

El presente documento se corresponde con la **versión previa a la revisión de imprenta** del artículo-capítulo referido. Por ello, su contenido no necesariamente se corresponde con lo definitivamente publicado.

La numeración de las páginas del documento se hace coincidir aproximadamente con la de la publicación original.

Se disponen estos documentos a través de este medio a los únicos efectos de facilitar el acceso a la información científica o docente. En todo caso, el acceso oportuno al documento debe ser a través del lugar de su publicación indicado y, en todo caso, nunca deben ser utilizados con ánimo de lucro.

Indique la autoría de los contenidos, si los emplea.

Ante cualquier duda, no dude en dirigirse a contacto en www.cotino.net.

“Protección de datos personales, Sociedad de la información y reforma del Estatuto de Autonomía” en Corts. Anuario de Derecho Parlamentario, número extraordinario sobre la reforma del Estatuto, nº. 16, 2005, pags. 195-228.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA

Lorenzo Cotino Hueso¹.

I. La oportunidad y conveniencia de reformar el Estatuto por cuanto a la protección de datos personales

A) Una puesta en contexto: Agencias autonómicas y Estatutos de Autonomía en el momento actual

Hasta la fecha ya existen Agencias autonómicas de protección de datos en la Comunidad de Madrid (en funcionamiento desde 1997²), Cataluña (ley aprobada 2002³) y País Vasco (ley aprobada en 2004⁴).

¹ cotino@uv.es, www.cotino.net. Profesor titular de Derecho constitucional de la Universitat de València. Coordinador de la Red de Especialistas en Derecho de las Tecnologías de la Información y comunicación (www.derechotics.com).

² Se creó la Agencia de protección de datos de la Comunidad de Madrid inicialmente por medio de la Ley 13/1995, de 21 de abril, de regulación del uso de la informática en el tratamiento de datos personales por la Comunidad de Madrid. Actualmente la regulación esencial la confiere la Ley 8/2001 (CAM), de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid.

³ La autoridad de control catalana se creó por medio de la Ley 5/2002 de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de 19 de abril, de la Agencia Catalana de Protección de Datos.

⁴ La última de las agencias autonómicas existentes hasta la fecha se creó por medio de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

Otras comunidades vienen preparando la creación de tales autoridades de control y garantía: así, la Comunidad de Castilla – La Mancha y la Valenciana⁵ prevén –o a estas alturas, preveían- la creación de su agencia propia por medio de ley para el 2005 y, sin tanta definición, también se habla de la creación de una agencia andaluza y una "autoridade galega" de protección de datos. En otras comunidades existen regulaciones relativas a la protección de datos que sólo en algún caso concentran en algún ente ciertas responsabilidades en la materia⁶.

Como referencia comparada, relativamente próxima, en Alemania existen agencias de protección de datos tanto Federal cuanto de los dieciséis Estados federados (Länder)⁷. En este país, ocho estados

⁵ En la Comunidad Valenciana, se aprobó el Decreto 96/1998, de 6 de julio, del Gobierno Valenciano, por el que se regulan la organización de la función informática, la utilización de los sistemas de información y el Registro de Ficheros Informatizados en el ámbito de la administración de la Generalitat Valenciana. Entre otras cuestiones, mediante el mismo se creó la unidad de Registro de Ficheros Informatizados de la Administración de la Generalitat Valenciana (UARFI), como órgano integrado en la Consellería de Economía, Hacienda y Administración Pública, para coordinar las actuaciones previstas, en materias registrales, en la normativa de protección de datos personales. Dicha unidad viene funcionando desde 1999 ejerciendo funciones de relación con la Agencia española, de inscripción y trámite, de asesoramiento a los departamentos de la Generalitat así como de rectificación de oficio y de relación anual de los ficheros existentes.

Según la información que consta a quien suscribe, existe un anteproyecto, ya informado por la Agencia Española de Protección de Datos si bien pendiente de otros informes previos, como la memoria económica –al parecer paralizada- y, posteriormente, pasaría al Consell Consultiu. La información disponible sobre el mismo, puede seguirse de *Audio del I Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos* (https://www.madrid.org/comun/org_apd/0,3575,97778857_97817258_97818365_12312470_audio,00.html), donde se accede al documento sonoro "Anteproyecto de ley de creación de la Agencia Valenciana de Protección de Datos". De igual modo, cabe remitir a GARCIA I BARRIO, Josep-María, "La futura Agencia Valenciana de Protección de Datos", ponencia impartida en el I Congreso Derecho TICs, Valencia 2-5 de noviembre de 2005, esperándose la publicación de sus actas.

⁶ Puede seguirse prácticamente toda la normativa autonómica que afecta a la protección de datos en el amplio volumen *Repertorio de legislación y jurisprudencia sobre protección de datos*, APDCM- Thomson Civitas, Madrid, 2004.

⁷ En virtud del artículo 1. 2 de la Ley federal de protección de datos (*Bundesdatenschutzgesetz*, BDSG) de 1 de enero de 2003, ésta se aplica a los organismos públicos del Estado federal así como a los ficheros privados. Asimismo la norma se aplica al ámbito de los Estados miembros en tanto en cuanto no hayan desarrollado su normativa propia y en tanto ejecuten leyes federales o actúen como cuerpos judiciales y no se trate de materias administrativas. Dado que los Länder han asumido dicha competencia, la realidad práctica general es que la agencia federal sólo controla a los ministerios mientras que las agencias de los Länder controlan los ficheros públicos no federales y los ficheros privados.

Respecto del ámbito federal cabe acudir a <http://www.datenschutz.de/> y <http://www.bfd.bund.de/>. La normativa básica puede seguirse en inglés en http://www.bfd.bund.de/information/engl_corner.html, en particular en http://www.bfd.bund.de/information/bdsg_eng.pdf. Un enlace elemental a todas las autoridades de los Länder: http://www.bfd.bund.de/anschriften/dsb_land.html

Cabe señalar que incluso dentro de los Estados federados (Länder) existen autoridades de supervisión responsables para ámbitos inferiores, como el Distrito (así en Hessen). Otros Land están transfiriendo tareas de supervisión al ámbito Federal (Berlín).

federados o Länder reconocen en su Constitución de forma más o menos directa el derecho a la protección de datos⁸. Puede ya adelantarse que sin perjuicio del interés de esta referencia de Derecho comparado, quien suscribe no considera oportuno un tratamiento comparativo homogéneo con este país y el reconocimiento del derecho a la protección de datos que se efectúa en los Länder⁹. Y es que la naturaleza jurídica de un Estatuto de Autonomía de una Comunidad Autónoma y de la Constitución de un Land alemán son muy diversas, con particular incidencia por cuanto a las posibilidades de reconocimiento *constitutivo* de derechos fundamentales¹⁰. De otra parte, el modelo de descentralización alemán basado en el esquema del federalismo ejecutivo (federación legisla, Land ejecuta) es bien diverso del modelo de descentralización español¹¹. También en Canadá y Suiza coexisten autoridades de protección de datos en los diferentes niveles de gobierno¹².

Desde el punto de vista de las exigencias de la Unión Europea, la Directiva 95/46/CE¹³. Su artículo 28, dispone que "Los Estados miembros

⁸ Así, desde la génesis de los Estados de la antigua Alemania oriental, en las constituciones de Brandenburgo (art. 11, 1992); de Berlín (art. 22, 1995), de Mecklenburgo-Pomerania (art. 6, 1993); Sajonia-Anhalt (art. 6, 1992) y Turingia (art. 6. 2º, 1993). De igual modo, diversas constituciones de los Länder occidentales fueron modificadas e incorporaron este derecho (en ocasiones de forma previa al reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional federal, como en el caso de Renania-Westfalia –art. 4. 2º introducido en 1978). Entre estos casos cabe mencionar las constituciones de Sarre (art. 2, reforma de 1985), Bremen (art. 12, reforma de 1997) y Renania-Palatinado (art. 4 a, reforma de 2000).

⁹ Se hace referencia al completo y riguroso estudio de LÓPEZ BOFILL, Hèctor, *El dret de protecció de dades i la distribució de competències sobre el seu control al nou Estatut d'Autonomia. Un estudi comparatiu sobre la distribució de competències entre la Federació i els Länder a la República Federal d'Alemanya i proposta d'aplicació a la reforma de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, documento mecanoscrito de carácter interno elaborado para la Agència Catalana de Protecció de Dades que viene a fundamentar su propuesta sobre la comparación con Alemania y el reconocimiento del derecho a la protección de datos en los Länder de aquel país.

¹⁰ El autor mencionado considera que el reconocimiento estatutario en España habría de ser sería semejante al ciclo seguido en Alemania (no reconocimiento expreso del derecho en la Ley Fundamental; reconocimiento jurisprudencial y legislativo y, finalmente, incorporación en las constituciones de muchos Länder). Asimismo, se recoge la idea de que las constituciones de los Estados federados alemanes cumplen la función elevar los niveles de protección o la mención de nuevos derechos no reconocidos expresamente en la Constitución federal.

Sobre el tema de la regulación de las constituciones de los Länder de derechos fundamentales, parece ser referencia obligada DIETLEIN, Johannes, *Die Grundrechte in den Verfassungen der neuen Bundesländer: zugleich ein Beitrag zur Auslegung der Art. 31 und 142 GG*, Vahlen, Munich 1993.

¹¹ Sobre el tema, en español, cabe remitirse por todos a VOGEL, J. "El régimen federal de la Ley fundamental", en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho constitucional*, (Antonio López Pina, ed.) IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 613.

¹² Sobre la Agencia de protección en Suiza, <http://www.essb.ch/main.html>. La información de la Autoridad en Canadá queda disponible en <http://www.privcom.gc.ca>.

¹³ 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

dispondrán que una o *más* autoridades públicas se encarguen de vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas por ellos en aplicación de la presente Directiva. Estas autoridades ejercerán las funciones que les son atribuidas con total independencia." Asimismo, sin actual valor normativo hay que tener en cuenta su reconocimiento en la malograda Constitución europea¹⁴.

Ya en España, se duda en la doctrina si la existencia de las autoridades de control autonómicas es obligatoria a partir de la actual legislación estatal de protección de datos¹⁵. Ello, en todo caso, contrasta con una realidad en la que tras más de cinco años de vigencia de dicha normativa, sólo hay tres agencias autonómicas y en diez Comunidades Autónomas la autoridad autonómica de control *ni está ni se le espera*.

Por cuanto a los estatutos de autonomía, hasta el momento ninguno incluye referencia alguna a la competencia en protección de datos o a una institución encargada del control y garantía de este derecho fundamental, tampoco se ha recogido la materia desde la perspectiva de la dimensión prestacional de este derecho. Asimismo, sólo al momento de concluir este estudio se ha tenido conocimiento del único documento relativo a la reforma estatutaria de una Comunidad Autónoma con referencia a esta cuestión¹⁶.

Frente a esta situación de falta de cobertura estatutaria para la adopción de políticas y legislación de protección de datos desde las Comunidades Autónomas, se considera que la inclusión en los Estatutos de esta materia puede ser oportuna y positiva por diversos motivos. El

¹⁴ Artículo I-49.

