

ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES¹

Electronic government and personal data protection

José Luis Piñar Mañas

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de San Pablo-CEU (Madrid)

SUMARIO

1. Innovación Tecnológica y Derecho. 1.1. Derecho y Técnica. 1.2. Derecho y tecnologías de la información y el conocimiento. Nuevas tecnologías y formación de la voluntad de la Administración. 2. En torno a la Administración Electrónica. 2.1. Concepto y alcance de la Administración electrónica. 2.2. Breve descripción de los antecedentes del actual marco normativo de la Administración electrónica. 2.3. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. 3. Administración Electrónica y derecho a la protección de datos de carácter personal. 3.1. La protección de datos como principio de la Administración electrónica. 3.2. Los principios del derecho fundamental a la protección de datos. 3.3. La transmisión de datos entre Administraciones Públicas. 4. Breve conclusión.

Recibido: 14/05/2011. Aceptado: 30/05/2011

¹ El presente capítulo tiene su origen en la charla que impartí el día 28 de mayo de 2008 en el Seminario “La administración electrónica” organizado por el prof. José Luis Carro Fernández-Valmayor en la Universidad de Santiago de Compostela en el marco de las actividades del Proyecto de Investigación que han dado lugar al presente libro. Tras aquella fecha se han aprobado diversas normas de modificación o desarrollo de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, entre las que destacan la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica o la Orden PRE/3523/2009, de 29 de diciembre, por la que se regula el Registro Electrónico Común. Normas que, evidentemente, no ha sido posible tomar en consideración, pero sin que ello afecte al trabajo entonces presentado dado el carácter más general que el mismo tiene y su referencia más específica a la protección de datos.

Resumen

El presente trabajo plantea una reflexión acerca del cambio sustancial que el desarrollo y aplicación de las nuevas tecnologías del conocimiento y la información están produciendo en las Administraciones Públicas. En particular, analiza la legislación española sobre Administración electrónica y vincula esa reflexión a la importancia que tiene la protección de datos personales, como derecho fundamental autónomo derivado de la dignidad de la persona.

Palabras clave: Administración electrónica, procedimiento administrativo, protección de datos de carácter personal.

Abstract

This paper presents a reflection on the substantial changes that the development and application of new information technologies produces in Public Administrations. In particular, it analyses the Spanish legislation on electronic Government and links that reflection to the importance of data protection as an independent fundamental right derived from human dignity.

Keywords: electronic Government, administrative procedure, personal data protection.

1. Innovación tecnológica y Derecho

1.1. Derecho y Técnica

Con ocasión del primer Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Toledo en febrero de 2006, tuve ocasión de exponer algunas reflexiones sobre el modo en que las nuevas tecnologías van a alterar (si no lo están haciendo ya) el concepto mismo de Administración y de Derecho Administrativo. En la Presentación del libro en el que se incluyen², Lorenzo Martín-Retortillo lleva a cabo a su vez una reflexión que creo merece la pena transcribir:

“La segunda ponencia, sobre tema menos dogmático, nos situaba de manera acentuada ante la necesidad de adaptación de viejas técnicas y figuras, la necesidad de afrontar, ante la vida que fluye con toda su energía, nuevas opciones y alternativas, que pueden resultar extraordinariamente útiles. Tal es el reto que plantea la introducción de *la informática en el campo de las Administraciones*

² *La Autorización Administrativa. La Administración Electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo*, Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo-Thomson Aranzadi., Cizur Menor, 2007. El texto de las reflexiones a que me refiero están en PIÑAR MAÑAS, “Revolución tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública. Notas provisionales para una reflexión”, op. cit., pp. 51 y ss.

Públicas, o, incluso, del funcionamiento del Estado, si se quiere. Es mucho lo que cabe esperar de los perfeccionados medios con que hoy contamos —aun con cierto escepticismo ante la constatación de la celeridad del proceso de invención, con la certeza-sospecha de que muy en breve todo de lo que hoy disponemos ha de quedar anticuado— pero también es preciso tomar la decisión y prepararse para adaptar los muchos elementos afectados, para adoptar las numerosas medidas necesarias, bien conscientes de que la técnica no tiene porque arrumbar al Derecho, antes bien, sabiendo que una adecuada construcción jurídica de todos los pasos necesarios es la mejor garantía para que la técnica rinda todas sus utilidades, sin conflictos ni abusos. Somos conscientes de lo mucho que cabe esperar, de cómo se puede ganar en conocimiento, en precisión, ¡en rapidez!, muy esperanzados sobre lo mucho que las nuevas tecnologías —si se encauzan, regulan y estudian todas sus posibles consecuencias— pueden representar de simplificación y facilitación de las relaciones en el seno de las propias Administraciones Públicas y también en el sistema de relaciones entre ellas y los ciudadanos. Pero no nos engañemos, esto son sólo medios, nunca fines en sí, y sobre todo, nada nos será dado sin los ingentes esfuerzos de adaptación requeridos. Por más que sea compleja y ardua la tarea, resulta realizable y asumible. De ahí que me atreva a decir que casi es piedra de escándalo pensar que se ha hecho tan poco, cuando tanto podía haberse hecho. Pero no es cuestión de recriminar a nadie. Lo importante es prepararse y poner manos a la obra. Por eso valía la pena dedicar la atención a tan rico tema, que fue objeto también de vivos debates”³

Por mi parte, afirmaba que no basta con subrayar sólo el hecho de que las Administraciones Públicas deben modernizarse al son de los avances tecnológicos, y adaptar en consecuencia su organización y procedimientos a la nueva y siempre mutable realidad, sino de proponer la necesidad de reconsiderar el concepto mismo de Derecho Administrativo y Administración. Ello implica llevar a cabo una reflexión teórica⁴, ausente todavía entre nosotros (salvo valiosísimas excepciones), y sin embargo

³ Op. ult. cit, p. 10.

⁴ Esta circunstancia se da también en otros lugares. Jane FOUNTAIN ha señalado que el rápido desarrollo del mundo digital está desarrollándose sin una base teórica en relación con las implicaciones sobre la Administración Pública. Así lo recuerdan E. Lynn OLIVER y L. SANDERS, “Introduction”, en el libro por ellos mismos coordinado *E-Government Reconsidered: Renewal of Governance for the Knowledge Age*, Canadian Plains Research Center-Saskatchewan Institute of Public Policy, Regina (Canada), 2004.p. VIII. Ver asimismo, de la propia Jane FOUNTAIN, *Building the Virtual State. Information Technology and Institutional Change*, Brookings Institution Press, Washington, DC, 2001.

necesaria por el hecho de que las nuevas tecnologías son producto de la evolución de la ciencia y del conocimiento pero al mismo tiempo *son capaces de generar ellas mismas conocimiento*. Su aplicación, además, permite acciones al margen de cualquier consideración territorial, posibilita relaciones virtuales y altera notablemente el cómputo de los términos y plazos, de tanta importancia en cualquier actuación procedimentalizada. Pero también permite, como nunca hasta ahora (y con un desarrollo futuro difícil de imaginar y predecir), obtener y manejar información de todo tipo, intercambiarla y tratarla, permite por tanto controlar a los ciudadanos y pone en manos de las Administraciones Públicas nuevas herramientas de poder y control, muchísimo más poderosas de las hasta ahora conocidas, y que pueden ser utilizadas sin manifestaciones externas aparentes, pero con resultados inimaginables⁵. Las nuevas tecnologías pueden incluso alterar las reglas de la democracia, reconfigurar los mecanismos de participación y transformar los cauces de relación entre las Administraciones y los ciudadanos. Tan posible es con ellas conseguir una Administración transparente como convertirla en esencialmente opaca. Puede asimismo alterar el concepto mismo de policía, desde el momento en que las Administraciones, por un lado, se ven forzadas a acudir a la colaboración de los particulares en las acciones de control y policía (por ejemplo al obligar a los operadores de telecomunicaciones a retener los datos de facturación y tráfico en la lucha contra el terrorismo

⁵ Véase PIÑAR MAÑAS, *¿Existe la privacidad?*, Ediciones del CEU, Madrid, 2008, *in toto*.

