

diario

LA LEY

ESPECIAL PROTECCIÓN DE DATOS

Año XXX • Número 7276 • Miércoles, 4 de noviembre de 2009

www.diariolaley.es



Tribuna
Intimidad, protección de datos y seguridad: Un difícil equilibrio

4



Tribuna
Diez interrogantes para la Conferencia Internacional de Privacidad

6



Práctica Forense
El abogado y sus clientes: la entrevista

8

XXXI Conferencia Internacional de protección de datos

Los días 4, 5 y 6 de noviembre tiene lugar en Madrid la XXXI Conferencia Internacional de autoridades de protección de datos y privacidad, que reúne a las máximas autoridades e instituciones garantes de la protección de datos y la privacidad y a expertos en la materia de todos los continentes.

A juicio del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, Artemi Rallo, el gran reto que se presenta en este evento como organizadores de la XXXI Conferencia Internacional será «lograr la aprobación de una propuesta conjunta de Estándares Internacionales para la protección de la privacidad y de los datos de carácter personal», que permita el desarrollo de un instrumento legal, universal y vinculante, y que deberá contar con el más amplio consenso institucional y social, mediante la participación de autoridades e instituciones garantes de la protección de datos y la privacidad y representantes de entidades y organizaciones tanto públicas como privadas.

EN PRIMERA PERSONA

LA LEY 11500/2009

El sistema legal e institucional de protección de datos en España es un modelo de referencia en Europa y en la mayor parte de los países de la Comunidad Internacional

Entrevista a Artemi Rallo Lombarte, Director de la Agencia Española de Protección de Datos



Artemi Rallo, en entrevista a Diario LA LEY, expone los objetivos que se piensan alcanzar en dicho evento y responde a otras cuestiones de máxima actualidad en materia de protección de datos, como la proliferación de servicios como las redes sociales, los dispositivos de videovigilancia, y la privacidad en el ámbito empresarial y de los menores.

sumario

En Primera Persona

Entrevista a Artemi Rallo Lombarte, Director de la Agencia Española de Protección de Datos
Por M.^a Socorro Pérez Ralero

1

Tribuna

Intimidad, protección de datos y seguridad: Un difícil equilibrio
Por Miguel Ángel Davara Rodríguez

4

10 interrogantes para la Conferencia Internacional de Privacidad
Por Redacción Diario LA LEY

6

Práctica Forense

El abogado y sus clientes: la entrevista como herramienta de comunicación
Por Jordi Estalella Del Pino y José María Martínez Selva

8

Tribunal Constitucional la sentencia del día

Vulneración del derecho a la intimidad de policía municipal en prácticas por el intercambio de sus datos médicos entre distintas Administraciones

Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente

13



3652K11067

En noviembre tiene lugar en Madrid la Conferencia Internacional de Protección de Datos y Privacidad ¿Qué resultados se espera obtener?

La Conferencia Internacional de Protección de Datos es el principal evento que se produce a nivel mundial, dedicado a analizar las problemáticas vinculadas a la protección de los datos personales y de la privacidad. En el mundo actual son muchos los interrogantes que se suscitan, en todos los ámbitos y todos los espacios posibles, y todos ellos van a ser analizados en esta conferencia.

La conferencia es una reunión abierta que cuenta no sólo con las autoridades de protección de datos y de la privacidad, cuenta además con autoridades de otros ámbitos, no específicamente dedicadas a la protección de la privacidad, pero preocupadas por este mismo objetivo, y luego está abierta a todos los expertos, sociedad civil, funcionarios públicos, investigadores, académicos que también se ocupan o preocupan de estos temas.

Este evento va a contar con más de mil asistentes, que abordarán de forma abierta el estudio de muchas y diversas temáticas, específicamente focalizadas, por un lado, a los problemas de conciliación entre seguridad y privacidad y, por otro lado, al fenómeno de la globalización económica y su afectación a la protección de datos personales y, desde luego, a las nuevas tecnologías y sus conflictos con la privacidad. Singularmente el mundo de Internet y sus muchos servicios van a ser un objeto de especial preocupación.

Junto a esa sesión abierta que va a durar tres días, con todos los participantes a la conferencia, las autoridades de protección de datos actualmente realizan una sesión cerrada en la que formulan una serie de resoluciones, y en esta ocasión una de ellas se va a dedicar a presentar y a apoyar un marco global mundial de protección de la privacidad, ante unos estándares internacionales de protección que pueden servir como referencia, tanto para las empresas como para los gobiernos, para extender la protección de la privacidad a todos los países y regiones del mundo, y en su caso para seguir madurando sobre la necesidad de un convenio internacional de protección de la privacidad.

Respecto a esta propuesta de estándares, no es la primera vez, han existido otras resoluciones anteriores. En este sentido ¿qué tipo de avances deberían recogerse?

Las conferencias internacionales de forma progresiva han enfatizado o insistido sobre la necesidad, la oportunidad y necesidad de un marco global de protección de la privacidad, y tradicionalmente han animado a los gobiernos y a los poderes públicos a reflexionar y debatir sobre la necesidad de ese marco mundial de la privacidad que es ampliamente demandado no sólo por las autoridades de protección de datos sino también, por ejemplo, por el mundo de la empresa, especialmente su variante tecnológica, que ve que las diferentes regulaciones existentes en el planeta plantean dificultades para extender sus actividades en un marco de garantía del derecho a la privacidad.

La diferencia fundamental con lo que se va a abordar en esta conferencia internacional radica en que se va a presentar un documento que contiene las reglas, principios y derechos básicos que deben ser protegidos y que deben inspirar ese marco mundial de privacidad.

El grupo sobre protección de datos del Consejo de Europa, en una reunión celebrada hace escasos meses resolvió apoyar la iniciativa que habíamos asumido las autoridades de protección de datos del mundo entero para adoptar estos estándares internacionales de privacidad, y con ello contribuir a extender y a promover la necesidad de ese marco mundial de protección de la privacidad.

¿Cómo se debería potenciar el uso de las tecnologías para contribuir desde su diseño a garantizar la privacidad?

El gran reto de la protección de la privacidad ante las nuevas tecnologías, las tecnologías en proceso vertiginoso de cambio y de revolución es precisamente el de incorporar los parámetros básicos de protección de la privacidad y de los datos personales en el proceso de diseño de esta tecnología, lo que solemos denominar como la *privacy by design*, es decir, son los prestadores de servicios especialmente de Internet, los que en el momento de fundar y crear esos servicios y ofrecerlos al público, a los usuarios de Internet, deben haber realizado un escrupuloso análisis de las implicaciones que tiene para la privacidad de los ciudadanos y adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales y también el respeto a los derechos de los individuos.

La Agencia Española de Protección de Datos ha mantenido conversaciones con las principales redes sociales. ¿Dónde están los riesgos para la intimidad en el uso de estas plataformas y cuál es su evaluación acerca de estas conversaciones, especialmente con Tuenti, Facebook?

Las redes sociales son un fenómeno de Internet de un éxito extraordinario y en un muy corto espacio de tiempo. Facebook tiene ya más de 300 millones de usuarios.

Ocurre que las redes sociales de tal éxito no se crearon en origen cumpliendo los estándares básicos exigibles para la protección de la privacidad de los usuarios, por ejemplo, de los menores de edad que pretendan acceder a esas redes sociales. Y de ahí que la Agencia Española y otras muchas autoridades de protección de datos del mundo entero hayan procedido a analizar este fenómeno y estas herramientas de Internet, detectando muchos problemas.

En primer lugar, la falta de una información clara y accesible para los usuarios, sobre cómo se van a usar sus datos, o la falta de claridad sobre la titularidad de la información que se suministra a las redes sociales o, por ejemplo, la falta de claridad sobre la posibilidad que tengan los usuarios de cancelar verídicamente esa información personal que suministran las redes sociales cuando deciden finalizar el uso de ese servicio. Esas y otras son las dudas que se plantean, al igual que la que afecta al control necesario del acceso de menores a las redes sociales, los menores de edad y no sólo menores de edad sino niños de 9 a 12 años, son usuarios habituales de Internet y, en especial, de las redes sociales, cuando la mayor parte de las legislaciones del mundo y la legislación española en concreto prohíben que se recaben sus datos personales, sin autorización de sus padres cuando tienen, por ejemplo, menos de 14 años.

De ahí que la Agencia iniciara un proceso de análisis de Facebook y Tuenti, las dos principales redes sociales que nos afectan a estas problemáticas, y de esas conversaciones podemos decir que se han obtenido muy importantes resultados.

Tuenti está en un proceso de depuración de las cuentas de los menores de 14 años que hoy existen, y además en un proceso de control de nuevos usuarios que no lleguen a cumplir la edad de 14 años.

Facebook, por otro lado, también ha protagonizado y planteado una revisión global de sus herramientas informáticas que entre otras cosas van a garantizar una información clara para los usuarios cuando deciden suministrar información personal al efecto de decidir libremente si quieren esa información personal compartirla con un grupo reducido de personas o con el más amplio grupo de usuarios de Internet.

¿Y respecto a los buscadores como Google?

Respecto a los buscadores de internet, cada vez más se percibe que hay muchos usuarios de Internet que en origen podían estar encantados con aparecer en ellos, hoy por el contrario perciben que aparecer en los buscadores como Google les plantea problemas personales y quieren evitar que siga manteniéndose esa información personal en ellos.

Y en ese sentido la Agencia cuando recibe peticiones de usuarios, y lo hace muy habitualmente, les reconoce ese derecho y ordena a las empresas propietarias de los buscadores que procedan a evitar esa indexación de las informaciones que existen de esos usuarios cuando lo justifican por razones individuales y motivadas, y así lo aprecia la Agencia.

Es evidente que para garantizar este derecho es necesaria la colaboración de las webs que existen en Internet y que acogen buena parte de esa información personal.

Respecto al uso de programas de intercambios de archivos, como el famoso Emule, ¿hay un gran número procedimientos iniciados?

De un tiempo a esta parte la Agencia ha podido constatar uno de los fenómenos más perjudiciales que se producen en Internet a partir de la desinformación o de la mala información de los usuarios de Internet. Uno de esos fenómenos es el mal uso de los programas de intercambio de archivos, que permite, y ha permitido en muchos casos, compartir bases de datos muy relevantes de hospitales, bancos, grandes empresas, partidos políticos, confesiones religiosas, etcétera, con cualquier usuario de Internet que hubiese querido compartir esa información.