¹⁵ Al respecto, FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel, *La protección de los datos personales en las Administraciones públicas*, Thompson-Civitas-AMPD, Madrid, págs. 400 y ss. para quien del tenor de la LOPD parece derivarse una exigencia de autoridades de control autonómicas. Esta obligatoriedad, en todo caso, parece pugnar tanto con la realidad (autonomías que no han creado dichas autoridades) cuanto con la potestad de autoorganización autonómica. El autor, en todo caso y al igual que López Ramón, se decanta por entender que es preceptiva la creación de las autoridades de control autonómicas (ver, por ejemplo, pág. 407).

¹⁶ Se trata de LÓPEZ BOFILL, Hèctor, *El dret de protecció de dades...* cit.. De otra parte, al momento de concluir estas páginas también se ha conocido la existencia de un trabajo por Ignacio Villaverde sobre el particular. Asimismo, se tiene constancia de su reciente conferencia "Los datos en un Estado plural: proteger datos en el Estado de las Autonomías", que fue pronunciada el pasado día 22 de febrero organizada por la Agencia Catalana de Protección de Datos. No se tiene, al momento, mayor información al respecto.

Por lo demás, a partir del seguimiento en la red de todos los documentos sobre reforma estatutaria no se ha encontrado documento de trabajo o estudio alguno sobre el tema. En particular, de estos documentos cabe remitir al *Informe sobre la reforma del Estatuto* del Institut de Estudis Autònomicos de la Generalitat de Catalunya, dispuesto en www10.gencat.net/drep/binaris/restatuto_tcm112-20013.pdf. Así como a *Aportaciones y propuestas del Defensor del Pueblo Andaluz al proceso de reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía*, Sevilla, 15 de noviembre de 2004, dispuesto en http://www.defensor-and.es/legislacion/xley_e_propuesta.htm (4/2/2005).

primero de ellos resulta del hecho mismo de la adopción de normas y políticas al respecto desde las Comunidades Autónomas, están actualmente huérfanas de una legitimidad política y jurídica estatutaria que las refuerce y las inserte en el bloque de constitucionalidad mismo. Igualmente, este vacío estatutario permite que estas políticas queden hoy por hoy en mayor medida en manos de la voluntad del legislador estatal.

B) Sobre la oportunidad política. La vulneración masiva del derecho a la protección de datos personales en Comunidad Valenciana

No es quien suscribe el adecuado para operar valoraciones políticas, ni tan siquiera para llevar a cabo una aproximación material al interés real en la protección de datos desde el punto de vista autonómico, siendo su lugar el del punto de vista jurídico. Sin embargo, para la postulación de reformas normativas, y más en el caso de una reforma casi constitucional como lo es la estatutaria, sí que parece conveniente acercar al lector de este escrito a la realidad sobre la que se proyecta este derecho fundamental. Para ello, se considera oportuno reflejar algunos datos de posible interés sobre el ámbito de los ficheros y de actividades públicas y privadas en la Comunidad Valenciana. Estas magnitudes están directa o indirectamente vinculadas con la protección de datos por cuanto a la potencialidad de generación de ficheros de datos que implican.

Cabe inicialmente referir que, a partir de la Memoria de 2003 de la Agencia Española de Protección de Datos¹⁷, en todo el Estado español eran ya 405.649 ficheros de datos personales los registrados, de los cuales 43.974 (12,15%) son de titularidad pública y 361.675 (87,84%) de titularidad privada. De otra parte, la población de la Comunidad Valenciana en 2003 es de 4.470.885 habitantes (1.632.349 Alicante, 518.239 Castellón y 2.320.297 Valencia)¹⁸.

B. 1. Magnitudes vinculables a los ficheros públicos

Respecto de los ficheros públicos en la Comunidad Valenciana son 447 los ficheros dependientes de la administración de la Generalitat¹⁹, y

¹⁷ Memoria 2003 editada por la Agencia Española de Protección de Datos, disponible <https://www.agpd.es/index.php?idSeccion=425>

¹⁸ Así en *España en cifras 2003-2004*, www.ine.es, disponible en <http://www.ine.es/prodyser/pubweb/espcif/espcif0304.htm> (7/2/2005).

¹⁹ En este sentido cabe advertir que la Comunidad Valenciana se sitúa por detrás de Andalucía (654) y Galicia (652) y a una distancia abismal de la Comunidad de Madrid, con 4.710 ficheros. Como se dirá, ello no es sino muestra del efectivo papel de garantía y control que implica la existencia de una Agencia autonómica, siendo precisamente la de Madrid la que cuenta con un muy importante bagaje.

2.458 los tratamientos de datos por parte de 336 entidades locales²⁰. Respecto de los ficheros privados, son 38.327 los registrados relativos a la Comunidad Valenciana (un 10,6% del total nacional), de 19.093 responsables del tratamiento²¹.

Desde el punto de vista de las administraciones públicas, pueden significarse algunas magnitudes directa o indirectamente vinculadas con los ficheros de datos personales:

De un lado, en la Comunidad Valenciana hay 523 municipios, siendo 552 las entidades locales²². Si se tiene en cuenta el efecto multiplicador que supone que cada municipio genere un fichero de padrón, de personal y nóminas, un fichero contable (deudores-acreedores-proveedores) y para la gestión tributaria, sin perjuicio de otros muy habituales como los relativos a infracciones, prestatarios sociales, etc. estamos hablando de miles de ficheros que habrían de estar legalizados sólo por cuanto a los municipios.

Asimismo, obviamente hay que tener en cuenta los ficheros generados desde la Administración de la Generalitat Valenciana con todos sus órganos, organismos autónomos, empresas públicas y otros entes. En este punto, no debe olvidarse los cientos de centros educativos que manejan miles de datos personales, así como de centros asistenciales sanitarios también dependientes de la Generalitat Valenciana. De igual modo, cabe tener en cuenta las universidades públicas con sus miles de alumnos.

De otro lado, son 197.956 las personas al servicio de las administraciones en la Comunidad Valenciana²³ (8,45% del total estatal)²⁴. Excluyendo la Administración General del Estado, son 165.571 los servidores públicos (Administración de la Comunidad Autónoma²⁵,

²⁰ Por provincias, en Alicante 140 entidades locales operan 1.018 tratamientos (41,41% del total); en Castellón 36 entidades locales operan 401 tratamientos (16,31 % del total) y en Valencia 160 entidades locales operan 1.039 tratamientos (42,27 % del total)

²¹ Por provincias, en Alicante 6.745 son los responsables de los 12.174 ficheros (31,76%). En Castellón 3.278 son los responsables de los 6.996 ficheros (18,25 %). En Valencia 9.091 son los responsables de los 19.157 ficheros (49,98 %).

²² Fuente Federación Valenciana de Municipios y Provincias, <http://www.fvmp.es> (2004)

²³ Datos elaborados a partir del *Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Resumen*, Julio 2004, Registro Central de Personal, disponible en http://www.map.es/servicios_al_ciudadano/empleo_publico/common/boletin_estadistico.pdf (2/2/2005).

²⁴ Dicho personal se distribuye en 65.879 en Alicante (33,27%), 24.405 en Castellón (12,32%) y 107.672 en Valencia (54,39%).

²⁵ Son 107.786, de los cuales 36.819 en Alicante, 13.721 en Castellón y 57.246 en Valencia.

Administración Local (Ayuntamientos-Diputaciones²⁶) y Universidades²⁷ en la Comunidad Valenciana.

B. 2. Magnitudes vinculables a los ficheros privados

Desde el punto de vista de las entidades privadas, hay radicadas en la Comunidad Valenciana 152.987 empresas con al menos un trabajador²⁸ (aproximadamente una décima parte del total nacional). A estos números hay que unir dos datos para vislumbrar el potencial generador de ficheros de datos personales. De un lado, la penetración informática: el grado de penetración de las TICs en el tejido empresarial es bien importante: 75% de las empresas informatizadas están conectadas a Internet, lo que representa el 60,8% del total de las empresas valencianas y un 42% de ellas dispone de una página web, esto es, una de cada cuatro empresas de la Comunidad Valenciana²⁹. De otro lado, pese a la total heterogeneidad empresarial, no es difícil pensar en la existencia casi imprescindible de una serie de ficheros con datos personales como los relativos a clientes, proveedores, trabajadores, etc. Estamos, pues, hablando de cientos de miles de ficheros en principio sometidos a la legislación de protección de datos.

B. 3. La actual vulneración masiva de la normativa de protección de datos personales

Por lo visto: en la Comunidad Valenciana hay más de cuatro millones de habitantes, más de ciento cincuenta mil servidores públicos de unas 500 administraciones, con miles de dependencias administrativas, centros educativos, sanitarios, etc. De igual modo, son más de ciento cincuenta mil las empresas, altamente informatizadas en el territorio. Unas y otros, generan y manejan muchos datos personales sujetos no

²⁶ Son 51.457 en total, de los cuales 19.064 en la provincia de Alicante, 7.032 en Castellón y 25.361 en Valencia.

²⁷ Son 6.328 en total, de los cuales 1.393 en la provincia de Alicante, 449 en Castellón y 4.486 en Valencia.

²⁸ El 49.2 % están en Valencia, el 35.5% en Alicante y el 12.3% en Castellón. De las mismas, la gran mayoría cuentan con 1 a 5 trabajadores (117.420, 76,75%), 26.795 (17.52%) son de 6-19 trabajadores, 7.750 (5.07%) son de 20-99 trabajadores y 1.015 son de 100 y más trabajadores.

LLORCA ASENSI, Elena (Dir.), *Infobarómetro Empresarial de la Comunidad Valenciana*, Cevalsi, Fundación Oficina Valenciana para la Sociedad de la Información, junio 2004, disponible en [http://genesis.ovsi.com/basescevalsi/cevalsi.nsf/\VW024pb/2662B0A7360F753CC1256EC400364703/\\$file/I Empr Jun 2004%20-%202001.%20Cap%C3%ADtulos%20Introductorios.pdf](http://genesis.ovsi.com/basescevalsi/cevalsi.nsf/\VW024pb/2662B0A7360F753CC1256EC400364703/$file/I%20Emp%20Jun%202004%20-%202001.%20Cap%C3%ADtulos%20Introductorios.pdf) (4/2/2005).

²⁹ *Ibidem*.

sólo a la protección de un derecho fundamental, sino a un régimen jurídico bastante estricto.

Y es que el nivel de protección de datos personales exigido en la Comunidad Europea a los Estados a través de las directivas puede considerarse como elevado, tanto para los entes públicos como privados. Este alto nivel de exigencia contrasta con un nivel muy bajo de efectiva implantación de la normativa de protección de datos. Se cifra que sólo un 10% de las compañías cumple con los requisitos legales en cuanto a protección de datos se refiere, por lo que se prevé que, en el periodo 2004-2010, la demanda de consultoría en este ámbito generará un volumen de negocio en España de 800 millones de euros. En general, se dice que en los próximos siete años las empresas españolas asumirán una inversión de 2.000 millones de euros para adecuarse al cumplimiento de la ley de protección de datos (datos consultoría Helas)³⁰.

Baste, de otra parte, fijar algunos referentes para percibir que la situación de legalidad en la Comunidad Valenciana –como en otras- es bastante baja. Así, en coherencia con el referido dato de que sólo una décima parte de las empresas cumplen la ley, recordemos el contraste entre las más de ciento cincuenta mil empresas y los menos de veinte mil responsables de ficheros privados en la Comunidad Valenciana.