⁶ Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre retención de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE. Esta Directiva ha sido, por cierto, recurrida en julio de 2006 por Irlanda ante el Tribunal de Justicia. La Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento interno mediante la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. La transposición, sin embargo, plantea no pocos problemas. Entre otros, el hecho de que la retención de datos se exige en relación no ya con la lucha contra las formas graves de delincuencia organizada, sino “con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales”, según se afirma en el artículo 1º de la Ley.

y las formas graves de delincuencia organizada⁶), y por otro, van viendo cómo ciertas funciones, como la vigilancia, están también cada vez más en manos de los particulares a través, por ejemplo, de los medios y técnicas de videovigilancia, cada vez más generalizados. Como también exige reconsiderar el control de la Administración, que va a ser considerablemente afectado por el uso de nuevas tecnologías⁷.

No cabe duda de que la relación entre revolución tecnológica y Derecho Administrativo⁸ se mueve dentro del marco más amplio de la relación entre derecho y técnica. ¿Quién regula a quién? ¿Quién es el regulador y quién el regulado? ¿Está la técnica al servicio del derecho o éste al servicio de aquélla? Como ha señalado Lorenzo MARTIN RETORTILLO, “la técnica no tiene porqué arrumbar al Derecho”⁹, pero ¿no estamos ante una situación en la que la técnica está marcando el rumbo del derecho de modo que es éste el que se adapta a la técnica, y en consecuencia incluso el contenido de la idea de justicia queda condicionado por los avances de la técnica? Natalino IRTI (jurista) y Emanuele SEVERINO (filósofo) han debatido acerca de esa relación, ese “diálogo” entre Derecho y Técnica¹⁰. IRTI considera que el Derecho “si pone sempre como principio ordinatore rispetto alla materia regolata”¹¹. SEVERINO, sin embargo, concluye tajante que “la tecnica è destinata a diventare la regola e tutto il resto il regolato”¹².

Si las relaciones entre derecho y técnica plantean notables interrogantes incluso metodológicos, las que se dan en particular entre Derecho y tecnologías de la información y el conocimiento ofrecen peculiaridades específicas.

⁷ “Revolución tecnológica...”, op. cit., pp. 51-52.

⁸ Sobre la relación entre progreso tecnológico y Administración véase MELAN GIL, *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006. También ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999. En mi trabajo sobre “Revolución Tecnológica, Derecho Administrativo...”, op. cit, puede encontrarse más bibliografía.

⁹ “Presentación”, op. cit., p. 10.

¹⁰ *Dialogo su Diritto e Técnica*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2001. A este debate me he referido ya en “Revolución tecnológica...”, op. cit., pp. 56 y ss.

¹¹ Op. cit., p. 15.

¹² Op. cit., p. 80.

1.2. Derecho y tecnologías de la información y el conocimiento. Nuevas tecnologías y formación de la voluntad de la Administración

Ante todo debemos aceptar ya que cuando hablamos de las posibilidades que ofrece el uso de nuevas tecnologías, que en gran parte giran en torno a Internet, no hablamos de ciencia ficción ni de una realidad ajurídica que no merece la atención del administrativista. La evolución que está produciéndose es vertiginosa y, como ya he apuntado en otra ocasión, exige “repensar” el concepto mismo de Administración y en consecuencia de Derecho Administrativo¹³. Y ello porque, como apuntaba, las relaciones entre tecnologías del conocimiento y Derecho (también Derecho Administrativo) van a alterar no pocos de los paradigmas de la asignatura.

Lawrence LESSIG en un interesante y polémico trabajo¹⁴ afirma que el ciberespacio (del que irremediamente hay que hablar en el marco del Derecho Administrativo contemporáneo) puede convertirse en una perfecta herramienta de control¹⁵ y mantiene como tesis que en él coinciden cuatro formas diversas de regulación: el derecho, las normas sociales, el mercado y lo que él llama el *code*, la “arquitectura”, constituido por las herramientas de *software* y *hardware*, un “newly salient regulator”¹⁶: el ciberespacio es también regulado por los códigos técnicos propios de tales herramientas, que incorporan determinados valores y garantizan determinadas operaciones¹⁷.

Desde luego no es momento ahora de entrar en el debate que suscita el planteamiento de LESSIG, que sin duda es discutible, pero sí nos sirve para llamar la atención sobre un tema que no es posible obviar ni ignorar: la aplicación cotidiana de las tecnologías de la información y el conocimiento por las Administraciones Públicas exige tomar conciencia

¹³ “Revolución tecnológica...”, op. cit., p. 59.

¹⁴ *Code. Version 2.0*, Basic Books, New York, 2006. También disponible en <http://pdf.codev2.cc/Lessig-Codev2.pdf>.

¹⁵ Op. cit., p. 4.

¹⁶ Op. cit. p. 5.

¹⁷ Véase asimismo Federica CASAROSA, *Il ruolo delle diverse tipologie di informazione su Internet*, Florencia, julio de 2007. Tesis de Doctorado, leída en el European University Institute de Florencia, el 9 de octubre de 2007, cuyo Tribunal tuvo el honor de presidir.

de que junto a las relaciones tradicionales que regula el Derecho Administrativo (entre Administraciones y de éstas con los particulares) existen otras sólo aparentemente controladas por aquél que van a ser cada vez más usuales. Relaciones que se mueven en el campo de lo virtual y en las que actúan e influyen sujetos, procedimientos y aplicaciones difíciles de identificar y controlar. Sujetos, procedimientos y aplicaciones que, sin embargo, pueden ser determinantes, por ejemplo, en la propia configuración de la voluntad de la Administración. Piénsese en los sorteos llevados a cabo mediante procedimientos informáticos, hoy ya absolutamente generalizados. En realidad puede llegar a ser el programa informático y no la Administración el que condicione la decisión adoptada. O si se prefiere, la voluntad de la Administración se expresa a través del filtro del programa informático utilizado. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, nos muestra también ejemplos de la apuesta por el uso de las nuevas tecnologías. La Exposición de Motivos señala que la Ley asume “las nuevas tendencias a favor de la desmaterialización de los procedimientos, opta... por la plena inserción de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de la contratación pública, a fin de hacer más fluidas y transparentes las relaciones entre los órganos de contratación y los operadores económicos” (E. de M., IV, 3). Y en esta línea regula los llamados “sistemas dinámicos de contratación” (artículos 183 a 186) y la subasta electrónica (artículo 132)¹⁸.

El caso de las subastas electrónicas permite resaltar la importancia que en todo el procedimiento tienen las fórmulas utilizadas y en consecuencia el programa aplicado. Teniendo en cuenta, además, que no se trata de la adjudicación a la oferta más baja sino a la oferta económicamente más ventajosa, lo que incorpora elementos de apreciación subjetiva. No se trata de oponerse a la realidad de la utilización de las nuevas tecnologías. Se trata de subrayar que no sólo hablamos de medios de relación electrónicos, informáticos o telemáticos, sino de la aplicación de las tecnologías

¹⁸ La Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales regula también las subastas electrónicas (artículos 49 a 57), que, siempre que el pliego de condiciones pueda establecerse de manera precisa, podrá utilizarse cuando se convoque a una licitación en el marco de un sistema dinámico de adquisición” (artículo 49.2).

de la información y el conocimiento al proceso de decisión, es decir, al proceso de configuración de la voluntad de la Administración.