Ese fenómeno va acompañado de esa falta de formación media de los ciudadanos, tanto usuarios de Internet y desgraciadamente siguen llegándonos denuncias en este sentido.

Volviendo al punto en concreto del uso de las redes sociales por los menores. ¿De qué manera deberían implicarse más las instituciones escolares? Quizá es muy importante el ámbito familiar pero también habría algún mecanismo que podría arbitrarse para que desde la enseñanza se pudiera concienciar al menor en el uso de las redes?

Los estudios demoscópicos, por ejemplo, el último barómetro del CIS demuestran que los ciudadanos piensan que son los padres los que tienen que acompañar a los menores en el uso de Internet y explicarles los riesgos que pueden existir y enseñarles cómo evitarlo, pero lo cierto es que esa convicción general de los ciudadanos choca con una realidad también incontestable y es que los padres no tienen los conocimientos básicos para ejercer esa necesaria función. Habitualmente los hijos superan a los padres en el uso de estas tecnologías.

Por eso la Agencia desde hace bastante tiempo ha demandado y reivindicado de los poderes públicos competentes, y en concreto de la administración educativa que valoren la conveniencia y la necesidad de incorporar a los planes de estudios oficiales no sólo la enseñanza sobre las nuevas tecnologías y de Internet, sino también sobre los problemas y los riesgos que para la protección de los datos personales y de la privacidad de los usuarios, de los menores pueden acarrear.

¿Dónde estarían los límites en una sociedad videovigilada?

Bueno, los límites los pone la propia sociedad. Y es verdad que la sociedad hoy demanda seguridad, y eso también se pone de relieve en los estudios demoscópicos. La mayor parte de los ciudadanos están a favor de que, por ejemplo, se instalen cámaras de videovigilancia privadas en muchísimos lugares; pero no es menos cierto que el que estén a favor el que no demanden al mismo tiempo control y que ese fenómeno tan expansivo de la videovigilancia como instrumento de garantía de la seguridad privada debe ir acompañada de las necesarias garantías que la ley establece sobre cómo puede instalarse este tipo de instrumentos siendo lo menos intrusivo posible en la privacidad de los ciudadanos. Los ciudadanos demandan control y esa posición favorable a la instalación de cámaras de videovigilancia en muchos lugares como son colegios, bancos, transporte público, es bastante menos favorable cuando se trata de hacer el mismo uso en ámbitos más privados, domésticos o familiares como son las comunidades de vecinos o como es, por ejemplo, el ámbito laboral. El límite lo tiene que poner la sociedad y lo tiene que poner buscando el equilibrio con la garantía efectiva de la privacidad de los ciudadanos.

Haciendo hincapié en el ámbito laboral, ¿qué porcentaje aproximado de empresas cree que incumple con la Ley de Protección de Datos o qué sectores son los más sancionados?

Existe una percepción general de que la pequeña empresa todavía tiene que actualizarse en el cumplimiento de la normativa de protección de datos.

Dicho esto, la Agencia Española gestiona un registro general de protección de datos donde en este momento hay inscritos más de un millón y medio de ficheros, y eso pone de relieve que buena parte de la empresa española está al día en protección de datos y cumple con la normativa y la Agencia tiene el convencimiento de que este es un proceso todavía activo de adecuación a la normativa de protección de datos.

Lo que no impide obviamente que esa misma empresa, que puede cumplir con unas condiciones básicas de garantía de la normativa de la protección de datos, no pueda protagonizar un tipo de conducta que suponga una infracción de la misma normativa. Y de hecho las denuncias de los ciudadanos y posteriormente las inspecciones y sanciones de la agencia crecen en gran medida porque los ciudadanos cada vez están más informados y son más conscientes y, por lo tanto, ejercen más sus derechos.

La Agencia Española de Protección de Datos ha sancionado con 30.000 euros, por una infracción grave, a una empresa dedicada a la venta de entradas por Internet de eventos y espectáculos enviando correos electrónicos con fines comerciales. ¿Hay un incremento en estas prácticas?

No, ocurre que obviamente la preocupación tradicional histórica de los ciudadanos relativa a cómo se utilizaban sus datos personales para realizar publicidad a través de los medios tradicionales ha decaído notablemente y hoy es muy latente y muy intensa esa preocupación respecto del uso de otras tecnologías, como es, por ejemplo, la telefonía fija o móvil.

Al mismo tiempo la legislación española proscribía frontalmente el envío de mensajes automatizados no deseados por los ciudadanos para recibir publicidad, es decir, un correo electrónico o un SMS no de contenido publicitario no puede enviarse a un ciudadano, sin que este haya previamente prestado su consentimiento.

Esa regla pretende burlarse y se incurre, por lo tanto, en fraude de ley cuando se utilizan nuevas técnicas publicitarias como la que protagoniza el caso que fue sancionado, cuando desde una página web se insta a terceros para que proporcionen los datos necesarios de sus amigos o conocidos sin su consentimiento para envíos publicitarios. Y frente a esos intentos de eludir las previsiones de la legislación vigente la Agencia ha reaccionado.

Respecto a la posibilidad de cancelar la información personal en redes sociales, ¿de qué manera la industria debería perfeccionar su funcionamiento para garantizar esta efectividad?

Es fundamental la información. Hoy si un usuario de una red social o de muchos de los servicios existentes en Internet quiere saber adónde se tiene que dirigir para demandar la cancelación de un determinado dato personal que aparece en una web o en uno de estos servicios lo tiene habitualmente difícil. Los prestadores de

estos servicios no se lo ponen fácil y, por lo tanto, es necesario mejorar la información a los usuarios de cómo dirigirse a los responsables de las páginas de Internet para poder ejercer esos derechos. Y desde luego tener la actitud más colaboradora posible para la garantía de esos derechos.

Y respecto a los procedimientos sancionadores que hay actualmente ¿deberían incrementarse o cree que está suficientemente protegido el usuario?

La legislación española —especialmente por lo que toca al régimen sancionador previsto en la Ley de Protección de Datos— es singularmente estricta y las memorias de la Agencia a lo largo de sus quince años de existencia demuestran que la Ley de Protección de Datos es un instrumento útil para sancionar todas aquellas conductas que se producen hoy en día en nuestro entorno, lo que no quita para que en el desarrollo tecnológico actual puedan suscitarse dudas sobre el alcance de ese régimen sancionador, cuando, por ejemplo, las infracciones las comete desde Internet una empresa que no tiene una sede social específicamente en nuestro territorio nacional, y especialmente si tenemos en cuenta que muchas de esas empresas se ubican en terceros países.

¿Cuáles son las principales demandas de quienes consultan con la Agencia? ¿Cree que el ciudadano está suficientemente informado de todos los cauces que tiene para denunciar?

Los ciudadanos cada vez tienen más información. La encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) del mes de septiembre revela que son más los ciudadanos que hoy conocen la existencia de la Agencia de los que lo eran hace escasamente hace un año y medio, cuando se realizó una encuesta similar. Son aproximadamente un 56% de los ciudadanos, lo que nos parece un dato de interés y satisfactorio, que marca un punto y seguido en el trabajo de asesoramiento, de información, de divulgación que realiza la Agencia hacia los ciudadanos para que sean más conocedores, estén más informados de sus derechos y que puedan ejercerlos, y además, también conocen, en un porcentaje alto la existencia de una Ley Orgánica de Protección de Datos que reconoce sus derechos a la protección de sus datos de carácter personal.

Ese incremento en la información se pone de manifiesto también en las más recientes memorias de la Agencia, donde se multiplican claramente las denuncias de los ciudadanos, el ejercicio de sus derechos de acceso o de cancelación de datos, o las peticiones de información diarias que llegan a la Agencia.

Y ya ciñéndonos a la Administración de Justicia, teniendo en cuenta que actualmente se está llevando una reforma amplia de la Oficina Judicial, con la implantación de las nuevas tecnologías en juzgados y la conectividad entre los distintos operadores jurídicos, parece ser que existe un incumplimiento particularmente en materia de custodia de documentos.

La Agencia en este momento está tramitando varios procedimientos sancionadores que afectan a la Administración de Justicia, y que ponen de relieve el déficit existente en la Administración de Justicia en relación con la custodia de la documentación judicial.

Es evidente que la Administración de Justicia necesita hacer un esfuerzo de modernización y en ese esfuerzo de modernización la protección de la documentación judicial y la garantía del derecho a la protección de datos personales de la privacidad de los usuarios de la Administración de Justicia debe ser también una prioridad.

En la medida en que los juzgados se informaticen más y mejor y que se mejoren las técnicas de garantía de la seguridad de esa información ese déficit hoy existente y esos casos que hemos ido conociendo en el pasado se superarán.

España respecto a la comunidad mundial, ¿en qué posición se encuentra en cuanto a la búsqueda o investigación y persecución de los delitos en este ámbito con respecto a otros países?

En relación con la protección de datos personales el sistema legal e institucional en España es un modelo de referencia, no sólo para el resto de colegas de los países europeos, que en gran medida cuando revisan sus normativas lo hacen para orientarlas hacia las características propias de la legislación española, sino también para la mayor parte del resto de países de la comunidad internacional.

El sistema español es reconocido por ser serio, riguroso y estricto en la garantía efectiva del derecho a la protección de datos en la medida en que el legislador español ha querido otorgarle a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad de poderes y medios necesarios para cumplir con ese objetivo.

M.^a Socorro PÉREZ RALERO. ■



Tribuna

Intimidación, protección de datos y seguridad: Un difícil equilibrio

LA LEY 20058/2009

Intimidación, protección de datos y seguridad: Un difícil equilibrio

Miguel Ángel DAVARA RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICAI-ICADE).

El autor reflexiona en este trabajo sobre los conceptos de intimidación y privacidad en el marco del Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

I. INTRODUCCIÓN

Son muchas las personas que, todavía hoy en día, confunden conceptos como intimidación y privacidad. Incluso, muchas hay que ni siquiera se han acercado a esta materia para poder comprender el verdadero alcance y contenido de estos derechos.

La cuestión no es tan difícil pero, sin embargo, nada más que presentar unas breves ideas sobre este tema ya resulta complejo.

Si acudimos a nuestra Constitución, encontramos en el Título I, bajo el epígrafe «de los derechos y deberes fundamentales», y Capítulo II —«Derechos y libertades»—, el art. 18 en el que se contempla la intimidación señalando, en el apartado 1, que:

«Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.»