De igual modo, y respecto de los ficheros públicos, los datos de la Comunidad de Madrid (más de cuatro mil ficheros registrados) con su muy activa Agencia autonómica ponen en evidencia a las restantes comunidades (unos cuatrocientos cincuenta ficheros registrados en la Comunidad Valenciana) respecto a la necesidad de registrar los cientos o miles de ficheros de la administración autonómica, local o corporativa que cabe presumir que habrían de legalizarse en la Comunidad Valenciana. Pese a tratarse de una estimación muy superficial, podría concluirse que no más de un 10% de los ficheros públicos están debidamente legalizados, porcentaje semejante al estimado respecto de los ficheros privados. Esta impresión la confirma el hecho de que unos dos cientos municipios no tienen registrado ni un solo fichero y que observando los ficheros registrados por Ayuntamientos se detecta la carencia de no pocos ficheros que vienen exigidos por las funciones que tienen atribuidas.

³⁰ Así en "Las firmas españolas invertirán 2.000 millones para cumplir con la ley de protección de datos", disponible en [http://www.vnunet.es/Actualidad/Noticias/Seguridad/Sistemas de protección/20040311034](http://www.vnunet.es/Actualidad/Noticias/Seguridad/Sistemas_de_protección/20040311034), noticia difundida el 11.3.2004, (accesible 31/2/2005).

Nos encontramos, pues, ante una vulneración masiva de la legalidad respecto, precisamente, respecto de un derecho fundamental.

C) La conveniencia de una inclusión estatutaria de la protección de datos desde diversas perspectivas

Lo anteriormente descrito no es sino una justificación objetiva y razonable de la necesidad de adoptar políticas y normativas tendentes a aumentar la efectividad de este derecho fundamental. Sin perjuicio del ámbito de actuación estatal, tales normas y políticas caben impulsarse desde los poderes autonómicos, la Comunidad Autónoma puede dar una respuesta más cercana a la situación existente. Ello es así tanto por la gestión de sus propios recursos económicos, organizativos y personales, cuanto por la proximidad política tanto a las Administraciones de su territorio (especialmente la propia Administración autonómica cuanto de los entes locales), como por el conocimiento más cercano de los agentes privados responsables de datos (empresas, sociedad civil, etc.) y sus dinámicas, que bien pueden ser particulares y diferenciadas de las del resto del Estado. Desde las autonomías se puede reforzar la protección de este derecho fundamental, como se ha dicho, masivamente vulnerado.

La creación de las agencias autonómicas no sólo es un indicativo de un afán político autonomista, sino, realmente, un medio instrumental práctico para hacer más efectiva la garantía de este derecho fundamental. Y como se ha visto, falta hace. Un ejemplo valioso –ceñido al ámbito de los ficheros públicos- es el que presta la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid desde 1997, que, como se ha adelantado, es un verdadero referente en la materia por su actividad³¹.

Hay que decir también que el interés en la garantía del derecho fundamental de protección de datos personales va incluso más allá del interés público que siempre ha de haber respecto de los derechos fundamentales. Y es que la protección de datos es un valor no sólo humano, sino también económico (*ad. ex:* algunas multinacionales exigen taxativamente la garantía de este derecho para poder entablar relaciones empresariales).

La asunción de la corresponsabilidad en la salvaguarda de este derecho en el territorio de la Comunidad a través de la asunción de normas y políticas, cuanto la concreta existencia de una autoridad independiente que asuma la función de velar por la protección de datos

³¹ Las memorias de su actividad pueden seguirse en www.madrid.org/apdcm (2/2/2005).

en el ámbito autonómico puede considerarse como la manifestación de un "sello de calidad" de la Comunidad Valenciana ante uno de los retos de la sociedad de la información, cuanto menos, de los poderes públicos del ámbito valenciano. Cuanto menos, el papel autonómico actual respecto de los ficheros públicos es incontestable.

La inclusión estatutaria de la protección de datos, ya competencialmente, ya por cuanto su dimensión prestacional, ya por cuanto a la institución de control, puede ser un medio más para expresar esta voluntad de la Comunidad Valenciana de ser un poder público de calidad que vela por un derecho de los más importantes en el ámbito de la sociedad de la información y del conocimiento.

De otra parte, no puede olvidarse que la Comunidad Valenciana se sitúa en la vanguardia de las comunidades por cuanto al tiempo de su reforma estatutaria, por lo que la inclusión de este aspecto puede ser ejemplificadora para otras comunidades, en tanto que ningún Estatuto de Autonomía contempla hasta ahora la protección de datos ni el desarrollo de la sociedad de la información y del conocimiento.

Por último, se considera que la inclusión estatutaria del ámbito de la protección de datos puede ser positivo más allá del alcance estrictamente jurídico sino desde el efecto pedagógico y simbólico por cuanto al necesario respeto de este "nuevo" derecho fundamental³².

Así, estos argumentos pueden unirse a los ya referidos de la inexistencia misma de previsión estatutaria alguna que refuerce la legitimidad jurídica y política para la adopción de normas y políticas desde las Comunidades Autónomas; que este espacio de acción no quede sometido por completo a la decisión del legislador estatal y que los poderes públicos autonómicos puedan dar respuesta más cercana y adecuada a la situación de vulneración masiva de este derecho fundamental³³.

Por último, como Endemaño ha recordado, hoy por hoy depende sólo del legislador estatal mantener competencias autonómicas en protección

³² Esta perspectiva es una de las señaladas por LÓPEZ BOFILL, Hèctor, *El dret de protecció de dades i la distribució de competències...* cit.

³³ López Bofill (ibidem) considera las siguientes ventajas de la incorporación estatutaria del derecho de protección de datos:

- precisión de un estándar de protección sobre un derecho no explícitamente reconocido en la Constitución;
- contribución a la incorporación de nuevas de necesidades de protección derivadas del progreso tecnológico;
- un efecto pedagógico de difusión del derecho que contribuiría a su respeto y
- el refuerzo indirecto de la posición competencial de la Autonomía en esta materia.

de datos, puesto que la competencia actual trae causa de una ley orgánica que no forma parte del bloque de la constitucionalidad. "En consecuencia, la competencia autonómica en esta materia se encuentra mucho menos protegida que si la tuviera atribuida en su Estatuto de Autonomía (atribución que, al estar incorporada al bloque de la constitucionalidad, supondría una clara limitación para el legislador estatal ordinario)"³⁴. Así, la asunción estatutaria de la materia de derecho a la protección de datos personales limitaría políticamente posibles acciones futuras del legislador estatal de carácter centralista. Con la presencia estatutaria es este ámbito, el legislador estatal habría de justificar política y jurídicamente mejor su consideración de lo que son las "condiciones básicas" para la igualdad de este derecho (artículo 149. 1. 1ª CE) para el caso de que las quisiera hacer expansivas.

II. El difícil y dudoso marco constitucional para la recepción estatutaria de derechos fundamentales

A) Comunidades Autónomas, derechos fundamentales y las posibilidades generales de recepción estatutaria

No hay, hasta la fecha, experiencia de un claro reconocimiento directo y constitutivo³⁵ de derechos fundamentales en los estatutos de autonomía que no sea poco más que una remisión o reiteración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución³⁶. Tampoco hay una posición del Tribunal Constitucional al respecto que aporte alguna certeza para considerar que dicho reconocimiento directo y constitutivo fuera o no constitucional. Únicamente, el Alto Tribunal ha tenido ocasión

³⁴ ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, José María, en Datospersonales.org, Agencia de protección de datos de la Comunidad de Madrid, 2004, dispuesto en http://www.madrid.org/comun/datospersonales/0,3126,457237_458340_460419_12316501_12300302,00.html (2/2/2005).

³⁵ Es decir, el hecho de reconocer expresamente un derecho fundamental de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Este reconocimiento podría tener dos variantes: una mera reiteración de lo afirmado por la Constitución o bien –y más polémica- con una variación del tenor expreso de la Constitución. Esta reformulación podría implicar nuevos matices en la concepción del derecho, en la delimitación de las facultades y componentes que incluye, en sus límites, así como en sus garantías. Se trata, al fin y al cabo, al hecho de que un Estatuto de Autonomía viniera a precisar algunas líneas jurisprudenciales, alguna nueva facultad del derecho, etc. a fin de dotar expresamente de mayores garantías.

El Tribunal Constitucional maneja esta terminología como límite a la actuación autonómica en materia de derechos fundamentales (no para el Estatuto): "desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o en cuanto tal" (sentencia 173/1998, FJ 7º).

³⁶ Un rápido seguimiento de la regulación de derechos en los estatutos de autonomía puede seguirse en RUIZ ROBLEDO, Agustín, *Código Autonómico. Recopilación sistemática de los Estatutos de Autonomía*, Junta de Andalucía, 2004, en concreto págs. 61-78.

de decir que la reiteración de una norma en una norma jerárquicamente inferior es negativa³⁷.

En otros países, esta posición contraria a la reiteración de normas ha sido incluso más contundente en aras de la homogeneidad, simultaneidad y seguridad jurídica³⁸. Más interesante y centrado en el problema competencial resulta el *malabarismo* jurídico y político reciente de la Corte Constitucional italiana en tres sentencias de noviembre de 2004³⁹. Se cuestionaba si era admisible el reconocimiento tanto de derechos cuanto de principios en un Estatuto regional que implicaban⁴⁰. La Corte⁴¹ parte de que a la Región no cabe competencia alguna para estos reconocimientos, pero no por ello son nulos. Y es que a los mismos "no se les puede reconocer ninguna eficacia jurídica", pues tienen un "carácter no prescriptivo y no vinculante". El tribunal califica la proclamación de estos derechos y principios únicamente como "convencimiento expresivo de la diversa sensibilidad política presente en la comunidad regional". Tan siquiera reconoce a estas declaraciones un valor jurídico de norma programática, puesto que "no es una Carta constitucional sino un Estatuto" que debe "estar en armonía con todos los

³⁷ En la sentencia del Tribunal Constitucional 40/1981, de 18 de diciembre, se dijo que "esta técnica duplicativa se presta a un margen de inseguridad y error [...] y siempre queda sometida a la necesidad de atender, en su día, a las eventuales modificaciones de las normas superiores así 'incorporadas' al ordenamiento de rango inferior".

³⁸ En este sentido, como recuerda Aguado, el Tribunal Constitucional portugués es mucho más taxativo a este respecto, y en su sentencia 92/1992, recordando términos de la sentencia 246/1990 razona que "cuando un texto regional se limite a reproducir (literalmente o sin alteraciones relevantes capaces de traducir una especificidad regional [...] las normas incluidas en una ley general de la República, tal texto es inconstitucional. Y lo es porque no representa la atribución del poder legislativo regional, que presupone siempre la existencia de un interés específico. Tal texto no hace en realidad más que 'apropiar' la legislación nacional y 'transformarla' en legislación regional". De otra parte recuerda en palabras de Antonio Pérez Calvo (*Estado autonómico y Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 203) que el Tribunal de Luxemburgo "mantiene de modo estricto la prohibición a los Estados de reproducir disposiciones de los reglamentos comunitarios para evitar que pudieran ser perjudicados los efectos de uniformidad y simultaneidad en la aplicación de los mismos, dando lugar a situaciones de posible inseguridad jurídica". Así en AGUADO RENEDEO, César, *El Estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996, pág. 326.

³⁹ Se trata de tres sentencias: 372/2004, de 29 de noviembre (publicada el 9 de diciembre), frente al Estatuto de la Región Toscana; la sentencia 378/2004, de 29 de noviembre (publicada el 15 de diciembre), del Estatuto la Región de Umbría y la sentencia 379/2004, de 29 de noviembre (publicada el 15 de diciembre), de la Región de Emilia-Romana.