Lo anterior nos lleva a una conclusión: cuando hablamos del uso de nuevas tecnologías por parte de la Administración no sólo nos referimos al uso de medios informáticos o telemáticos en el procedimiento, sino a algo mucho más amplio y complejo. Por ello, utilizar la expresión-idea de Administración Electrónica es sólo admisible si partimos de la base de que tal concepto engloba y encierra una riqueza temática mucho más amplia, que requiere una reflexión mucho más ambiciosa y profunda.

En esta línea, uno de los temas que debe abordarse es el de la relación entre Administración electrónica y derechos fundamentales. Y a ello dedicaré las páginas siguientes, centrándome en cómo el uso de las nuevas tecnologías requiere prestar especial atención al derecho a la protección de datos. Antes, sin embargo, dedicaré unas breves líneas a recordar el marco normativo del uso de las nuevas tecnologías por parte de la Administración.

2. En torno a la administración electrónica

2.1. Concepto y alcance de la Administración electrónica

Como he señalado en otro lugar¹⁹, la OCDE en su documento *The e-Government Imperative*²⁰ define el *e-Government*, que aquí podríamos considerar semejante al concepto de Administración electrónica, como “el uso de tecnologías de la información y comunicación, y particularmente de Internet, como herramienta para conseguir un mejor gobierno”²¹. Por su parte, en el Documento de Trabajo sobre *Gobierno Electrónico y Telecomunicaciones* elaborado por la Red Iberoamericana de Protección de Datos se identifica el Gobierno Electrónico como “El

¹⁹ “Los retos de la Administración Electrónica. Especial referencia a la protección de datos de carácter personal”, en Varios Autores, *La Administración Pública que España necesita. Libro Marrón del Círculo de Empresarios*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2007, pp. 281 y ss.

²⁰ OECD e-Government Studies, Paris, 2003.

²¹ Op cit., p. 23. Tal definición se utiliza a efectos de los resultados del análisis que se lleva a cabo en el citado Documento.

²² Puede consultarse en *La Red Iberoamericana de Protección de Datos. Declaraciones y Documentos*, edición de la Red Iberoamericana de Protección de Datos y la Agencia Española de Protección de Datos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 80.

uso de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC) que realizan los órganos de la administración para mejorar los servicios e información ofrecidos a los ciudadanos, aumentar la eficiencia y la eficacia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público, así como la participación de los ciudadanos”²². Ambas definiciones nos son útiles ahora, para centrar las siguientes páginas, pero siempre y cuando tengamos presente, como antes señalaba y ahora reitero, que la Administración electrónica es mucho más que el uso de nuevas tecnologías para mejorar la Administración Pública. Implica una verdadera transformación de ésta, “a new form of government”²³. En este sentido, no cabe duda de que la aplicación de nuevas tecnologías ayuda a incrementar la eficiencia de la Administración, mejora la calidad de los servicios, puede mejorar los resultados en áreas estratégicas como la salud, bienestar, seguridad o educación, o las relaciones entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas al facilitar las vías de participación de los primeros en el desarrollo de las funciones de las segundas²⁴. Se ha señalado que un buen desarrollo del gobierno electrónico permite avanzar en una triple finalidad: atención al ciudadano, buen gobierno y desarrollo de la democracia²⁵. Ya sólo estas consideraciones dan fe de la trascendencia del tema del que hablamos. Desde luego, la implantación de una Administración Electrónica avanzada supondrá sin duda una mejora considerable en las relaciones de las Administraciones Públicas con los ciudadanos y en particular con las Empresas, que verán facilitados numerosos trámites que deben cumplir. GOMEZ PUENTE, con gran rigor, ha destacado las utilidades y ventajas que incorporarán las TIC a la actividad administrativa: mayor eficacia y eficiencia, mejor servicio a los ciudadanos, incremento de la objetividad e imparcialidad (sobre esto, sin embargo, hay que tomar alguna cautela, como antes vimos) y fortalecimiento de la coordinación y cooperación entre órganos y entes públicos nacionales y comunitarios²⁶.

²³ Documento cit. p. 23.

²⁴ Op. ult. cit., pp. 28 y ss.

²⁵ Red Iberoamericana de Protección de Datos, “Gobierno electrónico y Telecomunicaciones”, op. cit., p. 80.

²⁶ “La Administración electrónica”, en *La Autorización Administrativa. La Administración Electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 110 y ss.

El Documento “Principios de una Ley de Administración Electrónica”, elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas²⁷ recuerda que en el ámbito de la Unión Europea se han dado (y están dándose) pasos muy significativos al objeto de impulsar la Administración Electrónica. Desde 1999 se han impulsado las iniciativas de la llamada e-Europa, con ocasión del Consejo Europeo de Helsinki y sobre todo con motivo del Consejo Europeo de Lisboa y Santa María da Feira. Asimismo deben destacarse el Comunicado de la Comisión Europea “e-Europa 2002: accesibilidad para los sitios web públicos y su contenido”, el Plan de Acción e-Europa del Consejo Europeo de Sevilla o la reciente e importante Comunicación de la Comisión “i-2010; una Sociedad de la Información Europea para el crecimiento y el empleo”. Con tales iniciativas lo que se pretende es “asegurar que las generaciones venideras de la Unión Europea saquen el máximo provecho de los cambios que está produciendo la sociedad de la información. Estos cambios, los más significativos desde la Revolución Industrial, son de enorme trascendencia y de alcance mundial. No se trata solamente de cambios tecnológicos. Se trata de cambios que afectarán a todos y cada uno de nosotros, en todas partes, que permitirán acortar las distancias entre los mundos rural y urbano, crear prosperidad y compartir el conocimiento, por lo que encierran un enorme potencial de enriquecimiento de la vida de todos”.

El reto de la Administración Electrónica es pues capital. Requiere de un marco normativo adecuado, pero paradójicamente ha sido necesario esperar hasta ahora para que el legislador haya reaccionado ante ello²⁸.

Por su parte, MESTRE DELGADO ha resaltado, refiriéndose principalmente al ámbito de la contratación pública, que el empleo de medios electrónicos constituye un instrumento de gran utilidad para contribuir a la actuación eficaz de los poderes adjudicadores, así como a la realización del mercado único europeo de la contratación pública: “La subasta electrónica...”, op. cit., p. 23.

²⁷ Puede consultarse en:

http://documentos.060.es/participacion_ciudadana/informacion_publica/documentos_auxiliares/common/26_Principios_Ley.pdf.

²⁸ El reiterado Documento de la Red Iberoamericana sobre Gobierno electrónico señala que la existencia de un marco normativo previamente definido se precisa para habilitar y dar garantías, dentro de los parámetros de la neutralidad tecnológica, a la incorporación de las TIC y por la Administración Pública: “Gobierno electrónico.....”, op. cit., p. 81.