Y el apartado 4, del mismo art. 18, que indica:

«La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.»

Y ahí radica la primera diferencia. Debemos fijarnos que la intimidación se encuentra contemplada en el apartado primero del art. 18 y la limitación de la informática en el apartado cuarto del mismo art. 18, separando claramente ambas cuestiones, incluso con dos apartados, que se encuentran entre ambos, referidos a la inviolabilidad del domicilio (apartado segundo del mismo art. 18), y la garantía del secreto de las comunicaciones (apartado tercero).

En el propio texto constitucional ya queda claramente diferenciado uno y otro derecho incluso, como hemos señalado, con dos apartados intermedios.

De igual forma, la STC 292/2000 señala que el:

«Derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad... atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos...».

Continuando con el reforzamiento de las potestades del individuo al resaltar que ese derecho fundamental a la protección de datos:

«Garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos... que... nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que poseen terceros, quiénes los poseen y con qué fin» (primer párrafo del Fundamento Jurídico 6).

Luego la protección de datos se trata de un derecho fundamental (denominado por la STC 292/2000, de 30 de noviembre, como el derecho fundamental a la protección de datos), que es autónomo e independiente del de la intimidad, unido en su previsión a la denominada privacidad que está definida en el Diccionario de la Lengua Española como el «ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión».

II. LA INTIMIDAD, LA PRIVACIDAD Y LA SEGURIDAD

En este ámbito interpretativo acudimos, debido a la actualidad del tema y a su

debate en una reunión internacional sobre la materia, a la presentación de la primera Sesión Plenaria que figura en el programa de la 31.ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, que, organizada por la Agencia Española de Protección de Datos, se celebra en Madrid en noviembre de 2009, en la que, bajo el título de «¿Una sociedad vigilada? En busca del equilibrio entre seguridad y privacidad» se señala:

«Vivimos en la sociedad del riesgo. El bienestar económico y el desarrollo social hacen que las sociedades modernas estén menos preparadas para aceptar el riesgo y la incertidumbre. Nuevas amenazas, como el terrorismo, el cibercrimen o los desastres ambientales han venido a unirse a riesgos más tradicionales como las enfermedades o la delincuencia.

Por ello la seguridad se erige en uno de los grandes valores de nuestro tiempo y las tecnologías de la información, proporcionan herramientas que facilitan la labor de los servicios de seguridad. Sin embargo, se trata de tecnología altamente invasiva que pone en riesgo el derecho a la vida privada y a la protección de datos de los ciudadanos y obliga a ponderar, a adoptar decisiones que establezcan una situación de equilibrio en el conflicto privacidad/seguridad.»

Siendo esto cierto la pregunta que nos hacemos es ¿y cuándo no se ha vivido en la sociedad del riesgo? El riesgo es una constante en el devenir del hombre que, sin embargo, se pasa la vida buscando la seguridad. Una seguridad que no existe ya que el propio concepto impide, siempre moviéndonos en parámetros humanos, llegar a su alcance.

Nos encontramos, por tanto, con tres conceptos; dos de ellos derechos claros, independientes y definidos con nitidez en distintas normativas —el de la intimidad y el de la protección de datos—, y una cuestión problemática por su indefinición, como es la de la seguridad, que interrelaciona con ellos en la protección de la persona ante sus derechos básicos cuando a ellos afecta las denominadas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).

Con relación a la seguridad, diremos en un primer acercamiento que el *Diccionario de la Lengua Española* entiende por seguro aquello que está «libre y exento de todo peligro, daño o riesgo», y, evidentemente, no hay nada en el mundo que esté exento de todo peligro, daño o riesgo. Todo, absolutamente todo, está más o menos cercano a la posibilidad de que exista una contingencia o está más o menos próximo a un posible daño.

De otra parte, por confidencial vamos a entender el mayor o menor grado de secreto al que una persona somete a una información considerando íntimo lo más interior o interno.

No se deben confundir, consecuentemente, los conceptos de «privacidad», «confidencialidad» y «seguridad», referidos a los datos que pueden ser sometidos, o que van a ser sometidos, a tratamiento informático. La «privacidad» hace referencia a que los datos son de una persona y que ésta tiene derecho a controlarlos y a saber cómo se van a utilizar, la «confidencialidad» se refiere al mayor o menor secreto con que se van a guardar y tratar esos datos, entendiéndose por confidencialidad, nuevamente acudiendo al diccionario de la RAE, lo «que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas» y, por último, diremos que la «seguridad» hace referencia a las medidas de protección a tomar para la mejor defensa de la privacidad y el grado de confidencialidad.

III. EL CONOCIMIENTO DEL RIESGO

Si, de esta forma, por seguro entendemos aquello que se encuentra libre y exento de todo peligro, daño o riesgo, es difícil, por no decir imposible, encontrar nada en nuestro entorno que, como decimos, sometido a parámetros humanos, se encuentre libre de riesgo, esto es, sea seguro. Sin embargo, el concepto de seguridad queda bien enmarcado si le enfrentamos a un antónimo suyo que hemos incluido en la propia definición de seguridad. Nos estamos refiriendo al riesgo entendido como la contingencia o proximidad de un daño.

Partimos de que, en la vida, y medido en los referidos parámetros humanos, podemos afirmar que la seguridad no existe y deberíamos centrarnos en el riesgo, esto es, en la menor o mayor posibilidad de que se produzca algo no deseado.

El riesgo se puede cuantificar dependiendo de las posibilidades de que ocurra un determinado hecho y, aunque no es deseable atender a una teoría sobre este concepto, ya que centraríamos más nuestra atención y esfuerzo en conocer las consecuencias del riesgo que en poner los medios para evitarlo, lo cierto es que no se puede descuidar el acercamiento al conocimiento de la vulnerabilidad de la información poniendo más medios acerca de aquellos fenómenos que atacan más directamente a dicha vulnerabilidad respecto a la modificación, destrucción o accesos no autorizados a los datos.

No es que vayamos, en absoluto, a realizar un estudio sobre análisis de riesgos ni tampoco vamos a presentar diversos criterios de tolerabilidad para conocer, a partir de determinados índices de riesgo, las categorías en las que podemos clasificarle para conocer la mayor o menor posibilidad de que interfieran o interrelacionen con aspectos de nuestra actividad, dependiendo de que se trate de riesgos inevitables que, como tales, son aceptados, convencionales, etc. Lo

que vamos a hacer presenta una cara menos seria o formal y se mueve en aspectos más intuitivos que persiguen generar confianza en la utilización de la herramienta tecnológica.

Es así que, para no perdernos en elucubraciones sin demasiado sentido, nos centraremos en esa inexistente y desconocida seguridad.

Pero, ¿de qué seguridad estamos hablando? ¿De seguridad física de equipos e instalaciones, de seguridad lógica de sistemas informáticos, o de seguridad jurídica? ¿O nos estamos refiriendo a las tres clases de seguridad en su conjunto e interrelacionadas entre sí?

Nos referiremos a la seguridad, por tanto, en tres aspectos: seguridad lógica, seguridad física y seguridad jurídica que deben ocupar un lugar prioritario en la implantación de los nuevos servicios y en todo tratamiento automatizado y/o telemático de datos o de informaciones, siendo importante el papel que debe jugar la seguridad —con una dinámica de desarrollo educacional, social y económica, valiente en sus presupuestos—, en la creación del espacio de la Sociedad de la Información que nos toque vivir. Un espacio propio, abierto al mercado mundial y preparado para competir en su desarrollo en condiciones de igualdad.

Como decimos, hablamos de seguridad en tres aspectos: seguridad lógica, seguridad física y seguridad jurídica. Seguridad lógica referida a las posibilidades de protección de los datos registrados en soportes magnéticos, ópticos u otros idóneos para el tratamiento automático, mediante el adecuado empleo de medios informáticos y/o electrónicos. Seguridad física referida a las posibilidades de protección de esos mismos datos empleando las medidas oportunas de seguridad física y seguridad jurídica. Las dos primeras, seguridad física y seguridad lógica, en principio parecen presentarse como una protección *a priori*; sin embargo la seguridad jurídica podemos pensar en ella tanto como una protección *a priori*, mediante el conocimiento del riesgo ju-

rídico en el tratamiento de la información, como una protección *a posteriori*.

La utilización masiva, indiscriminada e irracional, del correo electrónico y el acceso a datos de todos los tipos y colores a través de la red Internet, se está convirtiendo en práctica habitual en determinados ambientes y en una mal aprovechada oportunidad de optimización de los recursos existentes

Respecto a la seguridad jurídica, tenemos que tener en cuenta que, en cuanto sistema normativo, el Derecho se manifiesta como sistema de seguridad y como sistema de control social. Desde esta óptica, entenderemos como seguridad jurídica el conjunto de medidas legislativas que protege o cubre los riesgos que el ciudadano corre en la vida ejerciendo su libertad.

IV. LA NORMATIVA TÉCNICA Y LA NORMATIVA JURÍDICA EN LA UTILIZACIÓN DE INTERNET

Podemos decir que, independientemente de Internet, y acaso también del desarrollo tecnológico, los servicios de la Sociedad de la Información, propiamente hablando, o los servicios que se proporcionan en el entorno de la Sociedad de la Información, en un sentido más genérico, necesitan de una normativa técnica y jurídica y de una implantación, acompañada de formación e información a todos los niveles, que garantice su introducción con la seguridad necesaria para que tomen fuerza y confianza impulsando su utilización equilibrada en todos los ámbitos.

Queremos referirnos a normativa técnica y jurídica. No solamente el marco

jurídico de los países de la Unión Europea no es uniforme y adecuado para la nueva Sociedad de la Información, sino que la normativa técnica, y la adaptación de medios y métodos no favorece en absoluto la implantación de nuevas formas de trabajo que están implicadas, y a veces condicionadas, por intereses distintos.

Pero esta incertidumbre jurídica parte del desconocimiento de los conceptos básicos sobre el objeto de la regulación. La Sociedad de la Información se desarrolla basada en servicios y aplicaciones que se centran y son realizados por medios electrónicos y no todos estos servicios pueden tener la misma regulación ni necesariamente exigen un marco común.

Esta argumentación nos ayuda a justificar la necesidad de aclarar conceptos jurídicos, junto con su adecuación y coordinación con conceptos técnicos, que ofrezcan la garantía real que permita la utilización e implantación de la Sociedad de la Información y de los servicios de la sociedad de la información, sin riesgos.