El texto de las sentencias es accesible en www.dirittocostituzionale.mi.it. También, algunos comentarios interesantes en: <http://www.costituzionalismo.it/stampa.asp?thisfile=art20050121-1.asp> o en www.associazionedeicostituzionalisti.it. En todos los casos (última visita el 3 de junio de 2005).

⁴⁰ En el Estatuto de la Región Toscana se afirmaba que "la Región promueve, en el respeto del principio constitucional, la extensión del derecho de voto a los inmigrantes" (art. 3. 6º), o "el reconocimiento de otras formas de convivencia" (art. 4. 1. h); el "respecto al equilibrio ecológico, la tutela del ambiente y del patrimonio cultural, la conservación de la biodiversidad, la promoción de la cultura y el respeto de los animales" (art. 4. 1. l) o "la tutela y valoración del patrimonio histórico, artístico y paisajístico (art. 4. 1 m), entre otros.

⁴¹ Se hace siempre referencia a expresiones del FJ 2º de la primera de las sentencias citadas.

preceptos y principios de la Constitución"⁴². Lo más curioso es que, finalmente, señala que estas proclamaciones en los estatutos tienen "una función, por así decir, de naturaleza cultural o incluso política, pero no normativa". Por todo ello, se declara la inadmisibilidad de la cuestión de legitimidad constitucional sin declarar la nulidad de estas expresiones, admitiéndolas políticamente y negándolas jurídicamente. Problema zanjado.

Volviendo a nuestro país, se trata en España de una cuestión abierta en la que desde el punto de vista jurídico la doctrina parece posicionarse en contra de la regulación de derechos fundamentales en los estatutos de autonomía más allá de ámbitos específicos justificados por motivos concretos (derechos lingüísticos, regulación electoral, iniciativa legislativa y participación ciudadana, etc.)⁴³. En todo caso, existen posiciones divergentes por cuanto a la *oportunidad* del reconocimiento de derechos fundamentales o casi fundamentales en los estatutos de autonomía. Hay quienes –aun con no pocas dudas jurídicas - consideran positiva la inclusión de derechos fundamentales en los estatutos⁴⁴. Por el contrario, autores como Aguado⁴⁵ o Sánchez Ferriz⁴⁶ consideran que no es oportuna, necesaria ni conveniente una reiteración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Esta última tesis es

⁴² Este entrecorillado del Tribunal remite a su sentencia 196/2003.

⁴³ En este sentido, entre otros, ver AGUADO RENEDO, César, *El Estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, cit. págs. 344 y ss. Véase, asimismo, el trabajo de Sánchez Ferriz en esta misma publicación.

Sobre el tema, recientemente cabe destacar el trabajo de MARTINEZ SOSPEDRA, Manuel, "Derechos y Estatuto de Autonomía. Nota para una hipótesis de trabajo", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 34-35, 2001, págs. 309-325. En general, de la lectura de la parte jurídica de este trabajo debe desprenderse la negación de la conveniencia jurídica del reconocimiento de derechos constitucionales en los Estatutos.

⁴⁴ Al respecto, cabe tener en cuenta lo manifestado en *Informe sobre la reforma del Estatuto*, cit. en concreto, págs. 185 y ss. donde se exponen varias posibilidades con no pocos recelos. Por su parte, MARTINEZ SOSPEDRA, Manuel, "Derechos y Estatuto de Autonomía... cit. pág. 325 tras considerar todos los –muchos- problemas jurídicos y disfunciones que genera la inclusión de una "Carta de Derechos" concluye a favor de sus bondades políticas para aproximar el sistema autonómico a un sistema federal.

⁴⁵ Sobre el tema, AGUADO RENEDO, César, *El Estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, cit. págs. 335-360.

⁴⁶ Ver su trabajo en este mismo número. Anteriormente, pero con muchos más matices en SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, "Los derechos constitucionales y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana" en *Estudio sobre el Estatuto Valenciano* (obra en 4 volúmenes coordinada por J. Ferrando Badía), Vol. IV (coord. por R. Sánchez Ferriz). Valencia, Consell Valencian de Cultura, 1993, págs. 19 y ss.

también sostenida recientemente por el Defensor del Pueblo Andaluz en su informe sobre la futura reforma⁴⁷.

Desde el punto de vista político, a mi juicio no cabe duda de que la inclusión de una tabla de derechos puede constituir un elemento reivindicativo de identidad política y ciudadanía particular y diferenciada del resto de España. Ahora bien, quien quisiese obtener este "bien" –si es que lo es- habría de ponderar las ventajas que ello podría aportar frente a los muchos problemas jurídicos e incluso riesgo de inconstitucionalidad que supondría⁴⁸.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico que es el que aquí ocupa, la recepción de derechos en una norma estatal como el Estatuto queda condicionada por el marco de actuación autonómico general respecto de los derechos fundamentales. Y el tema es muy complejo⁴⁹. Las Comunidades pueden afectar y regular el ejercicio de derechos (art. 53. 1 CE)⁵⁰ sin abordar nunca los "aspectos sustanciales" reservados a la

⁴⁷ El Defensor -que dedica tres páginas de su informe sobre la materia- concluye con la afirmación de que "la incorporación de este tipo de derechos y libertades a los Estatutos de Autonomía, tendría escaso margen para la innovación o desarrollo de sus contenidos, dado los estrictos límites a que se encuentran sometidos [...] pocas alternativas pueden ofrecerse a este respecto." Ver, *Aportaciones y propuestas del Defensor del Pueblo Andaluz al proceso de reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía*, cit.

⁴⁸ Ya sólo desde el punto de vista formal cabe recordar que los estatutos de autonomía, aunque se aprueben por ley orgánica, no son en modo alguno el marco formal para el desarrollo de derechos fundamentales que exige el artículo 81 CE. Sin perjuicio de lo formal, una regulación no homogénea de los elementos sustanciales de un derecho fundamental para cada territorio supondría un elemento distorsionante de la unidad política y jurídica en un terreno esencial, como lo es el estatuto ciudadano fundamental. De otra parte, es cuanto menos dudosa la posibilidad de que se puedan instrumentar procedimientos jurisdiccionales particulares respecto de derechos constitucionales o incluso de los derechos estatutarios casi-fundamentales que reconociesen en cada autonomía.

Pese a postularse políticamente a favor de las "Cartas de derechos" autonómicas, baste reproducir los límites que Martínez Sospedra señala a las mismas: "la imposibilidad de introducir derechos fundamentales de nuevo cuño; ... la imposibilidad de establecer mediante una Carta autonómica normas de desarrollo de los derechos fundamentales, reservadas a las Cortes Generales; ... y como corolario, la imposibilidad de extender los medios procesales e institucionales de garantía de los derechos constitucionales a los reconocidos mediante la "Carta autonómica" MARTINEZ SOSPEDRA, Manuel, "Derechos y Estatuto de Autonomía... cit. pág. 315.

⁴⁹ Sobre el tema, por todos, CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, CEPC, Madrid, 2001, con su monografía dedicada sobre el particular. De igual modo, entre otros cabe estar a obras como las referidas en las citas anteriores.

⁵⁰ Las Comunidades Autónomas pueden legislar afectando a los derechos fundamentales si cuentan con competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente una regulación del ejercicio del derecho fundamental en cuestión. Sobre el tema, entre otras, sentencias 152/1992, 127/1994, 61/1997 o 173/1998). Al respecto de las disparidades sobre el particular, baste seguir la sentencia 127/1994 y las discrepancias de varios magistrados en su voto particular. Y es que, como señala Aguado, "el ejercicio de numerosos derechos tiene como espacio inmediato el ámbito territorial que ocupa la Comunidad Autónoma". De otro lado, "resultaría hoy difícil que un ente como la Comunidad Autónoma no incidiese en el ejercicio de los derechos, dadas las características

ley orgánica⁵¹. Asimismo, el Estado tiene reservada exclusivamente la garantía de la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos (149. 1º. 1ª CE). Y la determinación de tales "condiciones básicas" queda en manos del legislador estatal y del posterior control puntual del Tribunal Constitucional, poco claro y cambiante al respecto.

Puesto que la posibilidad de actuación autonómica en la regulación del derecho a la protección de datos personales ha de ser subsidiaria de la estatal y no sustancial, no parece lo propio que un Estatuto sirva para determinar las líneas generales de dicha actuación normativa de la Comunidad, dado que al no poder afectar los terrenos vedados por los artículos 81 y 149. 1. 1ª CE su margen de actuación sería más que estrecho, inoperante y distorsionante.

Sin perjuicio lo anterior, más allá de ser un derecho subjetivo, un derecho fundamental implica también una dimensión objetiva⁵². Y respecto de la misma, la concurrencia estatal-autonómica es bastante

intrínsecas de los propios derechos en un sistema socio-político como el actual." (AGUADO RENEADO, César, *El Estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, cit. pág. 358.).

⁵¹ El "desarrollo" del derecho fundamental a que hace alusión el artículo 81 CE viene referido a la regulación de los "aspectos esenciales" sustanciales y necesarios del contenido de los derechos, el "desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o en cuanto tal" (sentencia 173/1998, FJ 7º). En este sentido, el desarrollo incluye la definición y delimitación de las facultades o poderes que el derecho concede a su titular; la delimitación misma de sus titulares; alcance del mismo entre privados, garantías fundamentales necesaria para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos; precisión de los límites y restricciones al contenido normal delimitado, que no supongan meras restricciones al tiempo, modo y lugar de ejercicio de los derechos (entre otras, sentencias 101/1991, FJ 2; 127/1994, FJ 3º; 173/1998, FFJJ 7º y 8º, 292/2000, FJ 11º y 53/2002, FJ 12º).

⁵² A mi juicio, en general, de esta dimensión se deriva:

-Un deber de actuación a favor de la eficacia del derecho se traduce en la creación de instituciones o institutos específicos de protección del derechos fundamentales (dimensión "institucional" en palabras del Tribunal Constitucional).

-Una proyección en el resto del ordenamiento jurídico (dimensión referida en ocasiones como de carácter "axiológico", en otras, con mayor imprecisión, como dimensión "positiva", en otros casos se describe como "efecto irradiante" o por medio de la consideración de los derechos como "principios" del ordenamiento jurídico).

-De igual modo –y bajo la advertencia de que ni la jurisprudencia ni la doctrina han discernido con precisión dentro de esta dimensión objetiva- este deber de los poderes públicos de adoptar medidas y acciones positivas eficaces para la mejor defensa y remoción de obstáculos respecto de ese derecho se traduce en una dimensión "prestacional" del derecho fundamental en cuestión.

Sobre la dimensión objetiva de los derechos, tema sorprendentemente descuidado en España, por todos, SALVADOR MARTÍNEZ, María, "Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales", en Miguel Ángel Aparicio (coord.), *Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Cedecs, Barcelona, 2001, págs. 199-219. También, más recientemente, hay que destacar las referencias sobre la dimensión objetiva en BASTIDA, Francisco J. y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004. En particular me remito al Capítulo 2, págs. 50-56 (M. A. Presno); Capítulo 5 (I. Villaverde), págs. 112-115 y Capítulo 8 (B. Aláez Corral), págs. 182 y ss.).

más factible –también con límites- y ello, como a continuación se expone, dota de más sentido el reconocimiento estatutario del derecho a la protección de datos personales. Todo ello, hay que subrayar, en términos de gradación de los márgenes de actuación⁵³. Sobre estas bases generales, cabe operar no pocas consideraciones respecto del derecho que aquí interesa.

