilitando la tramitación íntegra de muchos procedimientos administrativos. Las nuevas tecnologías no sólo permiten que se reproduzcan los procedimientos tradicionales de forma no presencial, sino que posibilitan, además, que se transformen los mismos procedimientos hasta adoptar formas inexistentes en la tramitación administrativa presencial. Se ha llegado a decir que la Administración electrónica está llevando a cabo una auténtica reforma del Estado tal como lo conocemos ahora. Si eso es cierto, las garantías jurídicas tienen que adaptarse también a estos cambios si se quiere que el derecho siga siendo un instrumento real y efectivo de limitación del poder y de defensa de derechos.