La utilización masiva, indiscriminada y, en ocasiones, irracional, del correo electrónico y el acceso a datos de todos los tipos y colores a través de la red Internet, con la utilización de las redes sociales y las implicaciones sociojurídicas de los comportamientos y actitudes que se despliegan con su uso, amén de los millones de mensajes «vía móvil» que se envían, se está convirtiendo en práctica habitual en determinados ambientes y, seguramente, en una mal aprovechada oportunidad de optimización de los recursos existentes.

Es cierto que el legislador español está intentando dar respuesta y caminando hacia una regulación que pueda garantizar la seguridad jurídica necesaria en su utilización, minorizando el riesgo y los peligros señalados, pero no podemos

decir, que se vea clara la promulgación de un conjunto normativo que regule el acceso a Internet.

Ni Internet representa un fenómeno tan simplista como para poder ser regulado por una única norma específica, ya que afecta a diversas áreas o ramas del propio Derecho, ni Internet representa un fenómeno tan complejo que necesite una dedicación más exhaustiva que la de cualquier otra relación jurídica similar por mucho que incida sobre la materia el particular medio de comunicación.

No sabemos si las comunicaciones electrónicas, la telefonía móvil, la utilización de Internet y otras muchas acciones, operaciones e, incluso, actividades que realizamos frecuentemente basadas en la denominadas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se configuran como una necesidad, o simplemente como una herramienta de apoyo al acceso de información, a las comunicaciones y a la toma de decisiones. Pero lo que sí sabemos es que el fenómeno Internet y el amplio mundo de las comunicaciones electrónicas son irreversibles y su utilización en el establecimiento de todo tipo de relaciones jurídicas se vislumbra como una realidad social que el Derecho no puede desconocer.

La denominada Sociedad de la Información está incurso en la apuesta real de cualquier Estado desarrollado y en la Unión Europea se apunta como una de las finalidades básicas contribuir a su desarrollo con todas garantías y generando confianza en la utilización de las herramientas tecnológicas.

Pero, en Europa no es suficiente con estas buenas intenciones y su impulso debe ser precedido con unas medidas que permitan crear el entorno para poder recibir estas novedades con las garantías mínimas necesarias ya que existen unos problemas que se deben afrontar con decisión porque existen otros intereses que son capaces y están decididos a utilizarlos en su provecho.

23
TOMOS

Actualizada a
MARZO
2009

ENCICLOPEDIA JURÍDICA

Una panorámica completa y actual del ordenamiento jurídico español

 LA LEY
grupo Wolters Kluwer

Miles de clientes avalan esta obra de extraordinaria calidad

Segura, rápida y sencilla

SI DESEA MÁS INFORMACIÓN: 902 250 500 tel • clientes@laley.es • www.laley.es

No obstante y a pesar de todo ello, el impulso de la denominada Sociedad de la Información es un hecho, y su aplicación y desarrollo en los Estados miembros de la Unión Europea, una realidad; aunque lo cierto es que encuentra múltiples obstáculos por diferentes motivos debido a los distintos ordenamientos jurídicos y a las distantes, en ocasiones, voluntades políticas.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ya no son, solamente, una herramienta útil en las funciones rutinarias de gestión y control económico de las empresas en su faceta interior; las tecnologías tienen su verdadero interés en la unión —casi por naturaleza—, con las telecomunicaciones y su apertura hacia el mundo exterior que, al no tener límites aparentes, plantea serias dudas en cuanto al respeto de los derechos básicos de los individuos y su estructuración en una diferente organización social, que permita no poner puertas al campo, con el paralelo respeto a los derechos de la persona y su desarrollo en libertad dentro de la convivencia; deviene así necesaria una regulación jurídica de Internet, junto a unos presupuestos éticos de los comportamientos básicos de los usuarios en el respeto y libertad que definen y distinguen al hombre.

Las actividades sociales en la actualidad se han ido creando una excesiva dependencia de los sistemas informáticos y se han hecho particularmente vulnerables debido, en gran parte, a las características propias del tratamiento telemático.

Vulnerables en principio por la falta de seguridad física que ello conlleva; vulnerables también por la falta de seguridad lógica y vulnerables, por último, por la falta de seguridad jurídica. Porque todas las aparentes ventajas que entraña el tratamiento informático, con la transferencia electrónica de datos y la llamada contratación electrónica, exigen unos presupuestos mínimos de seguridad física y lógica ya sea de equipos, ya sea de sistemas de comunicaciones, ya sea de tratamiento de la información.

La seguridad de los sistemas informáticos y de comunicaciones y, consecuentemente de los datos e información que en ellos se encuentren, o, si se trata de sistemas de comunicaciones, de datos e información que sobre ellos viajan, requieren técnicas, equipos y procedimientos especializados.

De otra parte, no debemos olvidar que las transacciones electrónicas están necesitadas de confianza y de seguridad y la seguridad debe ser, precisamente, la que provoque la confianza.

Sin seguridad, tanto lógica como jurídica, no llegaremos a crear el entorno de confianza necesario para que las operaciones realizadas mediante transacciones electrónicas adquieran carta de naturaleza en nuestra sociedad. Una cosa es utilizar el móvil, el correo electrónico y el acceso a Internet desenfadadamente y otra muy distinta es tener confianza en estas herramientas para crear el espacio, real o virtual —que en nuestro caso es igual—, necesario para conformar lo que vamos a denominar el «entorno adecuado de seguridad» en las referidas transacciones, con la lógica asunción del riesgo derivado y, consecuentemente, realizar actos con contenido jurídico económico utilizando las TIC.

La irrupción social de las TIC en todos los ámbitos y actividades está significando una revolución que demanda urgentemente cambios que signifiquen la adaptación de la estructura social a la introducción de nuevos métodos de trabajo y de presentación al exterior. Nos encontramos ante una revolución, sin revolución. Utilizamos el término revolución en sentido figurado como «mutanza o nueva forma en el estado o gobierno de las cosas», queriendo indicar con ello el cambio inconsciente que se ha producido con la integración consuetudinaria de las nuevas tecnologías en nuestro quehacer diario. Se están provocando orientaciones diferentes en los hábitos de formación, de convivencia y de trabajo, que inciden directamente en el entorno de las relaciones sociales.

Por ello quisiéramos acabar diciendo que no debemos olvidar que si la eficacia y el progreso son necesarios, nunca deben ser comprados a un precio en el que esté incluido un recorte en las libertades de la persona. Por otro lado, no es conveniente separar, como día a día se va haciendo, tecnología de humanismo. Por el contrario es conveniente unir ambos términos para lograr una interrelación que justifique el progreso de la sociedad junto a su característica básica: el carácter humanitario de la persona. El desarrollo tecnológico debe ir así avanzando, en paralelo, haciendo siempre referencia al bien del género humano, en lo que podemos llamar el «humanismo tecnológico».

Lo que no cabe duda es que el tema es apasionante, pero debe ser tratado con rigor e individualizado a cada caso concreto; ni todo es útil, ni todo es negativo, ni tampoco es como nos parece o nos quieren hacer ver.

Todos debemos trabajar para colaborar en marcar bien claramente las diferencias entre lo que es, lo que puede ser y lo que debe ser, orientando el camino que debe tomar la regulación jurídica del fenómeno tecnológico en lo que damos en llamar el «Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones». ■



Tribuna

Diez interrogantes para la Conferencia Internacional de Privacidad

LA LEY 19638/2009

Diez interrogantes para la Conferencia Internacional de Privacidad

Redacción Diario LA LEY

Los próximos días 4, 5 y 6 de noviembre se reunirán en Madrid los responsables de la protección de datos de 46 países, así como representantes de instituciones y expertos de ámbito internacional para tomarle la tensión al dato y, en la medida de lo posible, dar respuesta a desafíos presentes y futuros: ¿Hacia dónde se dirige Internet? ¿Sólo es posible con baja o inexistente privacidad? ¿Cuáles son los límites en una sociedad videovigilada? ¿Deberían incluir formación sobre privacidad los planes de estudio de los menores? ¿Tenemos vida privada en el puesto de trabajo? Y sobre todo, ¿Serán los asistentes capaces de ponerse de acuerdo para sacar adelante un modelo de mínimos que sea universal y vinculante en materia de protección de datos?

Cada vez es más evidente que la protección de datos es una materia presente en múltiples campos y facetas de nuestra vida. No es difícil que nuestro nombre, apellidos y pasado sean accesibles a través de una consulta en un buscador de Internet; o que nuestra imagen —un dato personal— sea captada por cámaras de videovigilancia en el mundo real o el virtual. La protección de datos nos afecta a todos, especialmente a los que no son tan conscientes de su importancia, como pueden ser los menores. La búsqueda de datos está detrás de las brechas de seguridad y constituyen el objeto de deseo de las empresas de publicidad, que cada vez afinan más, ofreciendo mensajes personalizados...

La incidencia de los datos en estas y otras realidades despierta en los expertos numerosos interrogantes que se estudian en los foros de protección de datos y privacidad año tras año. En noviembre tiene lugar el mayor de ellos, la Conferencia Internacional de Protección de Datos y Privacidad, que se celebra en Madrid, y que este año se propone despejar varias incógnitas. Estas son quizá las más destacadas:

¿CUÁLES SON LOS LÍMITES EN UNA SOCIEDAD VIDEOVIGILADA?

La utilización de cámaras de videovigilancia ha pasado de ser algo circunscrito a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a abrirse al gran público en general. Hay videovigilancia en comercios, comunidades de vecinos; se vigilan hogares y guarderías a través de cámaras conectadas a Internet... Todo ello por una necesidad de protección que se ha ido incrementando como consecuencia de riesgos tradicionales como la delincuencia. A estos riesgos se han unido otros como el terrorismo o el cibercrimen, que amenazan nuestro bienestar y reducen la tolerancia de la sociedad al riesgo y a la incertidumbre.

Esta tecnología, altamente invasiva, ofrece soluciones de seguridad, nos hace estar más tranquilos, pero también genera riesgos, puesto que proporciona el acceso a grandes cantidades de información. Este flujo de información pone en riesgo, en más ocasiones de las que quisiéramos, el derecho a nuestra vida privada y a la protección de datos de los ciudadanos, lo que obliga a adoptar de-

ciones que mantengan un equilibrio entre la seguridad y la privacidad.