B) Comunidades Autónomas, derecho a la protección de datos personales y el posible papel del Estatuto

Como es sabido, el derecho a la protección de datos personales se entiende implícitamente reconocido en el art. 18. 4º CE, siendo, en muy buena medida, de creación jurisprudencial –esencialmente a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional 290 y 292/2000. Como derecho subjetivo, se trata de un derecho que implica esencialmente el consentimiento, conocimiento y control respecto de la tenencia y manejo de datos por los demás⁵⁴. Más allá de esta dimensión subjetiva, del contenido objetivo del derecho a la protección de datos personales y con vinculación con el ámbito autonómico⁵⁵ cabe ubicar:

- la "dimensión institucional" que constituyen los institutos o entes de garantía de este derecho -en palabras del Tribunal Constitucional⁵⁶-, esto es, no sólo la Agencia estatal sino también las agencias autonómicas.

⁵³ Así, considero que el criterio adecuado es discernir entre la dimensión subjetiva y la objetiva en tanto *gradualmente* cabe más margen de actuación normativa y de adopción de políticas públicas a las Comunidades Autónomas en el ámbito de la dimensión objetiva y, también en el ámbito prestacional concreto del derecho a la protección de datos personales.

Asimismo, se ha observado que cuando se trata de un derecho fundamental (arts. 15-38), y más fundamental sea éste (arts. 15-30) las condiciones básicas reservadas al Estado (art. 149. 1. 1ª CE) son más expansivas a favor de éste y, por ende, más se restringe el margen permitido de actuación a la Comunidad Autónoma (CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *Distribución competencial...*, cit. págs. 202 y 206).

⁵⁴ Por todas, en especial ver la sentencia 292/2000, FJ 7º.

⁵⁵ Relativa al derecho a la protección de datos personales, cabe mencionar las aproximaciones de Troncoso, si bien con una perspectiva algo diferente a la que aquí se sostiene. Así en TRONCOSO REIGADA, Antonio, "La contribución de las Agencias Autonómicas al derecho fundamental a la protección de datos", en DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel (coord.), *XVII Encuentros sobre Informática y Derecho 2002-2003*, Universidad de Comillas, Madrid, 2003, págs. 23-45, en concreto, ver págs. 36-37 y 41 y 45. De igual modo, con mayor concreción en la idea y más recientemente en TRONCOSO REIGADA, Antonio, "Prólogo" a FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel, *La protección de los datos personales en las Administraciones públicas*, cit. págs. 25-47, en concreto, págs. 28-29. En este último caso se une la cuestión a una reflexión sobre la potenciación de la necesidad de la protección de datos ante las diversas prestaciones sociales y de seguridad por los poderes públicos.

⁵⁶ Para el mismo, la existencia de este tipo de instituciones de garantía generadas por la legislación en aras de la mayor efectividad del derecho es un ejemplo de la "dimensión institucional" de un derecho fundamental (sentencia 292/2000, FFJJ 12º a 14º). Ya consideró así en la sentencia

- De igual modo, dentro de esta noción de dimensión objetiva, el derecho a la protección de datos personales tiene un efecto irradiante, de principio inspirador en el ordenamiento jurídico y, por ende, en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias.

- Asimismo, para la mejor garantía y eficacia de todo derecho, cabe una acción positiva de los poderes públicos que en muchos casos puede identificarse como "prestacional"⁵⁷. En el caso de la protección de datos, esta dimensión prestacional se advierte con claridad -tanto ante sectores privados como públicos- respecto de las actuaciones informativas, formativas y de concienciación; la actividad de asistencia, apoyo y asesoramiento para la adecuación de la normativa; las acciones de subvención de actividades materialmente vinculadas con la protección de datos, etc. Se trata, al fin y al cabo, de actividades que comportan una prestación (en el sentido de acción, promoción y remoción material de obstáculos) por parte del poder público a favor de una mejor garantía y eficacia del derecho a la protección de datos personales. Y también respecto de esta "dimensión prestacional" cabe otorgar a las Comunidades Autónomas un papel muy importante.

Ahora bien, esta dimensión objetiva del derecho a la protección de datos personales puede considerarse por el legislador estatal como una condición básica para garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos (art. 149. 1º 1ª CE)⁵⁸. Ello, obviamente, frena las posibilidades de actuación autonómica e, indirectamente, el sentido de una regulación en el Estatuto. Así, el legislador estatal ha reservado los ficheros privados para la actuación de la Agencia estatal⁵⁹, con el visto bueno del Tribunal Constitucional en la sentencia 290/2000, de 30 de noviembre.

154/1988, de 21 de julio, FJ 3, respecto a la Oficina del Censo Electoral y en la sentencia 160/1987, de 27 de octubre, FJ 5, respecto del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia."

⁵⁷ Sobre esta dimensión prestacional de un derecho fundamental, aspecto usualmente descuidado en la doctrina, y en conexión con las Comunidades Autónomas, cabe remitirse específicamente a CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, cit. págs. 201 y ss. y AGUADO RENEDO, César, *El Estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, cit. págs. 360 y ss.

⁵⁸ Ignacio Villaverde de forma muy inteligente ha considerado que lo propio de la reserva competencial del art. 149. 1º. 1ª CE es, precisamente esta dimensión objetiva, pues se trata, al fin y al cabo, del establecimiento de condiciones para la eficacia del derecho. BASTIDA, Francisco J. y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit. págs. 172-173.

⁵⁹ Ver en especial el artículo 41 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal.

Sin perjuicio de ello, nada puede extrañar que una Comunidad Autónoma establezca principios de actuación y condiciones (prestacionales, institucionales, organizativas, etc.) para su mayor eficacia (sin entrometerse en aquellas condiciones básicas que el Estado haya así considerado para la igualdad en toda España, pues serán de su exclusiva competencia, ex art. 149. 1º. 1ª CE). En consecuencia, y vinculado especialmente con esta dimensión objetiva y la acción autonómica, el Estatuto de Autonomía bien puede contener normas que impulsen, canalicen y determinen las acciones de los poderes públicos, sin intentar incidir en la configuración sustancial del derecho.

Ésta es la perspectiva con la que aquí se afronta la posible reforma del Estatuto de Autonomía por cuanto a este derecho fundamental.

III. Propuesta de reforma estatutaria en protección de datos y sociedad de la información y del conocimiento

A) Es recomendable una inclusión con una fórmula no rígida

La sociedad de la información genera necesidades muy cambiantes y soluciones muy flexibles, asimismo, el marco jurídico de este derecho fundamental y su perspectiva autonómica, también puede ser cambiante. No en vano, hay quien ha calificado de "discurso inacabado y frágil" el contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000⁶⁰. Y dicho discurso, como es lógico puede variar en direcciones diversas. Por ello, la solución quizá más oportuna no sería tanto centrarse en el reconocimiento de la institución de protección y su nombre (una Agencia Valenciana de Protección de Datos), sino en la función (velar por la protección eficaz de este derecho fundamental en el ámbito autonómico y en el marco de la Constitución y las leyes).

En todo caso, tanto desde el punto de vista de la institución cuanto de la función, el texto a insertar habría de albergar importantes dosis de flexibilidad e indeterminación para permitir que la función pudiera ser asumida bien por una Agencia específica, bien que otra administración independiente asumiera la función entre sus cometidos.

De igual modo, tales cometidos de una agencia autonómica desde el punto de vista competencial deberían insertarse con una fórmula abierta, a la espera de muy posibles cambios en la interpretación constitucional y, sobre todo, en la legislación estatal (LOPD) que es la que –hoy por hoy, pero quizá no mañana- determina el alcance competencial asumible por

⁶⁰ En este sentido, SALMERÓN, Manuel, *La protección de los datos personales en las Administraciones públicas*, cit. pág. 406.

la Comunidad Valenciana. Precisamente un exceso de determinación, lejos de ser útil, constreñiría la posibilidades futuras de asunción de competencias.

B) Un reconocimiento estatutario indirecto del derecho fundamental a la protección de datos

Pese a que no considere oportuna la recepción en el Estatuto de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido, cabe una ligera matización por cuanto el derecho a la protección de datos personales. Y es que se trata de un derecho no expresamente reconocido en la Constitución, sino implícito en el artículo 18. 4º CE a través de una – siempre discutible- interpretación del Tribunal Constitucional⁶¹. Sobre este hecho, se ha sostenido para Cataluña que “la incorporación de la protección a el Estatuto supondría la cristalización de esta jurisprudencia en una carta de derechos con los elementos de garantía que ello puede comportar.”⁶² En esta línea se apuesta por un reconocimiento estatutario de este derecho con cierto carácter constitutivo⁶³.

Por mi parte y por el contrario, considero que más que un reconocimiento expreso de cierto carácter constitutivo del derecho de protección de datos en el Estatuto, de dudosa constitucionalidad o cuanto

⁶¹ En este sentido crítico, me sumo a quienes consideran que quizá la opción idónea hubiera sido vincularlo con la noción de vida privada (más amplia que la intimidad) sobre una reinterpretación del derecho a la intimidad misma con importantes apoyos a partir de los tratados internacionales así como del Derecho comparado, en particular, el estadounidense. Sobre el tema, me remito en especial a los estudios de RUIZ MIGUEL, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, o la perspectiva recientemente abordada por MARTÍNEZ I MARTÍNEZ, Ricard *El derecho a la autodeterminación informativa*, Thompson-Civitas-AMPD, Madrid, 2004, frente a la posición más próxima a la asumida por el Tribunal Constitucional español de LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 104, abril-junio- 1999.

⁶² Así, LÓPEZ BOFILL, Hèctor, *El dret de protecció de dades i la distribució de competències...* cit. (en catalán en el original, traducción libre). Como se afirma en otro apartado de este estudio, no se trataría de reproducir lo afirmado en la Constitución dado que la mención constitucional es inexistente, sino que se trataría de reconducir y asegurar el derecho desarrollado jurisprudencial y legislativamente. Recuerda el autor respecto del caso alemán que este derecho se reconoció en diversas constituciones de los Länder alemanes cuando la constitución federal no lo reconocía explícitamente (sino a partir del art. 2. 1º por parte del Tribunal Constitucional y la famosa sentencia de 15 de diciembre de 1983.

⁶³ En este documento se propone la siguiente fórmula:

“1. Todos tienen derecho a la protección de datos de carácter personal. La regulación y limitación de este derecho sólo es admisible bajo fundamento legal.

2. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos que sobre ella se encuentren recogidos, a su examen y su corrección. El tratamiento y cesión de estos datos requerirá el consentimiento libre e inequívoco de su titular.”

3. El respeto de este derecho quedará sujeto al control de una autoridad independiente.”

menos, de dudosa utilidad, resulta más aconsejable un reconocimiento indirecto. Ello se articularía a través de la mención del derecho a la protección de datos pero sobre la premisa de su existencia a partir de la Constitución y los textos supranacionales y, en su caso, con referencia al desarrollo por el legislador estatal.