2.2. Breve descripción de los antecedentes del actual marco normativo de la Administración electrónica

Hasta la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, el marco normativo de la “Administración Electrónica” en España se reconducía principalmente al artículo 45 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que regula la incorporación de medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos al desarrollo de la actividad de las Administraciones Públicas, así como el artículo 38 de la citada Ley que, modificado por la Ley 4/1999 y por la Ley 24/2001, contenía una importante referencia a los registros telemáticos, posteriormente derogada por la Ley de acceso electrónico a los Servicios Públicos. Además deben tenerse en cuenta el apartado 3º del citado artículo 38, así como el artículo 59.3 de la LRJPAC, que se refería a la práctica de notificaciones por medios telemáticos y que ha sido igualmente derogado por la Ley 11/2007²⁹. El Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero (derogado por el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007), regulaba, en desarrollo del art. 45, la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por parte de la Administración General del Estado, mientras que el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, había añadido al anterior un nuevo Capítulo dedicado a las notificaciones telemáticas. Por su parte, la importante Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, regula en su artículo 4º el uso de la firma electrónica en el seno de las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y las entidades dependientes o vinculadas a las mismas y en las relaciones que mantengan aquéllas y éstos entre sí o con los particulares. Luego se aprobaron los Reales Decretos 522 y 523/2006, ambos de 28 de abril, por los que se suprime, respectivamente, la exigencia de aportar fotocopia del DNI y de los certificados de empadronamiento en los procedimientos administrativos de la Administración General del

²⁹ Un cuadro muy útil de las modificaciones que experimentó en esta materia la Ley 30/1992 puede verse en GÓMEZ PUENTE, “La Administración electrónica”, op. cit., pp. 186 y ss.

Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes. Ambas disposiciones tienen como punto de referencia no sólo la simplificación administrativa y la mejor prestación de servicios públicos a los ciudadanos, sino también la utilización de nuevas tecnologías en el marco de la sociedad de la información. Y ambas tienen muy en cuenta las exigencias derivadas de la protección de datos de carácter personal, derecho fundamental éste que ha de estar presente en cualquier proceso de Administración electrónica que vaya a ponerse en marcha. De modo que, como luego veremos, la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la misma³⁰ son también parte —y de suma importancia— del marco normativo de la Administración Electrónica³¹, en la que el uso del DNI electrónico, al que luego me referiré, va a tener una importancia capital.³²

Vemos, pues, que hasta la aprobación de la Ley 11/2007 dicho marco normativo era incompleto y fragmentario³³. Por ello uno de los retos de la Administración electrónica era precisamente el de contar con un marco jurídico adecuado.

Antes de la norma estatal, en Navarra se aprobó la Ley Foral 11/2007, de 4 de abril, para la Implantación de la Administración Electrónica en

³⁰ Ver ZABIA DE LA MATA (Coordinador), *Protección de datos. Comentarios al Reglamento*, Lex Nova, Valladolid, 2008; PIÑAR MAÑAS, “El derecho fundamental a la protección de datos. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo reglamento de protección de datos”, en PIÑAR MAÑAS y CANALES GIL, *Legislación de protección de datos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 17 y ss.

³¹ Sobre la evolución del régimen jurídico de la Administración Electrónica y su situación actual, ver GÓMEZ PUENTE, “La Administración electrónica”, op. cit., pp. 136 y ss. VALERO TORRIJOS, *El Régimen Jurídico de la e-Administración*, Comares, Granada, 2008.

³² El DNI electrónico se regula en los artículos 15 y 16 de la Ley 59/2003, de firma electrónica. Sobre las relaciones entre protección de datos y DNI electrónico, véase PIÑAR MAÑAS “The data protection guarantees in the e-DNI”, en *An approach to data protection in Europe*, Civitas-Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2007, pp. 25 y ss.

³³ Téngase en cuenta también la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

la Administración de la Comunidad Foral de Navarra³⁴. Fue la primera norma de alcance general reguladora de la Administración Electrónica en nuestro país³⁵.

2.3. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos

Para paliar tal situación se aprobó la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos³⁶. La Ley,

³⁴ Sobre dicha ley véase Juan Cruz ALLI ARANGUREN y Francisco Javier ENERIZ OLAECHEA (Directores), *La Administración Electrónica en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Comentarios a la Ley Foral 11/2007, de 4 de abril*, Gobierno de Navarra, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2008.

³⁵ La Exposición de Motivos de la Ley resalta que hasta ahora la regulación normativa bajo la que las Administraciones actúan a través de sistemas y medios electrónicos “ha sido más bien escasa. Más allá de algunas previsiones genéricas recogidas en unos escasos preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no ha existido un marco legal general, ni estatal ni foral (salvando en este último caso la regulación telemática en la Hacienda Tributaria o la contratación administrativa), que contemple las muchas posibilidades que ofrecen las nuevas TIC en las relaciones de la Administración con los ciudadanos o de las Administraciones entre sí”. La Ley persigue “la implantación paulatina de una verdadera Administración electrónica, entendida como lo que realmente quiere significar esta acuñada expresión: una Administración completa y multidireccional. Completa en la medida en que toda la información relativa a la Administración se encuentre disponible en la red, y multidireccional si la información fluye, por un lado, tanto desde la Administración hacia el ciudadano, como de éste hacia la Administración, y por otro lado, las Administraciones median entre sí para facilitarse documentación y evitar solicitarla al ciudadano. Administración electrónica que ha de ser, sobre todo, accesible, sencilla, útil, cómoda, ágil, segura, confidencial y adaptada a los nuevos cambios.

Junto a ese objetivo principal, la Ley Foral también se encarga de establecer los derechos de los ciudadanos frente a la nueva faz que adopta la Administración Foral. Entre ellos dos de indudable relevancia: la protección de los datos personales y el de mantenimiento de todas las garantías jurídicas de que disfruta en los procedimientos y relaciones administrativas convencionales. La Administración electrónica nace para mejorar los derechos de los ciudadanos, en modo alguno para empeorarlos o condicionarlos indebidamente”.

³⁶ Sobre la Ley ver ya VALERO TORRIJOS, *El Régimen Jurídico...*, Op. cit. GAMERO CASADO y VALERO TORRIJOS, *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Público*, 2008. PALOMAR OLMEDA, *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos*, Aranzadi, 2007.

que llevaba inicialmente el título de Ley de Administración Electrónica³⁷, va a pasar a ser sin duda una de las más importantes leyes de nuestro ordenamiento jurídico administrativo³⁸. Es pieza clave en el sistema de relaciones entre las Administraciones Públicas entre sí y con los ciudadanos y supone no un mero cambio cuantitativo o hacia una mayor y mejor calidad en la prestación de los servicios públicos y en el ejercicio de sus funciones por aquéllas, sino una transformación radical en la entera Administración Pública y en el propio Derecho Administrativo.

Desde luego, parecería que no estamos ante la que debería ser la ley reguladora de la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y el conocimiento por las Administraciones Públicas. El artículo 1º de la Ley, al definir su objeto, señala que “la presente Ley reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas con la finalidad de garantizar sus derechos, un tratamiento común ante ellas y la validez y eficacia de la actividad administrativa en condiciones de seguridad jurídica”. Es decir —como por lo demás resulta del propio enunciado de la Ley—, la finalidad del texto es esencialmente reconocer el derecho de todos los ciudadanos³⁹ a relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas. Su Exposición de Motivos señala que “El servicio al ciudadano exige consagrar su derecho a comunicarse con las Administraciones por medios electrónicos. La contrapartida de ese derecho es la obligación de éstas de dotarse de los medios y sistemas electrónicos para que ese derecho pueda ejercerse. Esa es una de las grandes novedades de la Ley:

³⁷ Posteriormente se habló de Proyecto de Ley para el acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones Públicas. Así se publicó en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 15 de diciembre de 2006, núm. 116-1.

³⁸ Además, según la disposición final primera, gran parte del articulado de la Ley tiene carácter básico, en aplicación del artículo 149.1.18 de la Constitución.