Por todo ello, la Conferencia Internacional destinará una de sus sesiones —en la que participarán el ministro del Interior, Alfredo Pérez Rubalcaba y su homónima norteamericana, Janet Napolitano— a responder dónde están los límites en una sociedad videovigilada; si son excesivos los datos que se solicitan en los aeropuertos; si las bases de datos de ADN, la biometría o el reconocimiento facial harán del cuerpo humano un instrumento de control en sí mismo; si la retención de datos de comunicaciones electrónicas y la geolocalización han acabado con el secreto de las comunicaciones, etc.

¿HACIA DÓNDE SE DIRIGE INTERNET? ¿SÓLO ES POSIBLE UN INTERNET CON POCA O INEXISTENTE PRIVACIDAD?

Desde el punto de vista de la protección de datos, Internet ha cambiado sustancialmente, sobre todo desde que arribó la llamada web 2.0. Antes de ese momento el usuario final todavía no era relevante, no así en el presente, donde la «blogosfera», las comunidades virtuales o las redes sociales llevan al usuario a identificarse: comparte sus aficiones y gustos, sube sus propias fotos y videos, etc.

Pero, ¿qué ocurre con todo ese caudal de información? Lo peor de todo es que, en muchas ocasiones, no nos preocupa o no hay elección, al seguirse la máxima de «o lo tomas o dejas». Esto lleva a preguntarse hasta qué punto son eficaces y transparentes las condiciones legales y las políticas de privacidad en Internet; si es posible desaparecer de Internet garantizando el derecho al olvido, o si servicios como los de geolocalización, visualización de imágenes y videos y de alojamiento de historias clínicas cumplen con los principios de privacidad y protección de datos.

¿CÓMO HAY QUE REACCIONAR ANTE UNA QUIEBRA DE SEGURIDAD?

Son continuas las noticias relacionadas con la pérdida o robo de ordenadores portátiles o información con miles de datos en formatos como el DVD o el *pendrive*, así como el intercambio accidental —y universal también— por parte de trabajadores que comparten datos personales a través de redes *peer to peer*. Los expertos se preguntarán, en primer lugar, cómo evitar estas pérdidas de datos, y si es más adecuado el empleo de un procedimiento administrativo que establezca un protocolo para el manejo de información o una combinación de varios sistemas.

PROPIEDAD INTELECTUAL VS. PRIVACIDAD. ¿PUEDEN LOS PRODUCTORES DE CONTENIDOS IDENTIFICAR A USUARIOS DE INTERNET PARA PERSEGUIR PRÁCTICAS ILÍCITAS?

El intercambio de archivos a través de programas *peer to peer* (o P2P) han hecho que algo tan cotidiano como prestar un libro o compartir un CD se magnifique y adquiera una gran trascendencia económica, afectando muy negativamente a la industria de la cultura. Esta realidad hace surgir retos jurídicos para hacer compatibles estos derechos. Los convocados a la Conferencia Internacional debatirán si ante las descargas de estos programas los provee-

Debido a que el ciudadano ha dejado de ser sólo sujeto pasivo para pasar a ser también el protagonista, parece razonable preguntarse cuáles son los riesgos para la vida privada vinculados a la «blogosfera» y si se puede pedir la misma dosis de rigor a un blogger

dores de servicios deberían facilitar los datos de los implicados o si debería requerirse autorización judicial, y qué papel deben jugar las autoridades de protección de datos.

¿CÓMO PROTEGER LA PRIVACIDAD DE LOS MENORES?

Hoy en día, los menores son consumidores y clientes de primer orden. Consumen libros, ropa o juguetes, pero también videojuegos, teléfonos móviles o cualquier producto relacionado con los ordenadores personales. Y además de consumidores los menores son internautas, nativos digitales, e Internet es un campo en el que interactúan con soltura. Aprenden sin manual de instrucciones pero carecen de una formación sólida en el uso de las tecnologías de la información. Todo ello les hace especialmente vulnerables a los riesgos de la red, por lo que se abren otros interrogantes: ¿Debería existir formación reglada en protección de datos en los planes de estudio?

El campo de las redes sociales y la fama que tienen entre los menores, especialmente los menores de 14 años, es otro de los asuntos que más trascendencia posee para las autoridades de protección de datos. En este sentido, la AEPD ha venido manteniendo reuniones periódicas con los representantes de las principa-

les redes sociales que operan en nuestro país y en cuyos encuentros su director, Artemi Rallo, ha trasladado la necesidad de desarrollar sistemas de verificación de la edad que garanticen la edad real de los que intentan abrirse un perfil, así como la depuración de los perfiles que no cumplan con el requisito de la edad. En consecuencia, se abordarán los posibles sistemas que permitan garantizar la edad del menor.

¿A QUÉ NUEVAS TÉCNICAS PUBLICITARIAS NOS ENFRENTAMOS?

Los adelantos tecnológicos están ensanchando los límites de la actividad publicitaria. Existen técnicas que se valen de las redes sociales para ofrecer información publicitaria personalizada a las personas que aparecen como amigos de un sujeto, mientras que la telefonía móvil permite posibilidades de publicidad personalizada mediante geolocalización, *bluetooth* o por infrarrojos. Los nuevos modelos publicitarios tienen en común que se basan en la información personal de sus potenciales objetivos. Con estas perspectivas, la línea de trabajo pasa por establecer criterios de protección de datos suficientes para lograr un equilibrio entre los intereses empresariales y los derechos de los ciudadanos a la protección de sus datos.

¿DEBEMOS EXIGIR EL MISMO RIGOR A UN *BLOGGER* QUE A UN PERIODISTA?

La creación de un nuevo *blog* está al alcance de la mano de cualquiera sin especiales conocimientos informáticos y en cuestión de minutos; sin necesidad de capacidad económica o estructura empresarial. A esto hay que añadir la facilidad e inmediatez con la que se pueden conseguir y subir contenidos a la Red, sin perjuicio de que en este campo el riesgo vinculado al rumor o al bulo se multiplique. Debido a que el ciudadano ha dejado de ser sólo sujeto pasivo para pasar a ser también el protagonista, parece razonable preguntarse cuáles son los riesgos para la vida privada vinculados a la «blogosfera» y si se puede pedir la misma dosis de rigor a un *blogger* que a un periodista.

¿TENEMOS VIDA PRIVADA EN NUESTRO PUESTO DE TRABAJO?

Argumentos como la seguridad en el propio puesto de trabajo, las exigencias de seguridad por el tipo de trabajo (jo-

yerías o bancos) justifican que el lugar de trabajo constituya un entorno cada vez más sujeto a controles. La monitorización de los ordenadores personales, el uso de la videovigilancia, la geolocalización vinculada al móvil o al vehículo de empresa, la biometría o el hecho de que comiencen a estar disponibles sensores que puedan detectar el estado emocional de un individuo son otros ejemplos que generan un profundo debate en torno a cuáles deben ser los límites a la implantación de controles empresariales.

¿CÓMO POTENCIAR EL USO DE TECNOLOGÍAS QUE CONTRIBUYAN DESDE SU DISEÑO A GARANTIZAR LA PRIVACIDAD?

Frecuentemente, la protección de datos va por un lado y el diseño de procedimientos o sistemas de información y comunicación de una organización, va por otro, principalmente porque prevalecen prioridades como el coste, la eficacia o la simplicidad de manejo. Por tanto, la pregunta es cómo conseguir que la información personal cale en la cultura empresarial, así como potenciar el uso de protocolos que contribuyan desde el origen a garantizar la privacidad.

¿HABRÁ ACUERDO PARA SACAR ADELANTE UN MODELO DE MÍNIMOS QUE SEA UNIVERSAL Y VINCULANTE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS?

La garantía de la vida privada es un valor compartido por todas las culturas, y el ser humano, como ser social, necesita un ámbito propio, un control sobre su vida privada y sobre su información personal. En este sentido, las diferentes culturas persiguen un punto de encuentro común, un común denominador, un equilibrio que permita tutelar la vida privada y al mismo tiempo, la circulación de información.

Por ello, el mayor reto al que se enfrentan las autoridades de protección de datos convocadas a la Conferencia Internacional que se celebra en Madrid será aprobar, en forma de resolución, un documento que recoja unos estándares internacionales de privacidad, es decir, un instrumento universal que vincule a todo en un mundo globalizado e interconectado. Según el anfitrión, Artemi Rallo, pese a que estas resoluciones no tienen una fuerza genérica inmediata internacional, tendrán un inmediato valor como referencia y como punto de partida para aquellos países que aún no disponen de una legislación sobre la materia. Suerte. ■



Práctica Forense

El abogado y sus clientes: la entrevista

LA LEY 19909/2009

El abogado y sus clientes: la entrevista como herramienta de comunicación

Jordi ESTALELLA DEL PINO

Abogado y Profesor de Derecho Procesal y Habilidades Procesales en la UNED. Autor del libro *El abogado eficaz*.

José María MARTÍNEZ SELVA

Catedrático de Psicobiología. Autor del libro *Manual de comunicación persuasiva para juristas*.

La relevancia de los asuntos que maneja el abogado exige una buena comunicación y la entrevista personal es uno de los medios más adecuados para lograrlo.

Comunicarse bien facilita el entendimiento mutuo, contribuye a evitar que surjan malentendidos o a deshacerlos y disminuye la posibilidad de quejas o reclamaciones mientras que, por el contrario, la mala comunicación puede resultar en un cliente insatisfecho.

I. ENTREVISTA CON CLIENTES

La finalidad principal de la entrevista con clientes es recoger y transmitir información. El encuentro personal, cara a cara, no es la única forma de comunicación (se dispone también del teléfono móvil, el correo electrónico y los escritos), pero es la preferida para conocer bien a alguien y para transmitir y recibir mensajes importantes. La relevancia de los asuntos que maneja el abogado exige una buena comunicación y la entrevista personal es uno de los medios más adecuados para lograrlo. Comunicarse bien facilita el entendimiento mutuo, contribuye a evitar que surjan malentendidos o a deshacerlos y disminuye la posibilidad de quejas o reclamaciones mientras que, por el contrario, la mala comunicación puede resultar en un cliente insatisfecho.

La entrevista bien hecha proporciona buena parte de la información que se necesita no ya para asesorar *in situ* al

cliente, sino para dar los primeros pasos en la preparación de un asunto y que éstos vayan en la dirección correcta. No se debe perder de vista, sin embargo, que la entrevista con el cliente cumple muchas funciones diferentes: es la mejor forma de saber cuáles son sus inquietudes, preocupaciones o temores, permite dar explicaciones claras y convincentes, ayuda a persuadir o convencer, sirve para dar una imagen directa e inmediata de profesionalidad, y puede ahorrar tiempo y, a la larga, dinero y esfuerzos tanto al abogado como al cliente. En la primera entrevista, y también en las sucesivas, se gana la confianza del cliente.