Se propone, pues, que dicha expresión en el Estatuto no se considere de carácter directo y constitutivo, sino optar por un reconocimiento del derecho de naturaleza descriptiva. Se trataría simplemente de afirmar su existencia sobre la base normativa constitucional e internacional que el Estatuto no puede más que respetar e innecesariamente habría de reiterar. Ahora bien, como no escapará al lector, esta recepción descriptiva sí que puede tener el efecto de aclarar para el ámbito de la Comunidad Autónoma la existencia de este derecho fundamental sólo implícita y jurisprudencialmente reconocido. De otra parte, el reconocimiento según una u otras fórmulas a continuación expuestas, de carácter más o menos intenso, permite que este ámbito de la protección de datos quede acogido en el bloque de la constitucionalidad respetando la actual interpretación de los artículos 81 y 149. 1º. 1ª CE.

De este modo, el encabezamiento de las diversas fórmulas de recepción (institucional, competencial, etc.) de esta materia, podría adoptar diversos modos que expresan –con mayor o menor simbolismo– un mayor o menor grado de sumisión a la voluntad constitucional y del legislador estatal:

Una opción que expresaría la mayor sumisión al marco constitucional y estatal, con especial consideración de la actual interpretación del Tribunal Constitucional:

“En el marco de los artículos 18⁶⁴, 81 y 149. 1º. 1ª de la Constitución y de la legislación estatal de desarrollo del derecho de protección de datos personales, así como la normativa supranacional que reconoce este derecho fundamental...” *[continuaría, según se optase, con la fórmula de asunción competencial o de reconocimiento de la institución luego expuestas]*

⁶⁴ La jurisprudencia constitucional vigente deriva este derecho del artículo 18. 4º CE, generando un derecho autónomo respecto de la intimidad. En este sentido, el texto del Estatuto bien podría hacer referencia concreta a este apartado. No obstante, tratándose de una cuestión polémica (la protección de datos podría derivarse de una interpretación del artículo 18 de forma conjunta y conectada a la vida privada reconocida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y a partir de una extensión de la intimidad del apartado 1º del precepto), creo aconsejable que la remisión lo fuese únicamente al conjunto del artículo 18 CE.

Segunda opción menos "sumisa" que la anterior. En ésta el Estatuto no se vincula expresamente a la voluntad del legislador estatal para conformar el bloque de la constitucionalidad, ahora bien, a modo de consabida cautela, sí que mantendría la expresión de la sumisión al marco constitucional (arts. 81 y 149 CE).

"En el marco de los artículos 18, 81 y 149. 1º. 1ª de la Constitución así como de la normativa supranacional que reconoce el derecho de protección de datos personales..." *[continuaría, según se optase, con la fórmula de asunción competencial o de reconocimiento de la institución luego expuestas]*

Última opción (la aquí preferida). Ésta fórmula sería algo más incisiva en la asunción autonómica y, para ello, tampoco haría referencia al marco constitucional (arts. 81 y 149 CE) más allá de una remisión al artículo 18 CE donde, en términos amplios, queda reconocido este derecho. Obvio es decir, en todo caso, que, con o sin referencia estatutaria, estos preceptos de la ley de leyes eludidos serían igualmente aplicables en todo caso.

"En el marco del artículo 18 de la Constitución así como de la normativa supranacional que reconoce el derecho de protección de datos personales..." *[continuaría, según se optase, con la fórmula de asunción competencial o de reconocimiento de la institución luego expuestas]*

De entre las fórmulas propuestas, se considera como más oportuna la segunda o la tercera –especialmente esta última- en tanto en cuanto eluden la referencia a la ley orgánica, que no es de natural el elemento que deba condicionar la definición del bloque de constitucionalidad. Esta asunción competencial situaría al legislador estatal en la necesidad de auto restringirse de algún modo. Y es que, en cierto modo y con la actual interpretación del Tribunal Constitucional, éste puede sentirse con una mayor libertad para determinar totalmente el ámbito de actuación autonómica más allá de lo que el artículo 149. 1º. 1ª CE pueda exigir.

C) La recepción estatutaria de la dimensión prestacional del derecho a la protección de datos y de la competencia autonómica

Como se ha dicho, no es conveniente la recepción estatutaria de los derechos fundamentales. Por el contrario, siguiendo a Sánchez Ferriz,

“debe aprovecharse la reforma del Estatuto para profundizar en [...] los conocidos como derechos sociales”, lo cual, entre otras utilidades, puede ser la asunción competencial⁶⁵. Para el Defensor del Pueblo Andaluz, “la inclusión de esas normas programáticas, en una parte dogmática que se incorpore a los Estatutos, puede jugar un papel decisivo también para perfilar y delimitar el ámbito de actuación autonómica⁶⁶”. No obstante, en nuestro caso, no se trata de un “derecho social”, sino de la referida dimensión objetiva y concretamente prestacional del derecho a la protección de datos y, por ello, la conveniencia de reforzar la garantía y efectividad del mismo en la Comunidad Valenciana a través de la adopción de decisiones normativas y políticas de los poderes públicos autonómicos. Y en concreto, en el aspecto que puede considerarse más propiamente como prestacional: actuaciones informativas, formativas y de concienciación; la actividad de asistencia, apoyo y asesoramiento para la adecuación de la normativa; las acciones de subvención de actividades materialmente vinculadas con la materia. Estas funciones no sólo habrían de corresponder a la autoridad autonómica de protección de datos, a las que bien pueden estar atribuidas en gran medida, sino en general a los poderes públicos autonómicos en sus actuaciones normativas, políticas o administrativas.

Pues bien, desde esta dimensión prestacional, parece lo oportuno incluir una referencia de carácter flexible y con buenas dosis de norma de tipo programático que sirva tanto para dotar de legitimación a la adopción de estas políticas legislativas y ejecutivas (inclusión en el bloque de constitucionalidad) cuanto a la manifestación de que dichas políticas y normativas persigan la finalidad establecida por el Estatuto.

No parece oportuna una fórmula cerrada, ni que haga sola mención al ámbito de los ficheros públicos autonómicos y de los entes locales radicados en la Comunidad Valenciana, que es lo que hoy únicamente queda en manos de las autoridades autonómicas. Ello no es aconsejable porque si la legislación estatal variara, la Comunidad quedaría limitada por ella misma y no por el Estado. De hecho, podría manifestarse de forma expresa el interés por la protección de datos en el ámbito privado, sin que ello implique injerencia alguna en el ámbito reservado exclusivamente por el Estado.

Una fórmula posible podría ser:

⁶⁵ Así en “Comparecencia en la Comisión de reforma del Estatut d’Autonomía de la Comunitat Valenciana”, texto mecanoscrito, Valencia, 7 de febrero de 2005, texto mecanoscrito facilitado gentilmente al autor.

⁶⁶ *Aportaciones y propuestas del Defensor del Pueblo Andaluz al proceso de reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía*, cit.

“En el marco del artículo 18 de la Constitución así como de la normativa supranacional que reconoce el derecho de protección de datos personales, *la Comunidad Valenciana podrá desarrollar la legislación y establecer los elementos de ejecución a fin de contribuir a una elevada y eficaz garantía de este derecho en su territorio.*

Dicha fórmula podría ampliarse para incorporar relativos compromisos prestacionales en el sentido expuesto a la par de referir la posibilidad autonómica de adoptar funciones de control.

“En el marco del artículo 18 de la Constitución así como de la normativa supranacional que reconoce el derecho de protección de datos personales la Comunidad Valenciana podrá desarrollar la legislación y establecer los elementos de ejecución a fin de contribuir a una elevada y eficaz garantía de este derecho en su territorio. *Tanto la actividad de control, cuanto las actividades de asistencia y apoyo a los sectores público y privado de la Comunidad podrán resultar medios idóneos a tal fin.*”

Este precepto, como más tarde se expone, podría seguirse de la introducción de la mención de la autoridad independiente autonómica.

D) Expresión estatutaria de la dimensión institucional autonómica de la protección de datos. La regulación de la autoridad de control y garantía: oportunidad, condicionantes y posibilidades

Sin perjuicio de lo anterior, la dimensión llamada “institucional” por el Tribunal Constitucional –entes de protección y garantía de los derechos-, en concreto, la autoridad o agencia de control podría también reconocerse en el Estatuto de autonomía. De hecho, dado que estamos ante un ámbito particular desde el punto de vista competencial, es bien posible que la opción elegida fuese únicamente incluir en el Estatuto la posible existencia de una autoridad independiente.

D. 1. Condicionantes por parte de la Comunidad y Unión europeas

Cabe tener en cuenta que la mencionada Directiva 95/46/CE, en particular Capítulo VI (arts. 28 y ss.) exige la existencia de una o más autoridades de control por Estado. Eso sí, de existir una o varias

autoridades de control, impone en todo caso que "ejercerán las funciones que les son atribuidas con total independencia." (art. 28. 1) También dicha directiva exige que se les confiera de poderes de investigación y de intervención, capacidad procesal, que sus actividades sean recurribles, prestación de informes periódicos, sujeción a secreto profesional. De igual modo, y como se ha referido, tales exigencias vienen recogidas en el –malogrado- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Así pues, por exigencia comunitaria, la autoridad de control sobre protección de datos ha de presentar tales mínimos, que el Estatuto no debe eludir, en especial, que tales funciones las asuma una autoridad independiente⁶⁷.

A dicha autoridad se le puede atribuir –por ley autonómica- el nombre que se considere oportuno, siendo el popular en España el de "Agencia" de protección de datos personales (si bien se baraja el de "autoridade" para Galicia), en nuestro caso, de la Comunidad Valenciana⁶⁸. No obstante, en tanto en cuanto podría ser oportuno en el futuro que dicha autoridad ejerciese funciones más amplias que la protección de datos, no resulta adecuado incluir el nombre en el Estatuto. De igual modo, cabe tener en cuenta que puede optarse por que en el futuro no existiera dicha autoridad de control⁶⁹.

D. 2. Márgenes de creación de una autoridad de control

Según lo expuesto, no puede eludirse lo regulado por la LOPD actual, a la par de tener en cuenta sus posibles cambios en la medida que establezcan algún condicionante a las agencias autonómicas que quede dentro de la competencia del Estado.

En todo caso, y sin perjuicio de la regulación estatal, la autonomía de las Comunidades Autónomas y su potestad de autoorganización, ceden un amplio marco al hecho de que la administración independiente que ejerza estas funciones de control y garantía de la protección de datos en la Comunidad Valenciana fuera de Derecho público (ejemplo, Agencias

⁶⁷ Sobre el tema, entre otros, SALVADOR MARTÍNEZ, María, *Autoridades independientes : un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel, Barcelona, 2002.

⁶⁸ En todo caso, por las noticias de las que se tiene conocimiento verbal, en Galicia el anteproyecto de ley opta por la nomenclatura de "Autoridade". En el caso valenciano, se ha optado por "Agencia".

⁶⁹ Como se dijo, no está claro si hoy día con la LOPD la existencia de las agencias autonómicas es obligatoria o no. Pero, en todo caso, entre las muchas opciones futuras, podría considerarse innecesaria dicha autoridad autonómica, pese a que la dirección actual no es ésta, precisamente.

de la Comunidad de Cataluña o del País Vasco) o de Derecho privado (Agencia Española y, con matices, Agencia madrileña).

Así las cosas, en modo alguno habría de definirse estatutariamente este aspecto de la naturaleza de esta administración.

De otra parte, y de mayor importancia, no hay que excluir la posibilidad de que la función de control y garantía de la protección de datos personales en el ámbito autonómico y en el marco de la ley y la Constitución fuese desarrollado por una autoridad independiente que asuma otro tipo de funciones (por ejemplo, el Síndic de Greuges⁷⁰).