³⁹ Téngase en cuenta que según las definiciones incluidas como anexo a la propia ley, a los efectos de la misma se entiende por ciudadanos “Cualesquiera personas físicas, personas jurídicas y entes sin personalidad que se relacionen, o sean susceptibles de relacionarse, con las Administraciones Públicas”.

pasar de la declaración de impulso de los medios electrónicos e informáticos —que se concretan en la práctica en la simple posibilidad de que algunas Administraciones, o algunos de sus órganos, permitan las comunicaciones por medios electrónicos— a que estén obligadas a hacerlo porque la Ley reconoce el derecho de los ciudadanos a establecer relaciones electrónicas. La Ley consagra la relación con las Administraciones Públicas por medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos y como una obligación correlativa para tales Administraciones. El reconocimiento de tal derecho y su correspondiente obligación se erigen así en el eje central del proyecto de Ley”. Derecho que se reconoce expresa y claramente en el artículo 6.1 de la Ley: “Se reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos”.

Pero lo cierto es que la Ley, además, pretende fijar “los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa”. No es propiamente una ley que regule la “Administración electrónica” (incluso el título inicial se quedó por el camino, como antes apuntaba), pero sí quiere aprovechar para fijar algunos de sus principios rectores. El importante artículo 4º de la Ley regula los “principios generales” que han de informar el uso de nuevas tecnologías por parte de la Administración⁴⁰. Señala, en efecto, que “la utilización de las tecnologías de la información tendrá las limitaciones establecidas por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, respetando el

⁴⁰ GÓMEZ PUENTE ha llevado a cabo una interesante reflexión y sistematización de los “principios directores” del desarrollo de la Administración Electrónica. Tales principios serían los siguientes: acceso universal, voluntariedad y uso alternativo, legalidad y juridicidad, buena administración y, por último, participación: “La Administración electrónica”, op. cit., pp. 116 y ss.

pleno ejercicio por los ciudadanos de los derechos que tienen reconocidos, y ajustándose a los siguientes principios”:a) El respeto al derecho a la protección de datos de carácter personal así como a los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar; b) Principio de igualdad; c) Principio de accesibilidad a la información y a los servicios por medios electrónicos, garantizando especialmente la accesibilidad universal; d) Principio de legalidad; e) Principio de cooperación en la utilización de medios electrónicos por las Administraciones Públicas; f) Principio de seguridad en la implantación y utilización de los medios electrónicos por las Administraciones Públicas; g) Principio de proporcionalidad; h) Principio de responsabilidad y calidad en la veracidad y autenticidad de las informaciones y servicios ofrecidos por las Administraciones Públicas; i) Principio de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de la técnica; j) Principio de simplificación administrativa; k) Principio de transparencia y publicidad del procedimiento.

El respeto a tales principios es esencial para el correcto desarrollo de la Administración Electrónica. Principios que en definitiva pretenden garantizar el pleno respeto a los derechos fundamentales y a las bases constitucionales configuradoras de la Administración Pública. La implantación del estado social de derecho, con pleno respeto al Estado democrático y descentralizado, integrado además en la Unión Europea es el marco de referencia que debe tener la Administración Electrónica. Que además se rige por los principios que enuncia el artículo 103 de la Constitución y por las exigencias de su artículo 9. No hay otro escenario posible.

El respeto a los derechos fundamentales es especialmente relevante. No olvidemos que el uso de nuevas tecnologías implica una posibilidad de ingerencia en los derechos difícilmente imaginable. Y ello por muchos motivos. Por un lado porque tales ingerencias pueden pasar en la mayoría de los casos desapercibidas⁴¹. Piénsese en el uso torticero de

⁴¹ El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 292/2000, ya señaló los riesgos que suponen los tratamientos no consentidos de datos “dado que una persona puede ignorar no sólo cuáles son los datos que le conciernen que se hallan recogidos en un fichero sino también si han sido trasladados a otro y con qué finalidad” (F.J. 4).

un programa informático, la comunicación incontrolada de datos entre Administraciones, el tratamiento incontrolado de datos, el uso de tecnologías no accesibles, la actuación opaca de la Administración basada en decisiones virtuales, el empleo de técnica de control o monitorización (que van mucho más allá de la videovigilancia), la retención y posterior uso de datos e información, y un largo etcétera. Situaciones todas ellas no sólo posibles, sino reales. Por otro lado, porque el uso de las nuevas tecnologías es sin duda un elemento democratizador en potencia, pero también podría llegar a incrementar la brecha digital, y con ello la desigualdad entre sectores sociales. En fin, porque el recurso a las nuevas tecnologías puede llegar a producir, paradójicamente, una Administración menos transparente. Por ello, es necesario subrayar, más ahora en un momento en que la Administración Electrónica va a consolidarse definitivamente, la necesidad de pleno y efectivo respeto a los derechos fundamentales, y en particular al derecho a la protección de datos de carácter personal, el derecho a la transparencia y el derecho a la igualdad⁴². A continuación me refiero al primero de ellos.

3. Administración electrónica y derecho a la protección de datos de carácter personal

3.1. La protección de datos como principio de la Administración electrónica

La implantación de la Administración Electrónica supone, como sabemos, no ya la posibilidad, sino el derecho de todos a relacionarse con la Administración a través de medios informáticos o telemáticos. Pero

⁴² Debe evitarse cualquier discriminación derivada del uso de las nuevas tecnologías. El riesgo de la llamada brecha digital (ya algunos hablan de la “zanja digital”) es tan cierto como posible. Por ello la Ley dispone en su artículo 4º, al regular los principios de la Administración Electrónica, lo siguiente: “Principio de igualdad con objeto de que en ningún caso el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos, tanto respecto al acceso a la prestación de servicios públicos como respecto a cualquier actuación o procedimiento administrativo sin perjuicio de las medidas dirigidas a incentivar la utilización de los medios electrónicos”.

también implica que las Administraciones Públicas van a poder obtener y manejar (someter a tratamiento, en suma) un volumen de información como nunca antes había sido posible.

Por ello, insisto una vez más, el respeto al derecho a la protección de datos de carácter personal adquiere una trascendencia incuestionable. Ya desde la Exposición de Motivos de la Ley 11/2007 se llama la atención sobre ello: “El reconocimiento general del derecho de acceder electrónicamente a las Administraciones Públicas tiene otras muchas consecuencias a las que hay que dar solución y de las que aquí, de forma resumida, se enumeran algunas. Así, en primer lugar, la progresiva utilización de medios electrónicos suscita la cuestión de la privacidad de unos datos que se facilitan en relación con un expediente concreto pero que, archivados de forma electrónica como consecuencia de su propio modo de transmisión, hacen emerger el problema de su uso no en el mismo expediente en el que es evidente, desde luego, pero, sí la eventualidad de su uso por otros servicios o dependencias de la Administración o de cualquier Administración o en otro expediente. Las normas de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal deben bastar, y no se trata de hacer ninguna innovación al respecto, pero sí de establecer previsiones que garanticen la utilización de los datos obtenidos de las comunicaciones electrónicas para el fin preciso para el que han sido remitidos a la Administración”. En este sentido el artículo 3º de la Ley, al fijar sus objetivos, recoge como uno de ellos (art. 3.1) el “crear las condiciones de confianza en el uso de los medios electrónicos, estableciendo las medidas necesarias para la preservación de la integridad de los derechos fundamentales, y en especial los relacionados con la intimidad y la protección de datos de carácter personal, por medio de la garantía de la seguridad de los sistemas, los datos, las comunicaciones y los servicios electrónicos”. Por otra parte, tal como antes veíamos, el artículo 4º de la Ley recoge, como el primero de los principios por los que ha de regirse el desarrollo de la Administración electrónica, “el respeto al derecho a la protección de datos de carácter personal en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de los datos de carácter personal, en las demás Leyes específicas que regulan el

tratamiento de la información y en sus normas de desarrollo⁴³, así como a los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar”. Asimismo, como expresión del principio de proporcionalidad, establece que “sólo se requerirán a los ciudadanos aquellos datos que sean estrictamente necesarios en atención a la finalidad para la que se soliciten” (letra g del citado artículo 4º de la Ley 11/2007). Y el artículo 6º.2. b) se refiere expresamente al derecho de los ciudadanos “a no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal o una norma con rango de Ley así lo determine, salvo que existan restricciones conforme a la normativa de aplicación a los datos y documentos recabados”, añadiendo que “el citado consentimiento podrá emitirse y recabarse por medios electrónicos”.