La entrevista es un arte difícil, por más que la mayoría de la gente piense que entrevista bien y haya personas que posean cualidades personales y capacidades más desarrolladas que otras para esta forma de comunicación y, en general, para relacionarse con los demás. Las habilidades para ser un buen entrevistador pueden aprenderse y su dominio es

crucial en la práctica forense. Entrevistar bien se puede aplicar a muchas situaciones diferentes, ya que cualquier encuentro entre dos personas sea en el ámbito que sea, profesional o privado, tiene el carácter de una entrevista. Aunque la experiencia, a través del ensayo

sucesivos basta comenzar con un intercambio de saludos.

En una primera entrevista, lo habitual es que el cliente tenga un problema y sea quien haya ido a visitar al letrado. Por lo tanto, en un momento dado, se le pide

que exponga la cuestión o asunto en que le puede resultar útil. El cliente le dice al abogado en qué temas necesita ayuda y qué tipo de ayuda piensa que necesita. Al principio quien más habla es el cliente, mientras que el abogado escucha atentamente (véase más adelante) y toma todas las notas oportunas, con precisión y cuantas más mejor, aunque de forma esquemática ya que su interlocutor puede ponerse nervioso si no se para de escribir. Además, cuando uno escribe no puede escuchar bien. Se le pide que repita, si es necesario y hasta donde sea posible,

datos clave, fechas y nombres exactos. Esta información es la que se va utilizando para formular preguntas y para hacerse una idea lo más objetiva y detallada posible del caso.

Aunque no existe nunca un cuestionario fijo, la entrevista no es una situación informal o de charla libre, sino que está hasta cierto punto controlada por el letrado, quien adopta un papel activo para guiarla y dirigirla con flexibilidad y conseguir sus objetivos

y error, permite adquirir estas habilidades básicas, las pautas que siguen pueden ayudar a mejorarlas y refinarlas.

II. LA PRIMERA ENTREVISTA

Las entrevistas, y especialmente la primera, van precedidas de una toma de contacto en la que cliente y letrado se forman recíprocamente una primera impresión. El objetivo principal es crear una buena relación que facilite el contacto y la transmisión correcta de la información, en ambos sentidos, desde un primer momento. Tras un saludo cordial y afectuoso, que busca crear esa buena relación, no está mal dedicar un poco de tiempo a disminuir la tensión y a proporcionar calor humano a lo que es frecuente que comience como una relación fría y formal. Por ejemplo a través de comentarios livianos de tipo biográfico, meteorológico o incluso deportivo o sobre noticias de carácter general. En un ámbito más formal o en entornos poco amistosos se puede comenzar con la simple presentación de uno mismo y describiendo cuál es el objetivo de la conversación. En cualquier caso, un breve intercambio de información intrascendente sirve siempre para «romper el hielo» y favorecer la relación. En la entrevista profesional se emplea el Usted. Sólo con el tiempo y una relación de confianza suficiente se pasa al tuteo, aunque esta regla tiene excepciones si se crea pronto un ambiente cordial o de confianza.

Esta fase inicial de contacto es necesariamente breve y una de sus finalidades es que el cliente se sienta cómodo y empiece a hablar con confianza. No debe extenderse mucho ya que se hace perder el tiempo al cliente, lo pierde el abogado y la impresión que se da es poco profesional. La actitud opuesta, el ir directamente al grano, puede hacer que el proceso de transmitir información se alargue más de lo necesario si el cliente no posee la suficiente confianza, entonces costará más obtener los datos necesarios para serle útil. En encuentros

Se le deja que se explique, incluso que emocionalmente se desahogue, para luego tomar el control y pasar a preguntar. Puede ocurrir que el cliente empiece a dar rodeos y comience a contar su vida sin llegar a exponer cuál es su problema. El abogado aprovechará el momento oportuno para cortar y decirle, por ejemplo: «Puede concretar y decirme cuál es el problema. De esta forma le pediré la información que necesito para poder ayudarle». Otra forma más sutil de conseguir centrar la entrevista es interrumpirle con una frase como: «Entonces, si no he entendido mal, lo que usted quiere (necesita, pretende) es que...», o con alguna expresión parecida.

Una entrevista presupone una estructura mínima, a veces en forma de guión mental, que la oriente hacia sus fines. En la técnica de entrevista suelen distinguirse dos componentes de tal estructura: el *contenido*, relacionado con los temas que se tratan y las preguntas que se formulan, y la *dirección u orientación*, referidas a aspectos más de forma o estilo, como la escucha, la expresividad a través de la comunicación no verbal, la habilidad para tranquilizar al interlocutor y que se sienta cómodo, y la oportunidad de las interrupciones, pausas e intervenciones con el objeto de alcanzar los objetivos de la conversación.

III. LAS PREGUNTAS

Para asesorar bien, es preciso disponer de buena información y la primera fuente de la que se dispone es la que proporciona el cliente. Plantear las preguntas adecuadas en el momento oportuno es esencial. Aunque no existe nunca un cuestionario fijo, la entrevista no

es una situación informal o de charla libre, sino que está hasta cierto punto controlada por el letrado, quien adopta un papel activo para guiarla y dirigirla con flexibilidad y conseguir sus objetivos. En esa guía o dirección, las preguntas inteligentes y bien hechas desempeñan un papel crucial, ya que quien controla la conversación en una entrevista es siempre quien realiza las preguntas y no quien las responde. Las preguntas, precisas y certeras, buscan conocer los datos esenciales para hacerse una idea lo más clara y completa posible del asunto.

Los dos tipos principales de preguntas son: abiertas (¿Qué ocurrió entonces?) y cerradas (¿Con quién estaba en ese momento? ¿Posee documentos que prueben ese punto? ¿Quién más lo sabe? ¿Puede aportar algún testigo de este hecho?). Las preguntas abiertas se prestan a una narración más o menos amplia y suelen predominar al principio de la entrevista. A lo largo del encuentro se suele pasar de las preguntas abiertas a las cerradas, de las generales a las específicas y de las fáciles a las difíciles. Las preguntas cerradas inquieran acerca de datos concretos, se contestan en pocas palabras, y son buenas para centrar la cuestión, resumir, puntualizar y proporcionar datos específicos. Se formulan principalmente al final de esta fase. Ejemplos de preguntas cerradas son las

de tipo *identificativo*: «¿A qué hora los vio reunirse?», «¿Quién firmó el documento?», de *selección*: «¿La amenaza fue verbal o física?» o *confirmatoria-denegatoria*, o de tipo sí-no: «¿Le encargó usted que hiciera la llamada?». Con independencia de la técnica de ir de lo ge-

Un aspecto psicológico que hay que abordar es reducir la incertidumbre o desconfianza del cliente, proporcionándole toda la información posible, aportando pruebas de la solvencia profesional, como por ejemplo la experiencia en casos similares. En suma, tranquilizarle y darle confianza

neral a lo específico, la secuencia en que se formulan las preguntas y el tiempo que se dedica a ellas y a sus respuestas varía en función de su relevancia.

Se evitan las preguntas irrelevantes y si alguna sorprende a la persona se da una explicación suficiente acerca de la necesidad de poseer la información que se solicita. Cuando algunas preguntas son embarazosas o de carácter íntimo, la

pregunta se «reviste» adecuadamente, diciendo por ejemplo: «Sé que lo que le voy a preguntar es muy difícil, pero es necesario que conozca estos detalles para poder ayudarle...» Las preguntas de carácter íntimo se plantean después de otras más neutras o menos comprometidas y siempre que se haya alcanzado un nivel de confianza suficiente.

Cuanta más información se posea sobre el cliente y, especialmente, cuando más y mejor se escuche, más fáciles y certeras serán las preguntas y más datos se poseen. Se ha de evitar un interrogatorio autoritario o paternalista. Se actúa profesionalmente, indagando en todo momento con cortesía. Se le dan las explicaciones oportunas respecto a la importancia de un dato, de una fecha o de un documento. Para animarle a

hablar y a proporcionar detalles, es preciso hacer comprender al cliente que la mejor ayuda que se le puede dar sigue siempre a un perfecto conocimiento del caso y sus circunstancias.

Hay que evitar preguntas en las que el letrado espera o presupone una respuesta que puede corresponderse o no con la realidad, ya que en la situación de entrevista, el cliente está en una posición

de aparente inferioridad psicológica, frente a un experto en leyes de quien espera una solución para su problema. Tenderá, por tanto, a estar de acuerdo con el letrado, creyendo que éste posee mejor información y más conocimientos que él. Esta presunción puede manifestarse de forma no verbal, de manera que se pueden inducir respuestas que no son correctas y, consecuentemente, se puede obtener mala información.

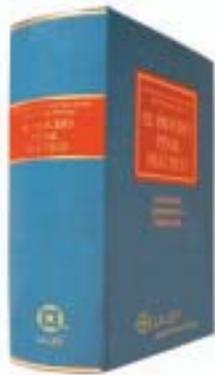
Se plantean de cuando en cuando preguntas para esclarecer cuestiones dudosas o aspectos importantes, evitando el preguntar por preguntar. Se detectan las respuestas ambiguas, superficiales o demasiado escuetas y se piden las ampliaciones o aclaraciones correspondientes. Para ello se puede volver a sus respuestas anteriores: «usted me dijo que en ese momento lo que vio fue "...» usted comentó antes que...» No está de más leer al cliente las notas que se ha tomado, y aclararlas o corregirlas si es preciso. A lo largo de toda la entrevista se tomarán notas breves, sólo sobre los puntos clave y sobre la información relevante. Esto es crucial, porque el olvido actúa muy rápidamente.

IV. ASESORAMIENTO

En un momento de la primera entrevista, el letrado debe indicar si su papel só-

El proceso penal práctico

Comentarios, jurisprudencia y formularios



AUTORES:

José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombau y Manuel Richard González.



SEXTA EDICIÓN

La renovación de todo un clásico

Esta nueva edición se ha actualizado con todas las reformas legales habidas hasta la fecha de su publicación, entre las que cabe destacar, especialmente, la LO 6/2007, de 24 de mayo, de la reforma de la LOTC, que ha modificado el recurso de amparo constitucional y el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, y la LO 8/2006, de 4 de diciembre, de reforma de la Ley del Menor.