Tampoco cabe excluir que se crease una institución independiente con más funciones que la protección de datos, como en algunos países del ámbito anglosajón (*Information Commissioner* o *Information Tribune*)⁷¹ donde estas instituciones se encargan tanto de la protección de datos, cuanto del acceso a la información pública. Podría incluso pensarse en una institución de Garante de la sociedad de la información y del conocimiento.

Asimismo, y como se dirá, no cabe excluir que dada la vinculación de la materia con las Tecnologías y la Sociedad de la Información dicha autoridad independiente especializada asumiese un papel más amplio que la protección de datos personales en la Comunidad Valenciana, como fuese la garantía de los consumidores y usuarios en el ámbito de las nuevas tecnologías, velar por el respeto de los derechos y libertades (todos) ante el desarrollo de la Sociedad de la Información, la no

⁷⁰ Sobre el Síndic, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, "*Síndic de Greuges*: consideraciones sobre la significación actual de una institución necesaria para la efectividad de los derechos humanos", en *Corts. Anuario de Derecho parlamentario*, nº 5 1998, págs. 23-46.

⁷¹ Se trata de figuras independientes sólo responsables ante los parlamentos -similares a los ombudsmen- encargadas también en algunos casos -como Reino Unido- de la protección de datos personales, que como sabemos implica también derechos de acceso a la información, y del acceso a la información pública.

Así, entre otros, el Information Commissioner del Reino Unido (ver <http://www.dataprotection.gov.uk/> , ver también <http://www.lcd.gov.uk/foi/foidpunit.htm>). En Canadá específicamente sobre el acceso a la información, también el Information Commissioner con fuertes poderes de información (ver <http://www.infocom.gc.ca/>); en Irlanda también Information Commissioner (<http://www.oic.gov.ie/>) así como en Australia (ver, <http://www.slq.qld.gov.au/infocomm/>). En general cabe remitir a

http://www.law.utas.edu.au/foi/bookmarks/FOI_index.html

donde se reúnen las direcciones de diversos de estos países del ámbito anglosajón y su protección del acceso a la información pública.

Recientemente cabe remitirse a la información generada por la Conferencia Internacional de Comisionados de Acceso a la Información, disponibles en <http://www.icic-cancun.org.mx/index.php?lang=esp&seccion=intro> que se celebrará en 2005.

discriminación ante la implantación del gobierno electrónico, las fórmulas de participación y democracia electrónicas, etc.

Por ello, parece del todo aconsejable:

1º Que el Estatuto no imponga un nombre a la institución.

2º Que el Estatuto permita que la función de control, garantía y protección de datos se asuma por una autoridad independiente bien de forma exclusiva o bien conjuntamente con otros fines.

3º Que el Estatuto no haga determinaciones precisas sobre las atribuciones de dicha autoridad y, sobre todo, sobre la naturaleza jurídica de la misma.

D. 3. Conclusión respecto de la introducción de la autoridad de control en el Estatuto

Propuesta: si se optase por la inclusión en el Estatuto de la protección de datos desde el ámbito institucional, el tenor del precepto podría ser el que sigue:

“El control y garantía de la protección de datos personales podrá atribuirse por ley a una autoridad independiente.”

El tenor de los preceptos quedaría condicionado, obviamente, por el hecho de que se opte por introducir sólo la institución, sólo la competencia o ambas. De igual modo, podría incluirse una expresión de sumisión a la Constitución y las leyes.

E) Una reforma estatutaria anudada a otras relativas al desarrollo de la sociedad de la información y del conocimiento

A pesar de que este estudio se centre específicamente en el ámbito de la protección de datos personales, procede incluir alguna propuesta más amplia respecto de la inserción estatutaria de referencias a las políticas en el ámbito del desarrollo de la sociedad de la información y del conocimiento, del respeto de derechos de las personas como ciudadanos, administrados o consumidores y de la integración e igualdad de los individuos y los colectivos y la cohesión territorial al respecto. Se trata de una materia afín materialmente con la protección de datos en razón de las TICs, que bien podría articularse en un mismo artículo del Estatuto, el relativo a la sociedad de la información.

No es éste el lugar para hacer referencia a cuestiones que se suscitan en razón de la sociedad de la información y del papel que

corresponde a los poderes públicos, en especial, desde el punto de vista de los ciudadanos y administrados⁷². En todo caso, de lo que no cabe duda es que resulta bien importante otorgar importancia a los problemas que se generan vinculados a la llamada "brecha" o "telón" digital, relativos a la necesidad de integrar a los excluidos tecnológicamente con políticas de alfabetización digital, promoción del acceso a las TICs, etc⁷³. Del mismo modo, la cada vez más importante presencia de las Administraciones Públicas en la red y la prestación electrónica de servicios administrativos aconsejan tener en cuenta el tratamiento de las garantías y derechos del administrado (incluidos los derechos lingüísticos) así como, especialmente, la posible discriminación entre los administrados o no electrónicamente, incluso la eventual imposición a diferentes colectivos de recibir los servicios administrativos en línea⁷⁴. También, constituye un ámbito de singular relevancia social el de la contratación y comercio electrónico y la importancia de la prestación de servicios de telecomunicaciones y, en especial lo relativo a la protección del consumidor⁷⁵. Por ello, no puede dudarse la oportunidad de un

⁷² Sin perjuicio de obras concretas, en general, AA.VV., *Principios de derecho de Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

⁷³ Sobre el tema de la llamada brecha o telón digital, entre otros WERT, José Ignacio, "Internet y España: reflexiones impertinentes", en *Claves la razón práctica*, nº 107, noviembre 2000, págs. 26-35; Fundación RETEVISIÓN, *Informe sobre la evolución de los servicios públicos electrónicos dentro de la Unión Europea. Estudio encargado por la Presidencia Española del Consejo de la Unión Europea*, Madrid, 25 y 26 de abril de 2002, Ministerio de Administraciones, Públicas, 77 págs. y AA.VV, *La Brecha Digital. El riesgo de exclusión en la sociedad de la información*, Fundación RETEVISIÓN, Madrid, 2002.

⁷⁴ En particular me remito al excelente estudio (que en buena medida compendia una larga atención del autor a la materia) VALERO TORRIJOS, Julián, *El régimen jurídico de la e-Administración. La utilización de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo*, Comares, Granada, 2004. Asimismo, COTINO HUESO, Lorenzo, *Teoría y realidad de la transparencia pública en la Unión Europea*, INAP-Tirant lo Blanch, 2005 (en prensa); COTINO HUESO, Lorenzo (coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Valencia, 2005, (en prensa). También, en otras publicaciones y de forma más concreta he dedicado mi atención sobre estas materias: "Derechos del ciudadano administrado e igualdad ante la implantación de la Administración electrónica", en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 68, 2004, págs. 97-123; "La reciente cobertura jurídica para la interacción de la Administración electrónica con los administrados: firma, registros y notificaciones electrónicas", en *Actas del XVII Congreso de Derecho e informática*, Universidad de Comillas, Madrid, 20 y 21 de mayo de 2003, U. Comillas, Madrid, 2004; "A propósito del derecho a establecer relaciones electrónicas con la administración sin discriminación y los derechos lingüísticos del ciudadano administrado electrónicamente. Una futura reinterpretación constitucional en razón del progreso de la Administración electrónica", en *Actas del XVII Congreso de Derecho e informática*, Universidad de Comillas, U. Comillas-Instituto de Informática Jurídica, Madrid, 2003, págs. 231-256; "La Administración y Gobierno electrónicos en los documentos institucionales básicos de la sociedad de la información", en *Actas del XVII Congreso de Derecho e informática*, Universidad de Comillas, U. Comillas-Instituto de Informática Jurídica, Madrid, 2003, págs. 257-289.

⁷⁵ En el ámbito del consumidor, de especial incidencia desde el punto de vista autonómico, cabe remitirse a HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción, *Los Consumidores ante el reto de las nuevas*

reconocimiento estatutario más amplio que impulsase las posibilidades de actuación en estas parcelas más sensibles.

Ello encaja en muy buena medida con lo afirmado respecto de las posibilidades de inclusión estatutaria de los principios programáticos y derechos sociales, las competencias asumidas respecto del derecho de educación, consumo y otros ámbitos. Por lo dicho, si se aprovechase la oportunidad para una reforma del Estatuto más amplia por cuanto al contexto del desarrollo de la sociedad de la información y del conocimiento y la misión de velar por el respeto de los derechos (fundamentales y no fundamentales) ante el desarrollo de la sociedad de la información, el tenor de la reforma podría ser:

“Asimismo, los poderes públicos velarán por el efectivo respeto de los derechos de las personas, tanto como ciudadanos, administrados y consumidores ante el desarrollo de la Sociedad de la información y del conocimiento dentro del marco de sus respectivas competencias.

A tal fin, se impulsarán políticas de integración y protección de todos los colectivos, entre otras medidas, a través de acciones formativas y de promoción del acceso, de lucha contra la discriminación en la implantación del gobierno electrónico, de protección del consumidor en estos contextos tecnológicos, así como potenciando la cohesión e integración social territorial de la Comunidad Valenciana”.

De tratarse conjunta y homogéneamente todos estos aspectos relativos a la sociedad de la información y del conocimiento en un precepto, resultaría idóneo encabezar el mismo con una fórmula político-jurídica de un tenor aproximado al que sigue:

“La Comunidad Valenciana, consciente de la importancia estratégica, social y económica de la Sociedad de la información y del conocimiento y de las tecnologías de la información y de la comunicación tanto en el ámbito de lo público como de lo privado, promoverá las políticas y adoptará las medidas necesarias para asegurar su adecuado desarrollo.”

tecnologías, Generalitat Valenciana-Unión de Consumidores de la Comunidad Valenciana, (formato electrónico-CD), Valencia, 2004.

F) Posible ubicación de la-s reforma-s en el Estatuto

En el presente estudio se apuesta por la inclusión de un precepto que afronte conjuntamente las cuestiones suscitadas por el desarrollo de la sociedad de la información y comunicación. El mismo, podría ubicarse entre los actuales artículos 35-39 del Estatuto de Autonomía valenciano, dada la naturaleza particular de esta materia y las que en estos artículos se recogen.

De igual modo, si la opción de reforma es la de incluir un más amplio reconocimiento de derechos sociales o de última generación, cabría contemplar la posibilidad de la ubicación de este precepto "sociedad de la información" conjuntamente con estos otros preceptos, probablemente al inicio del Estatuto⁷⁶.

Para el caso de considerarse únicamente oportuna la inserción de una institución valenciana para la garantía, control y protección de datos personales, lo oportuno sería insertarla tras el Capítulo VI relativo al Sindic de Greuges, por su afinidad temática, como artículo 26, por ejemplo.

IV. La propuesta: un posible artículo "sociedad de la información" en el Estatuto de Autonomía

Las posibilidades aquí propuestas son complementarias y variadas. Por lo que hay que estar por el tenor de los preceptos según se ha ido exponiendo.

En todo caso, la propuesta conjunta sostenida, esto es, un artículo "sociedad de la información" en el Estatuto, podría ser la que sigue:

Artículo xxx. Desarrollo de la Sociedad de la Información

"La Comunidad Valenciana, consciente de la importancia estratégica, social y económica de la Sociedad de la información y del conocimiento y de las tecnologías de la información y de la comunicación tanto en el ámbito de lo público como de lo privado, promoverá las políticas y adoptará las medidas necesarias para asegurar su adecuado desarrollo.