La Ley Foral 11/2007, de 4 de abril, para la Implantación de la Administración Electrónica en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra también muestra especial sensibilidad hacia la protección de datos. Ya en su Exposición de Motivos señala que la Ley “se encarga de establecer los derechos de los ciudadanos frente a la nueva faz que adopta la Administración Foral. Entre ellos dos de indudable relevancia: la protección de los datos personales y el de mantenimiento de todas las garantías jurídicas de que disfruta en los procedimientos y relaciones administrativas convencionales. La Administración electrónica nace para mejorar los derechos de los ciudadanos, en modo alguno para empeorarlos o condicionarlos indebidamente”. El artículo 4, al enumerar los derechos de los ciudadanos en sus relaciones por medios electrónicos con la Administración incluye, en lo que ahora interesa, el derecho “a la privacidad de sus datos personales y a la intimidad personal y familiar” —letra m)— y el derecho “a todas las garantías jurídicas que exigen

⁴³ Como he señalado más atrás, una vez concluido este trabajo se ha publicado el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.

las leyes reguladoras de la protección de los datos personales” —letra ñ)—. En fin, con carácter general, la Disposición adicional segunda, sobre Protección de datos personales, dispone que “la implantación de la Administración electrónica en ningún caso supondrá exención o debilitamiento de los deberes de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus organismos públicos en orden a la protección de los datos personales de los ciudadanos”⁴⁴.

Todas las previsiones que en materia de protección de datos contiene la Ley Foral 11/2007 son absolutamente necesarias⁴⁵. Como he señalado en otro lugar⁴⁶, el desarrollo de la sociedad de la información y la posibilidad real de invadir la privacidad mediante el uso de nuevas tecnologías, cada vez más sofisticadas, requieren prestar especial atención al derecho fundamental a la protección de datos personales⁴⁷. La revolución tecnológica permite a las Administraciones Públicas disponer de abundantísima y elaboradísima información sobre las personas. Las relaciones entre ciudadanos y Administración no van a ser ya las mismas. La posibilidad de crear ingentes bases de datos con medios cada vez más sofisticados pero al mismo tiempo más accesibles permite ya un control de los ciudadanos por parte de la Administración que podría alcanzar unos grados de conocimiento inimaginables. Por eso es imprescindible, al hablar de la influencia de la revolución de las nuevas tecnologías en la nueva Administración, dedicar atención a la protección de datos personales.

No es exageración afirmar que el derecho fundamental a la protección de datos personales es uno de los más importantes en la sociedad

⁴⁴ Por otra parte añado que “el Gobierno de Navarra podrá promover mediante Decreto Foral la creación de la Agencia de Protección de Datos Personales de Navarra”.

⁴⁵ Además de las señaladas más atrás, ténganse en cuenta los artículos 27.5, sobre seguridad en las comunicaciones electrónicas, y 31.3 sobre medidas de seguridad en el archivo electrónico de documentos.

⁴⁶ “Revolución tecnológica, Derecho administrativo y Administración Pública...”, op. cit., p. 76.

⁴⁷ Recientemente se ha cuestionado la consideración de la protección de datos como derecho fundamental: ACOSTA GALLO, “Administración electrónica: ¿existe un derecho fundamental a la protección de los datos personales?”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 15, junio 2007.

actual. Y no solo en los países desarrollados, con democracias consolidadas, sino también en los que están en proceso de desarrollo, en los que la sociedad de la información es tan sólo una utopía, pero en los que ya es posible acumular y tratar información sin apenas control y garantías, con graves implicaciones para los ciudadanos. Teniendo en cuenta, además, que el tratamiento de datos personales no conoce fronteras, es un fenómeno transnacional y requiere, por tanto una respuesta lo más uniforme y armonizada posible. El reto no es menor y merece una reflexión pausada y crítica. Pues, como ha señalado RODOTÀ, la protección de datos, como “diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni”, se presenta como una “dimensione della libertà esistenziale, costitutiva non solo della sfera privata, ma pure di quella pubblica”⁴⁸.

3.2. Los principios del derecho fundamental a la protección de datos

El Grupo de Autoridades Europeas de Protección de Datos, llamado Grupo del artículo 29 por haber sido instituido en base a lo dispuesto en el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, ha elaborado un importante Documento de Trabajo sobre la Administración en Línea, de 8 de mayo de 2003⁴⁹, en el que se analizan las más importantes manifestaciones de la Administración Electrónica o Administración en línea en los países de la Unión Europea y su repercusión en materia de protección de datos. Así, se analiza la situación de los procedimientos administrativos en línea, la creación de un punto de entrada único o portal a los procedimientos administrativos en línea, la situación de los sistemas nacionales de identificación de personas (uso de identificadores únicos o sectoriales para acceder a ciertos servidores administrativos en línea), las interconexiones de ficheros o bases de distintas Administraciones Públicas, el uso de la firma electrónica, el supuesto concreto de las tarjetas de identidad electrónicas o, en fin, el régimen de control de los afectados sobre sus datos personales.

⁴⁸ *Repertorio di fine secolo*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 201-202, 2ª ed.

⁴⁹ WP 73, 10593/02/ES.

La cuestión capital estriba en respetar en todo momento los principios esenciales configuradores del derecho fundamental a la protección de datos. En este sentido es imprescindible, una vez más, recordar el capital fundamento jurídico séptimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre. Dicho Fundamento dispone con rotundidad:

“7. De todo lo dicho resulta que el contenido del Derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del Derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular.

Y ese Derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos. En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del Derecho fundamental a la protección de datos personales los Derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del Derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el Derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele”.

Es decir, se atribuye a las personas un poder de disposición sobre sus datos de carácter personal. Lo que explica y justifica el contenido de los principios que configuran el núcleo esencial del derecho fundamental a la protección de datos. Tales principios pueden reconducirse a los que quizá son más nucleares en la configuración del derecho: Consentimiento, información, finalidad, calidad de los datos, con especial referencia a la proporcionalidad, seguridad. Principios todos ellos recogidos en la LOPD, artículos 4 y ss., a los que puede añadirse el de utilización leal de

los datos y el de minimización en el uso de los datos (éste, por cierto, reconducible, también, en mi opinión, al de proporcionalidad). Principios que para ser efectivos requieren el reconocimiento, garantía y tutela de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (regulados, en nuestro caso, en los artículos 15 y ss. de la LOPD)⁵⁰.

Además, la Carta Europea de Derechos Humanos⁵¹, siguiendo ya la tónica de textos anteriores, da un paso capital a favor de otro de los principios que ya son inherentes a la protección de datos: el principio que podría denominarse de control independiente. En efecto, al disponer que “*El respeto de estas normas [de protección de datos] quedará sujeto al control de una autoridad independiente*” está exigiendo la existencia de tal autoridad como requisito para considerar que el derecho a la protección de datos está suficientemente garantizado. De modo que se presume que, faltando esa autoridad, no es posible en ningún caso considerar aceptable el marco jurídico regulador del derecho⁵². Hay que señalar que, con el Tratado de Lisboa, el Tratado de la Unión Europea ha pasado a tener un nuevo artículo, el 39, que es del siguiente tenor: “De conformidad con el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y no obstante lo dispuesto en su apartado 2, el Consejo adoptará una decisión que fije las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del presente capítulo, y sobre la libre circulación

⁵⁰ Sobre tales principios, PIÑAR MAÑAS, “El derecho fundamental a la protección de datos personales. Algunos retos de presente y futuro”, en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 13, diciembre 2005, pp. 21 y ss. y bibliografía allí citada. Más recientemente, ver CASTILLO VÁZQUEZ, *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas. El derecho a saber y la obligación de callar*, Thomson Civitas-Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Cizur Menor, 2007.