La obra ha seguido perfeccionando la metodología empleada en ediciones anteriores, partiendo de las

distintas vicisitudes procesales por las que atraviesa un proceso penal:

- Exposición sistemática y razonada de los trámites de cada uno de los procedimientos penales.
- No se limita a relacionar y comentar las normas, sino que además explica su aplicación práctica.
- Profunda actualización de jurisprudencia con la doctrina más reciente del TS.
- Gran número de formularios con comentarios y referencias en el texto para su fácil localización.

Páginas: 2.200 • Encuadernación: Tapa dura • ISBN: 978-84-8126-200-1

lo es el de asesorar puntualmente o es también el de llevar el caso. También, si dispone ya de la información suficiente o si debe supeditar la decisión de encargarse del asunto, dependiendo de su interés personal y profesional, a obtener más información del cliente o de otras fuentes, incluyendo la consulta a colegas con más experiencia en la cuestión. Las metas o soluciones que se propongan tienen que ser compartidas con el cliente a quien se explica de forma realista el curso de la acción, los resultados más probables y qué decisiones son las mejores en diferentes momentos del desarrollo o evolución del caso. El letrado proporciona toda la información necesaria y diseña la estrategia y los pasos a seguir. Muestra su visión global del asunto, el mayor o menor valor de las circunstancias que lo rodean, sus consecuencias y su capacidad para gestionarlo. Informa minuciosamente al cliente no sólo de los pasos que se darán, sino de las consecuencias de los mismos y pide su conformidad. El realismo es importante y hay que hablar también de los aspectos desfavorables que pueden ocurrir: la negociación puede romperse, el caso se puede atascar o se puede perder. Se deja claro cuál es el papel del cliente, qué se espera de él, qué tiene que hacer, en qué tiene que colaborar, qué información o documentos aportará o a qué pruebas debe someterse. El abogado, como asesor, *acompaña* al cliente, está junto a él y comparte un trayecto más o menos importante o delicado de su ciclo vital. En esta línea le muestra su disponibilidad y accesibilidad.

Entre otras cuestiones y si se acuerda aceptar el asunto, suele abordarse en la primera entrevista el precio de los servicios, aclarándolo desde el principio y presentándolo, si es el caso, en relación con el beneficio que se va a obtener. Por último, se adquiere el compromiso de mantenerle informado de todas las novedades que vayan surgiendo. Se hará un seguimiento de lo acordado en las entrevistas, sea en persona o por teléfono. En este sentido será conveniente confirmar alguno de los extremos tratados a través de una carta o de una nota, lo que refuerza la imagen de seriedad y profesionalidad.

Deben comprenderse bien las actitudes del cliente y reaccionar adecuadamente ante ellas. El cliente está centrado en su problema y en su situación: qué le puede ocurrir, qué le pasará, cuánto puede ganar o perder. Muchas veces no es el mejor estado mental para tomar decisiones fundadas. Se hará lo posible por conocer la perspectiva, el punto de vista del cliente sobre su problema: cómo lo valora o qué impacto emocional le causa.

Un aspecto psicológico que hay que abordar es reducir la incertidumbre o desconfianza del cliente, proporcionándole toda la información posible, aportando pruebas de la solvencia profesional, como por ejemplo la experiencia en

casos similares. En suma, tranquilizarle y darle confianza. Buena parte de las consultas buscan seguridad y garantías respecto al futuro, a los posibles riesgos o contingencias que vendrán y cómo podrán ser cubiertos.

Un recurso que ayuda a tranquilizar al cliente es darle ocasión para que pregunte acerca de todas las cuestiones que no quedan suficientemente claras. Se le dice, por ejemplo, «ahora puede hacer usted todas las preguntas que desee». Las entrevistas poseen también un carácter pedagógico, de educación del cliente. Hay que ser paciente y emplear un lenguaje comprensible, con el mínimo de tecnicismos, aclarándolos bien para que se entiendan. Del mismo modo se explicará los pasos procesales o procedimientos que se producirán o se especificará qué documentos debe aportar. Al hacerlo así habrá menos errores de interpretación, y se percibirá y comprenderá mejor el trabajo del letrado.

Las condiciones en las que se desarrolla la entrevista tienen su papel, por lo que

Un factor importante y perturbador en toda entrevista es el estrés, el miedo o la ansiedad inducidos por la situación de entrevista y el contenido de la misma. La persona asustada o amenazada adopta actitudes defensivas que le impiden comprender bien lo que se le dice o se le pide

debe cuidarse tanto el ambiente físico, comodidad, ausencia de ruidos e interrupciones (apagar el teléfono móvil), temperatura y ventilación adecuadas, como el ambiente «psicológico», esto es, crear confianza y utilizar un enfoque sistemático que aborde todos los temas. Un ambiente cordial invita a abrirse y hablar con espontaneidad. En lo que concierne a las características físicas del lugar, debe llevarse a cabo donde se reúnan unas condiciones óptimas para una conversación relajada, siendo el mejor lugar el despacho profesional que debe estar acondicionado para ello. El aspecto pulcro de la estancia y una mesa de trabajo limpia y ordenada transmite la impresión de eficacia y buena organización. En muchas ocasiones, las entrevistas entre abogados y clientes se realizan, por necesidad, en entornos que no reúnen condiciones: salas mejor o peor dotadas en comisarías, prisiones, juzgados; también en los pasillos de estos lugares. En cualquier caso, se intentará compensar con «calor» psicológico la «frialidad» del ambiente.

Un paso importante es crear lo que los psicólogos llaman un buen *rappor*t o relación de entrevista. No sólo se trata de que exista confianza mutua y sinceridad entre ambos, sino de que uno

se encuentre a gusto trabajando con esa persona. Hay que hacer todo lo posible por conseguir esa buena relación que hace que el cliente se comunique con facilidad.

El abogado debe inspirar confianza y para ello es muy importante que escuche lo más posible, y sin interrumpir, al cliente. Tan importante es saber escuchar como emplear una buena comunicación no verbal, de lo que se habla más adelante.

V. BARRERAS PSICOLÓGICAS EN LA COMUNICACIÓN

Siempre existen barreras psicológicas que pueden afectar a la calidad de la comunicación y que deben conocerse para, en lo posible, superarlas. Pueden provenir de no querer proporcionar la información que se busca o de la incapacidad de hacerlo. En el primer caso el letrado debe convencer al cliente o posible cliente de que va en su mejor interés el dar toda la información posible en el marco del secreto profesional y de la relación abogado-cliente para poder ayudarle. Las razones de ocultar información esencial al abogado pueden provenir de la amenaza a su autoestima o a su vida privada, que puede producirse al revelar cierto tipo de información, incluso aunque el no darla a conocer vaya en su contra. Puede darse también el engaño deliberado. En algunas ocasiones, el conocimiento completo de las circunstancias del caso puede obligar al abogado a sugerir una autoinculpación que al cliente no interesa. A veces es preferible abordar una defensa penal sin conocer datos que impliquen claramente al cliente.

Las ideas que se forma el abogado, antes incluso de escuchar al cliente, pueden afectar seriamente a la relación de confianza. Estas suposiciones e hipótesis, junto con la experiencia previa pueden llevarle a anticipar lo que le va a decir el cliente. Pueden dirigir la fase de preguntas de forma que éstas estén guiadas por lo que el abogado espera o cree que va a escuchar. El simple aspecto físico o la expresión de la cara del cliente, o que le recuerde a alguien que conoce, o a un asunto anterior que haya llevado, pueden conducir a prejuicios que sean nefastos a la hora de obtener información, ya que ésta puede haberse obtenido partiendo de preguntas sesgadas y llevar a hacerse una idea errónea del caso y, por tanto, a asesorar mal.

Algunas barreras psicológicas que pueden aparecer por parte del letrado son los estereotipos, «clichés» o prejuicios que se albergan hacia los demás por razones de etnia, nacionalidad, profesión o religión, por ejemplo. Muchas personas poseen una tendencia a juzgar a los

demás sin conocerlos y sólo a partir de datos insuficientes sobre su manera de actuar, de ser o de pensar. Estos prejuicios pueden llevar a una predisposición a interpretar lo que la otra persona diga de acuerdo con criterios previos que pueden no ajustarse a la realidad. En ese caso, los sucesos o la conducta de otros no se valoran objetivamente, sino que se interpretan en función de tales prejuicios. Se pasa a rechazar o no tener en cuenta información relevante y se termina escuchando lo que se quiere escuchar. No es bueno hacer atribuciones ni inferencias precipitadas. Cuando se empieza una entrevista con prejuicios o hipótesis preconcebidas acerca de lo que el cliente hizo o quiere hacer, o va a decir, el problema es que cuanto más fuerte es esa convicción, las preguntas y la información que se recoge se orientan en esa dirección. Esto ocurre porque se tiende a prestar atención a todo lo que confirma las hipótesis, presunciones o prejuicios propios y a ignorar u olvidar los datos que no los confirman o que se oponen a ellos. Los psicólogos llaman a este efecto «disonancia cognitiva», que ocurre cuando no coincide lo que uno espera con la realidad, en este caso con lo que se escucha. La tendencia de las personas es a reducir la sensación de malestar que provoca esta disonancia y la manera más fácil y económica de hacerlo es ignorar o suprimir la información que se opone a los propios prejuicios. Se desprende que hay que escuchar atentamente y hacer las preguntas adecuadas para obtener la información relevante.

Por otro lado, la incapacidad de proporcionar información puede tener su origen en el estado psicológico del sujeto: falta de confianza, miedo o estrés, problemas de memoria, confusión mental, producto de la situación apurada, límite incluso, en la que se encuentra, o resultado de la prisa o la necesidad.