En el marco del artículo 18 de la Constitución así como de la normativa supranacional que reconoce el derecho de protección de datos personales, la Comunidad Valenciana podrá desarrollar la legislación y establecer los elementos de ejecución a fin de contribuir

⁷⁶ La actual regulación de derechos se contiene en los artículos 2 y 6.

a una elevada y eficaz garantía de este derecho en su territorio. Tanto la actividad de control, cuanto las actividades de asistencia y apoyo a los sectores público y privado de la Comunidad podrán resultar medios idóneos a tal fin.

El control y garantía de la protección de datos personales podrá atribuirse por ley a una autoridad independiente.

Asimismo, los poderes públicos velarán por el efectivo respeto de los derechos de las personas, tanto como ciudadanos, administrados y consumidores ante el desarrollo de la Sociedad de la información y del conocimiento dentro del marco de sus respectivas competencias.

A tal fin, se impulsarán políticas de integración y protección de todos los colectivos, entre otras medidas, a través de acciones formativas y de promoción del acceso, de lucha contra la discriminación en la implantación del gobierno electrónico, de protección del consumidor en estos contextos tecnológicos, así como potenciando la cohesión e integración social territorial de la Comunidad Valenciana".

V. "Post-scriptum": una oportunidad perdida respecto de la protección de datos y algunas dudas respecto de los avances del Estatuto propuesto

Tras la elaboración inicial del presente estudio⁷⁷, a fines del mes de mayo de 2005 los dos grandes partidos valencianos, PSPV-PSOE y Partido Popular, consensuaron políticamente la reforma del Estatuto. El texto pactado pasó a ser la Proposición de Ley de Ley Orgánica de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana⁷⁸. Del mismo me permito destacar, por su vinculación con el tema, lo que sigue:

Exposición de motivos: "destacan los derechos sociales, derechos de los ciudadanos ante la administración de justicia y aquellos otros derechos emergentes a los cuales la sociedad valenciana ni renuncia ni quiere renunciar. Son los referidos a las nuevas tecnologías, defensa de los consumidores y usuarios entre otros, incluso el derecho al asociacionismo."

Artículo 10 del Estatuto:

⁷⁷ Que en una versión más amplia fue informalmente dado a conocer –y conocido– por los grupos parlamentarios en las *Corts*.

⁷⁸ Publicada en el Boletín Oficial de las *Corts Valencianes*, nº 115 (VI Legislatura), 24 de junio de 2005.

"1. La Generalitat defenderá y promocionará los derechos sociales de los valencianos porque representan un ámbito inseparable de respeto de los valores y derechos universales de las personas y porque constituyen uno de los fundamentos cívicos del progreso económico, cultural y *tecnológico* de la Comunitat Valenciana."

Artículo 19 del Estatuto:

"1. En el ámbito de las competencias La Generalitat impulsará un modelo de desarrollo equitativo, territorialmente equilibrado y sostenible, basado en la incorporación de procesos de innovación, *la plena integración en la sociedad de la información*, la formación permanente, la producción abiertamente sostenible y una ocupación estable y de calidad.

La Generalitat promoverá políticas de equilibrio territorial entre las zonas costeras y las del interior.

2. Queda garantizado el *derecho de los valencianos al acceso a las nuevas tecnologías y a que la Generalitat desarrolle políticas activas que impulsen la formación, infraestructuras y utilización de las mismas.*"

Artículo 49 del Estatuto:

"2. También tiene competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución y, en su caso, de las bases y ordenación de la actividad económica general del Estado, sobre las siguientes materias:

17. Régimen de las nuevas tecnologías relacionadas con la sociedad de la información y del conocimiento."

El pacto político alcanzado parece incluir también la no admisión de otras enmiendas que las consensuadas por estos dos partidos políticos. Ninguna de las presentadas por ellos afecta a los preceptos señalados. Por el contrario, el grupo Esquerra Unida-Els Verds-Esquerra Valenciana: Entesa sí que ha incluido entre sus enmiendas una que viene a recoger la propuesta aquí contenida⁷⁹. En consecuencia, puede pensarse que dicha enmienda está abocada al fracaso.

⁷⁹ Se trata de la Enmienda número 58 de adición (pág. 18.527 del Boletín referido):

"El País Valenciano, consciente de la importancia estratégica, social y económica de la sociedad de la información y del conocimiento y de las tecnologías de la información y de la comunicación, promoverá las políticas y adoptará las medidas necesarias para asegurar su desarrollo adecuado tanto en el ámbito público como en el privado.

El País Valenciano desarrollará la legislación necesaria para garantizar el derecho de protección de datos personales en su territorio. Asimismo, los poderes públicos velarán por el respeto efectivo a los derechos de las personas como ciudadanos, administrados y consumidores ante el desarrollo de la sociedad de la información y del conocimiento dentro del marco de sus respectivas competencias.

Con esta finalidad, se impulsarán políticas de integración y protección de todos los colectivos mediante acciones formativas y de promoción al acceso de las nuevas tecnologías, de lucha contra la discriminación en la implantación de la sociedad de la información, de protección del consumidor en este contexto tecnológico y de cohesión e integración territorial del País Valenciano en estas nuevas tecnologías.

Así pues, no se ha valorado políticamente como conveniente la propuesta que aquí se formula y habrán de ser, quizá, otras Comunidades en sus procesos de reforma estatutarios las que consideren su conveniencia. No corresponde a quien suscribe operar comentarios políticos. No obstante, me da la impresión de que se ha preferido que la Comunidad Valenciana no dé una excusa a otras Comunidades para introducir reformas en el Estatuto que puedan entenderse que condicionan al legislador estatal orgánico o que implican el reconocimiento constitutivo de derechos fundamentales en los Estatutos.

Por cuanto al resto de contenidos vinculados al ámbito de las nuevas tecnologías y la sociedad de la información y conocimiento, mi percepción es que se ha tenido presente que el tema "vende" bien políticamente y se han asumido algunos compromisos políticos y jurídicos. De hecho, la falta de atrevimiento que se ha dado respecto de la protección de datos, contrasta con una recepción novedosa –e incluso arriesgada– de las nuevas tecnologías.

Destaco en este sentido, de un lado, el reconocimiento de un "ius communicationis" (art. 19. 2º propuesto) como derecho subjetivo al que habrá que dar contenido en el futuro⁸⁰.

De otro lado, y con mayor importancia, en estas últimas letras no puedo menos que mostrar mis dudas respecto de la asunción de la competencia exclusiva de la Comunidad Valenciana en "Régimen de las nuevas tecnologías relacionadas con la sociedad de la información y del conocimiento" (art. 49. 2º. 17ª). Esta competencia bien puede dotar de legitimidad a muchas actuaciones políticas autonómicas necesarias y hoy día de dudoso sustento competencial. No obstante, no es en modo

Asimismo, con una relación indirecta cabe señalar la Enmienda número 109 de adición al artículo 53: "La Generalitat promoverá una educación de excelencia con pleno acceso a las nuevas tecnologías, a la formación ambiental y de género."

⁸⁰ Se trata de un derecho ya reconocido de forma genérica en muchos documentos –no jurídicos– de la construcción mundial de la Sociedad de la información (Estados Unidos, G-8, Unión Europea, Consejo de Europa, etc.) así como en España.

En España, cabe señalar, sin valor jurídico, cabe recordar la Conclusión nº 1 de las *Conclusiones de la Comisión Especial de Redes Informáticas del Senado de España*, aprobadas por unanimidad por el Pleno el 17 de diciembre de 1999, en www.senado.es/solotexto/comredinf/conclusiones.htm (21/2/2001), a saber:

"I.- Todas las personas tienen el derecho fundamental de acceder libremente a la Red, sin discriminación de sexo, condición, características físico-psíquicas, edad o lugar de residencia."

Este supuesto derecho de acceso a las nuevas tecnologías no sólo es la libertad de emitir y recibir información (que sí que es un derecho fundamental), sino que queda vinculado a elementos materiales y prestacionales como la consideración de internet como servicio universal, la garantía de puntos de acceso a internet por todos los sectores de la población, la garantía de la no discriminación en la implantación del gobierno y administración electrónicos (principio de igualdad), la necesidad de adopción de políticas de alfabetización digital, etc.

alguno sencillo cuál puede ser el alcance de esta competencia. En este sentido, me permito recordar algunos conceptos de sociedad de la información y del conocimiento:

"Sociedad de la Información es una fase de desarrollo social caracterizada por la capacidad de sus miembros (ciudadanos, empresas y administración pública) para obtener y compartir cualquier información, instantáneamente, desde cualquier lugar y en la forma que se prefiera"⁸¹.

Y como superación a esta noción, se hace referencia a la "sociedad del conocimiento", fase que se alcanza cuando los datos y la información se integren en un marco que permite hacer un uso eficiente y eficaz del gran caudal de los mismos y generar conocimiento "ex novo", lo cual requiere el proceso, análisis, clasificación, reflexión y asimilación de la información, convirtiéndola en acción mediante la toma de decisiones⁸².

A la vista de estos conceptos, creo bien difícil determinar cuáles son las tecnologías relacionadas con los mismos cuyo "régimen" pasa a ser competencia valenciana.

Más difícil todavía será conjugar esta nueva competencia valenciana con las competencias exclusivas estatales. Según se interprete este título competencial, podrían generarse conflictos con las competencias exclusivas del Estado enunciadas en los números 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 13º, 15º o 18º del artículo 149. 1º. 1ª CE. Mayores conflictividad y dudas se suscitaría, en todo caso, respecto de las competencias exclusivas de los números 21º (régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones) y 27º (todos los medios de comunicación social)⁸³.

⁸¹ Sobre estos conceptos puede seguirse de forma sencilla Fundación Telefónica, (2000) *Informe sobre la Sociedad de la Información en España*, <http://www.telefonica.es/sociedaddelainformacion/espana2000/pdfs/parte1.pdf> (2/2/2005). Recientemente, cabe destacar el estudio GENERALITAT VALENCIANA, "Introducción" a *Plan AVANTIC 2004-2010*. Valencia: Generalitat Valenciana, 2004, disponible: <http://www.avantic.es/index.asp>. Fecha de acceso: 2 de octubre de 2004, págs. 8 y ss. En todo caso, la definición que elijo es de PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge, FEIJÓO GONZÁLEZ, Claudio y CASTEJÓN MARTÍN, Luis, "Las tecnologías de la información y las comunicaciones y la sociedad global de la información" (2003), en <http://www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=News&file=article&sid=297> (2/2/2005).

⁸² GENERALITAT VALENCIANA, "Introducción" a *Plan AVANTIC*, cit. pág. 14.

⁸³ "21.ª Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación."

"27.ª Normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas."

Al respecto, puede seguirse, Al respecto, por todos, PÉREZ GRANDE, Miguel Ángel, "El reparto competencial en materia de telecomunicaciones y medios de comunicación social: un examen de la cuestión desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional", en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 11, septiembre-diciembre de 2001 (accesible a través de Google). Entre otras, cabe remitir a las sentencias 198/1993, de 27 de mayo o la 127/1994 de 5 de mayo.

La cuestión, de tanta enjundia, bien merece esperar al texto del Estatuto que resulte finalmente aprobado para hacer otro estudio.