⁵¹ Que como todos sabemos pasará a tener pleno valor jurídico, de acuerdo al Tratado de Lisboa de diciembre de 2007 (artículo 6 del Tratado de la Unión Europea en su nuevo texto).

⁵² Precisamente uno de los puntos esenciales de las decisiones de adecuación que hasta ahora ha aprobado la Comisión Europea en relación con la protección ofrecida por terceros países es la de la existencia de una autoridad independiente de control.

de dichos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes”.

Algunos ejemplos de la aplicación de los principios citados en primer lugar, y sobre todo de los de información, consentimiento, calidad y finalidad, pueden ya observarse en diversas disposiciones que afectan a instrumentos propios de la Administración Electrónica, antes incluso de aprobarse la Ley 11/2007. Así, los Reales Decretos 522 y 523/2006, ambos de 28 de abril, por los que se suprime, respectivamente, la exigencia de aportar fotocopia del DNI y de los certificados de empadronamiento en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes, a los que ya antes me referí, llaman la atención acerca de la importancia que ha de darse al consentimiento del interesado. El punto 3 del artículo único del Real Decreto 522/2006 dispone que “en los procedimientos para cuya tramitación sea imprescindible acreditar de modo fehaciente datos personales incorporados a los documentos de identidad de quienes tengan la condición de interesado, el órgano instructor podrá comprobar tales datos mediante un Sistema de Verificación de Datos de Identidad. En todo caso será preciso el consentimiento del interesado para que sus datos de identidad personal puedan ser consultados por este sistema por el órgano instructor, debiendo constar dicho consentimiento en la solicitud de iniciación del procedimiento o en cualquier otra comunicación posterior. A tal efecto, la prestación del consentimiento del interesado podrá hacerse constar expresamente en el recibo de presentación de la solicitud”.

Por lo que se refiere los principios de finalidad y proporcionalidad es especialmente relevante la regulación del Documento Nacional de Identidad Electrónico⁵³. Tal documento resulta imprescindible en el desarrollo de la sociedad de la información y va a facilitar sin duda alguna la seguridad en las relaciones a través de Internet, que como sabemos son esenciales en la implantación de la Administración Electrónica.

⁵³ Véase PIÑAR MAÑAS “The data protection guarantees in the e-DNI”, op. cit., pp. 25 y ss.

Los artículos 15 y 16 de la Ley 59/2003, de firma electrónica regulan el régimen del DNI electrónico. El artículo 15 concreta la finalidad del Documento:

“1. El documento nacional de identidad electrónico es el documento nacional de identidad que acredita electrónicamente la identidad personal de su titular y permite la firma electrónica de documentos.

2. Todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, reconocerán la eficacia del documento nacional de identidad electrónico para acreditar la identidad y los demás datos personales del titular que consten en el mismo, y para acreditar la identidad del firmante y la integridad de los documentos firmados con los dispositivos de firma electrónica en él incluidos”.

Es, pues, doble su finalidad: identificar la titular y permitir la firma electrónica. En consecuencia, los datos en él contenidos deberán ser los adecuados, pertinentes y no excesivos en función de tal finalidad. En este sentido, el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, dispone qué datos incluirá el DNI electrónico⁵⁴. Y en este sentido hemos de decir que tanto la finalidad como los datos que se recogen en el DNI electrónico pueden considerarse adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las exigencias del principio de calidad de los datos que impone el artículo 4 de la LOPD.

⁵⁴ Según el Artículo 11, el Documento Nacional de Identidad recogerá gráficamente los siguientes datos de su titular:

“En el anverso: Apellidos y nombre. Fecha de nacimiento. Sexo. Nacionalidad. Número personal del Documento Nacional de Identidad y carácter de verificación correspondiente al Número de Identificación Fiscal. Fotografía. Firma.

En el reverso: Lugar de nacimiento. Provincia-Nación. Nombre de los padres. Domicilio. Lugar de domicilio. Provincia. Nación. Caracteres OCR-B de lectura mecánica. Los datos de filiación se reflejarán en los mismos términos en que consten en la certificación a la que se alude en el artículo 5.1.a de este Real Decreto, excepto en el campo de caracteres OCR-B de lectura mecánica, en que por aplicación de acuerdos o convenios internacionales la transcripción literal de aquellos datos impida o dificulte la lectura mecánica y finalidad de aquellos caracteres.

Igualmente constarán los siguientes datos referentes al propio Documento y a la tarjeta soporte: Fecha de caducidad. Número de soporte”.

3.3. La transmisión de datos entre Administraciones Públicas

Una de las más importantes manifestaciones de la implantación de nuevas tecnologías por las Administraciones Públicas es la posibilidad de una fácil y rápida (en tiempo real) comunicación de datos entre las Administraciones Públicas. El uso de Internet o de redes de intranet, así como la interconexión de ficheros puede facilitar hasta extremos insospechables ese intercambio de información.

El artículo 21 de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos, regula la comunicación de datos entre Administraciones públicas. Y lo hace desde la cautela. Dispone en efecto que los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos, sin que en este caso sea necesario el consentimiento del interesado⁵⁵.

La redacción originaria del precepto transcrito permitía la comunicación de datos entre Administraciones Públicas “*cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso*”. Este párrafo, sin embargo, fue recurrido ante el Tribunal Constitucional, que lo declaró inconstitucional y nulo en su conocida Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre.

Ante todo el Tribunal deja clara su doctrina sobre los límites de los derechos fundamentales:

⁵⁵ “2. Podrán, en todo caso, ser objeto de comunicación los datos de carácter personal que una Administración pública obtenga o elabore con destino a otra.

3. No obstante lo establecido en el artículo 11.2.b), la comunicación de datos recogidos de fuentes accesibles al público no podrá efectuarse a ficheros de titularidad privada, sino con el consentimiento del interesado o cuando una ley prevea otra cosa.

4. En los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 del presente artículo no será necesario el consentimiento del afectado a que se refiere el artículo 11 de la presente Ley”.

“Justamente, si la Ley es la única habilitada por la Constitución para fijar los límites a los derechos fundamentales y, en el caso presente, al derecho fundamental a la protección de datos, y esos límites no pueden ser distintos a los constitucionalmente previstos, que para el caso no son otros que los derivados de la coexistencia de este derecho fundamental con otros derechos y bienes jurídicos de rango constitucional, el apoderamiento legal que permita a un Poder Público recoger, almacenar, tratar, usar y, en su caso, ceder datos personales, sólo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos. Por tanto, si aquellas operaciones con los datos personales de una persona no se realizan con estricta observancia de las normas que lo regulan, se vulnera el derecho a la protección de datos, pues se le imponen límites constitucionalmente ilegítimos, ya sea a su contenido o al ejercicio del haz de facultades que lo componen. Como lo conculcará también esa Ley limitativa si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga. Y así será cuando la Ley, que debe regular los límites a los derechos fundamentales con escrupuloso respeto a su contenido esencial, se limita a apoderar a otro Poder Público para fijar en cada caso las restricciones que pueden imponerse a los derechos fundamentales, cuya singular determinación y aplicación estará al albur de las decisiones que adopte ese Poder Público, quien podrá decidir, en lo que ahora nos interesa, sobre la obtención, almacenamiento, tratamiento, uso y cesión de datos personales en los casos que estime convenientes y esgrimiendo, incluso, intereses o bienes que no son protegidos con rango constitucional”.

Sentada la base anterior, el Tribunal afirma más adelante:

“no es ocioso señalar, de un lado, que el derecho a consentir la recogida y el tratamiento de los datos personales (art. 6 LOPD) no implica en modo alguno consentir la cesión de tales datos a terceros, pues constituye una facultad específica que también forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de tales datos. Y, por tanto, la cesión de los mismos a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aun cuando puedan ser compatibles con éstos (art. 4.2 LOPD), supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado. Una facultad que sólo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y, por tanto, esté justificada, sea proporcionada y, además, se establezca por Ley, pues el derecho fundamental a la protección de datos personales no admite otros límites. De otro lado, es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de éstos, pues sólo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos personales. Para lo que no basta que conozca que tal cesión es posible según la disposición que ha creado o modificado el fichero, sino también las circunstancias de cada cesión concreta. Pues

en otro caso sería fácil al responsable del fichero soslayar el consentimiento del interesado mediante la genérica información de que sus datos pueden ser cedidos. De suerte que, sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia”.

En consecuencia resulta inconstitucional la posibilidad de que en la disposición de creación del fichero, o en norma reglamentaria de rango superior, sea la propia Administración la que prevea la cesión de datos a otra Administración para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas. Según el Tribunal:

“El motivo de la inconstitucionalidad del art. 21.1 LOPD resulta, pues, claro. La LOPD en este punto no ha fijado por sí misma, como le impone la Constitución (art. 53.1 CE), los límites al derecho a consentir la cesión de datos personales entre Administraciones Públicas para fines distintos a los que motivaron originalmente su recogida, y a los que alcanza únicamente el consentimiento inicialmente prestado por el afectado (art. 11 LOPD, en relación con lo dispuesto en los arts. 4, 6 y 34.e LOPD), sino que se ha limitado a identificar la norma que puede hacerlo en su lugar. Norma que bien puede ser reglamentaria, ya que con arreglo al precepto impugnado será una norma de superior rango, y con mayor razón para el caso de que la modificación lo sea por una norma de similar rango, a la que crea el fichero (y ésta basta con que sea una disposición general, que no una Ley, publicada en un Boletín o Diario oficial —art. 20.1 LOPD) la que pueda autorizar esa cesión in consentida de datos personales, lo que resulta ser, desde luego, contrario a la Constitución”.

La Ley 11/2007 es respetuosa con ese planteamiento. Para ello, opta por una remisión en bloque a la Ley Orgánica 15/1999. En efecto, se refiere a la transmisión de datos entre Administraciones Públicas en el artículo 9º según el cual “para un eficaz ejercicio del derecho reconocido en el apartado 6.2.b), cada Administración deberá facilitar el acceso de las restantes Administraciones Públicas a los datos relativos a los interesados que obren en su poder y se encuentren en soporte electrónico, especificando las condiciones, protocolos y criterios funcionales o técnicos necesarios para acceder a dichos datos con las máximas garantías de seguridad, integridad y disponibilidad, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos

de Carácter Personal y su normativa de desarrollo”. Añade asimismo el precepto que “la disponibilidad de tales datos estará limitada estrictamente a aquellos que son requeridos a los ciudadanos por las restantes Administraciones para la tramitación y resolución de los procedimientos y actuaciones de su competencia de acuerdo con la normativa reguladora de los mismos. El acceso a los datos de carácter personal estará, además, condicionado al cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 6.2.b) de la presente Ley”. También la Ley Foral 11/2007 respeta el derecho a la protección de datos en las comunicaciones de datos. El artículo 10.4 dispone que “toda transmisión de datos se efectuará a solicitud del órgano u organismo tramitador, en la que se identificarán los datos requeridos y sus titulares, así como la finalidad para la que se requieren. En la solicitud se hará constar que se dispone del consentimiento expreso de los titulares afectados, salvo que dicho consentimiento no sea necesario”.

En estrecha relación con lo anterior debe prestarse especial atención a una cuestión clave en la Administración Electrónica: la interconexión de ficheros o bases de datos. En este sentido, el Documento del Grupo del Artículo 29 al que antes me refería sobre Administración en Línea llama la atención acerca de que la Administración Electrónica no debe funcionar como una “pantalla de humo que oculte una interconexión generalizada de las bases de datos personales entre administraciones”, rechazando una interconexión generalizada de los ficheros. En dicho Documento se destaca que en 2002 se elaboró un Informe en Reino Unido sobre “*Privacy and data sharing: the way forward for public service*”, en el que se presenta la interconexión como algo aparentemente promovido por el desarrollo de la Administración en línea y las expectativas de los ciudadanos en este ámbito, pero insiste en la necesidad igualmente importante de sus expectativas en cuanto a la protección de la vida privada. Por lo tanto, conviene equilibrar las interconexiones (y la supuesta mejora que conlleva en los servicios de la Administración) y la protección de los usuarios en relación con el tratamiento de sus datos personales⁵⁶.

⁵⁶ El Documento añade que la búsqueda de este equilibrio pasaría, obligatoriamente, por los siguientes pasos de análisis:

Otras cuestiones pueden y deben ser tenidas en cuenta. Así la implantación de la tarjeta sanitaria electrónica, la utilización de identificadores por radiofrecuencia, la gestión de identidad, y otras más. Lo esencial es tener siempre muy presentes las exigencias de la protección de datos, la objeto de garantizar una adecuada implantación de la Administración Electrónica con respeto escrupuloso a los derechos fundamentales y en particular al derecho a la protección de datos.

4. Breve conclusión

En conclusión, es imprescindible reflexionar acerca del cambio sustancial que el desarrollo y aplicación de las nuevas tecnologías del conocimiento y la información están produciendo y van a producir sin duda en el futuro en las Administraciones Públicas. No se trata de un simple cambio cuantitativo, pues las nuevas tecnologías no son equiparables a los avances de la técnica de los que hasta ahora hemos ido siendo testigos.

En cualquier caso, ese planteamiento requiere una reflexión profunda y de futuro. Pero hay una cuestión fuertemente ligada a la revolución tecnológica que debe ser tomada muy en consideración. Me refiero a la importancia que tiene la protección de datos personales, como derecho fundamental autónomo vinculado a la dignidad de la persona. La entera actuación de las Administraciones Públicas (dotadas hoy de unas posibilidades tecnológicas accesibles e impensables hace apenas unos años) debe interpretarse teniendo presente el derecho a la protección de datos. La Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos, el derecho comunitario, y la jurisprudencia constitucional (principalmente la STC 292/2000) han marcado ya el camino a seguir. Por ahora la opción elegida por la Ley

¿Qué ventajas se espera que tenga el uso de los datos y sus interconexiones, teniendo en cuenta los objetivos del gobierno?

¿Existe algún enfoque alternativo que permita alcanzar el mismo objetivo?

¿Qué riesgos y qué costes conlleva la interconexión?

¿Qué garantías se podrían precisar para gestionar estos riesgos (ejemplo: tecnologías destinadas a reforzar el respeto de la vida privada)?

Al final de este análisis, ¿quedan equilibrados los beneficios y los riesgos inducidos por la interconexión?

11/2007, de acceso electrónico a los Servicios Públicos, va por el buen camino. Resaltar el derecho a la protección de datos como el primero de los principios que deben tenerse en cuenta en el desarrollo de la Administración electrónica es todo un acierto. Los riesgos para la privacidad, siempre presentes y cada vez mayores, podrán atenuarse si las Administraciones Públicas optan decididamente por la protección de datos.