Un factor importante y perturbador en toda entrevista es el *estrés*, el *miedo* o la *ansiedad* inducidos por la situación de entrevista y el contenido de la misma. La persona asustada o amenazada adopta actitudes defensivas que le impiden comprender bien lo que se le dice o se le pide, y que le llevan a desconfiar y a no revelar información que puede ser importante. Esta barrera psicológica se ve acentuada en el caso del cliente cuando su interlocutor, como el abogado, es una persona posiblemente desconocida hasta ese momento, o es alguien de cierto rango social o, lo más frecuente, cuando se tratan temas delicados. Hay que mostrar respeto hacia la otra persona y no atribuirse un papel de superioridad. El abogado se supone que es un experto, lo que le confiere ya una posición de superioridad, de la que no debe abusar porque puede poner a su cliente más nervioso todavía y dificultar aún más la comunicación. Todas las personas experimentamos sensaciones de ansiedad, temor, estrés o aprensión en todas las situaciones de entrevista y, como ocurre al entrevistarse un

cliente con su abogado, especialmente en aquellas que se refieren a cuestiones importantes, difíciles o escabrosas, y de las que pueden depender cambios importantes en su vida, en sus condiciones económicas, laborales o familiares, o si, como resultado de las mismas, se deben tomar decisiones vitales muy relevantes. El abogado tiene que ser sensible a esta situación y comprender que, las más de las veces, la primera o las primeras entrevistas no son fáciles, ya que la persona puede estar afectada por esta situación, lo que complica el proceso de comunicación, la obtención de la información necesaria y la toma de decisiones. Puede tranquilizar al cliente angustiado el ofrecerle a atenderle y responder cualquier duda o consulta en cualquier momento, incluso en fines de semana o por la noche. El peligro es que se trate de un cliente «pesado» o «pejiguero» que abuse de este ofrecimiento y no pare de agobiar al abogado, a quien puede intentar contagiar su ansiedad.

Esta circunstancia se debe tener en cuenta también a la hora de plantear las preguntas, y pensar en cómo pueden influir en el cliente. Las preguntas muy personales o delicadas aumentarán el nivel de estrés, y ello deberá tenerse en cuenta, como se ha dicho antes, para matizarlas o envolverlas debidamente, pero siempre deben resultar claras y fáciles de comprender. Una pregunta que para una persona normal puede ser inocua, «Los domingos, ¿lleva usted solo a su hijo al cine?», puede ser muy relevante para una persona acusada de abuso sexual de su hijo o de otros niños, por ejemplo.

Respecto la confusión mental, el abogado debe prestar atención a cualquier factor que pueda estar manifestándose en un momento determinado. La asistencia a víctimas o a acusados puede requerir la intervención de un psicólogo o de un psiquiatra que aclare la situación mental de la persona en ese mismo momento, incluyendo el aplazamiento de la entrevista hasta que el estado mental del cliente permita un desarrollo razonable de la misma.

Lo importante de un mensaje, aunque sea muy claro, es lo que entiende o interpreta quien lo recibe. Las personas no perciben a uno como uno quiere que le vean, ni oyen siempre lo que uno quiere que oigan, ni interpretan las cosas de la misma forma que uno. Por ello, siempre hay que asegurarse de que a uno se le entiende perfectamente. Para ello se buscan señales de retorno, en forma de gestos o de respuesta a preguntas confirmatorias, que indiquen si el mensaje se ha comprendido o no. Si no ha entendido algo se le explica con otras palabras o a través de ejemplos. Una buena manera es utilizar imágenes o comparaciones con algún aspecto de la realidad que le sea familiar al cliente. Por ejemplo, para explicarle lo que significan las Diligencias finales en un procedimiento civil se puede acudir a la jer-

ga del fútbol y decirle que son como la «prórroga» que el árbitro concede en un partido.

VI. EMPATÍA: PONERSE EN EL LUGAR DEL CLIENTE

Ponerse en lugar de los demás para comprenderles y saber cómo se sienten y poder ayudarles es lo que se denomina *empatía*, una cualidad muy importante para comunicarse bien con los demás. La buena relación se basa en la reciprocidad. Aunque se trate de una relación desigual gobernada por la asimetría de información y experiencia específicas entre ambas partes, debe existir cierta reciprocidad. El letrado se adaptará a la persona que tiene delante, e intentará comprender su situación, su forma de expresarse y de decir las cosas. Hará lo posible por averiguar qué siente y qué experimenta, y procurará que se sienta importante. Se le muestra comprensión

Escuchar implica la concentración activa en comprender lo que dicen los otros. Oír es un proceso pasivo e involuntario, no se puede evitar oír el ruido, pero sí se puede perder todo el contenido de un mensaje que transmite un interlocutor. La escucha, por el contrario, es un proceso activo y no pasivo

y simpatía. Contribuye a ello presentar las cuestiones desde su punto de vista, no sólo desde el del letrado. Se le muestra en qué se le puede ayudar y se recalcan los beneficios de la asistencia legal que se le puede proporcionar. Se le explica todo lo que debe saber de las relaciones entre abogado y cliente, y se le describe con más o menos detalle lo que se va a hacer por él. Se escuchan sus preguntas y objeciones y se contestan debidamente, aceptando sus reacciones sean cuales sean. De cuando en cuando, se intercala el nombre propio del interlocutor, sin que sea necesario dejar de hablarle de usted.

Se le muestra un interés genuino y la disposición a esforzarse en resolver el problema y a ser serio, innovador e imaginativo en su solución. Se resumen los puntos principales de la cuestión desde el punto de vista del cliente, incluyendo sus necesidades y sus objetivos, indicándole la ayuda que se le puede prestar. Se subraya que se comprenden perfectamente y se comparten sus objetivos. Se hace ver que se posee experiencia relacionada con su problema. Se presentan las posibles alternativas a tomar y se valoran profesionalmente y en sus detalles cada una de ellas en relación con sus intereses. También se le recuerda que el tiempo pasa, las situaciones cambian y cuáles son las posibles

amenazas o el peor curso de los acontecimientos. Se da la impresión de energía y competencia. Se resalta, si hace falta, la confidencialidad y el secreto profesional e inviolable de la relación abogado-cliente.

Existen otras actitudes y actuaciones que favorecen la comunicación y que permiten maximizar el flujo de información entre abogado y cliente, además de mantener una buena relación interpersonal. Por ejemplo, recalcar cuáles son las expectativas del abogado respecto a la entrevista: qué se espera del cliente, qué información se necesita, para qué es esa información y qué usos principales se le dará. Dirigir estos mensajes será especialmente conveniente con el cliente «sabelotodo», muy puntilloso que bombardea con detalles innecesarios y un exceso de información que podría llegar a ser contraproducente. Otro tipo problemático es el «pasota», quien entiende que paga al abogado para que le resuelva su problema, mientras él se desentiende del todo. En estos casos se resalta la importancia que tiene, en su propio interés, el que colabore y ayude. Se manifiesta aprecio por su colaboración y se le reconoce abiertamente.

Si es preciso, se le pide que manifieste sus emociones, esto es cómo se siente hacia ciertas personas, hacia su situación o su problema. Se le hace ver que se comprenden, aunque no siempre se compartan, esos sentimientos. Para ello se le pide que narre su propia explicación o visión de las cosas. Aunque no sea la más correcta y sea siempre parcial, todas las personas tienen una visión del mundo, de sus problemas y les gusta contarla y que les escuchen. Escucharla ayuda a entender cómo piensa la otra persona e incluso permite detectar qué aspectos de la información que proporciona pueden estar sesgados o puede haber olvidado. Además permite hacerse una idea de sus expectativas respecto al resultado de todo el proceso.

Se utilizan recompensas externas, en forma de elogios, asentimiento o sincera felicitación cuando se comprueba que va cumpliendo con las expectativas. Por fin, deben evitarse actitudes hostiles o el interrogatorio autoritario, el desinterés o el distanciamiento desdeñoso del problema, la trivialización del asunto, de sus circunstancias o de los sentimientos del cliente lo que, además, es una falta de consideración.

VII. ESCUCHAR BIEN, PIEDRA CLAVE DE LA ENTREVISTA

«Que bien nos dio a entender Dios esta verdad cuando acompañó un brazo con otro, una pierna con otra, ojos y oídos, y los demás miembros del cuerpo

humano, que todos son doblados, sino la lengua, para que sepa el hombre que ha de oír mucho y hablar poco». Vicente ESPINEL, *Vida del Escudero Marcos de Obregón*, 1618.

De todas las actuaciones que facilitan la comunicación, la más importante es escuchar bien. El acto de escuchar es un elemento fundamental en la comunicación cara a cara. Uno habla para ser escuchado y las personas le hablan a uno para que las escuche. No escuchar bien puede significar perder una información vital y por tanto una buena oportunidad para preparar mejor el caso, llegar a un buen trato o mejorar la posición en una negociación. Mostrar que no se está escuchando provoca sentimientos negativos que dificultan la comunicación y desanima siempre al interlocutor. Sólo escuchando se puede saber qué piensan los demás y qué es lo que quieren que se sepa y piense. Hay que escuchar bien para poder comunicarse, para que le entiendan a uno y, en general, para poder persuadir y convencer.

Escuchar bien no es fácil. En una situación de comunicación es frecuente que el mensaje que se envía no sea necesariamente el que recibe el interlocutor, lo que siempre entraña cierto peligro y, como mínimo, falsea la comunicación. Incluso si el mensaje se escucha bien, su recuerdo se deteriora conforme pasa el tiempo.

Una escucha adecuada proporciona credibilidad. Los puntos de vista de uno y las preguntas que realiza después de escuchar parecen más importantes porque primero se ha prestado atención a las opiniones del otro, lo cual aumenta la calidad de las intervenciones posteriores. Al hablar después de escuchar parece que aquello que se dice debe ser más relevante. El buen conversador es el que habla poco y escucha mucho.

Escuchar implica la concentración activa en comprender e interpretar lo que dicen los otros. No es lo mismo escuchar que oír. Oír es un proceso pasivo e involuntario. Por ejemplo, no se puede evitar oír el ruido, pero sí se puede perder todo el contenido de un mensaje que transmite un interlocutor. La escucha, por el contrario, es un proceso activo y no pasivo.

VIII. CÓMO ESCUCHAR BIEN EN LA ENTREVISTA

No sólo hay que escuchar bien, sino que hay que hacer ver al interlocutor de forma inequívoca, a través de expresiones verbales y de señales no verbales, que se le está prestando atención. Cuando ve que se le escucha bien, el interlocutor escuchará recíprocamente con interés facilitando así el flujo de ideas y la comunicación.

En una conversación, o en una reunión, no conviene hablar el primero, ni hacer-

lo demasiado pronto. Tampoco se debe temer al silencio. Para escuchar bien hay que estar callado verbal y mentalmente. No se puede escuchar si se está hablando o si hablan varias personas al mismo tiempo. No se interrumpe para preguntar, sino que se espera a que termine de hablar para lanzar la pregunta. Se inquietan detalles acerca de lo que cuenta para obtener clarificaciones. Se da a entender de esta forma que el mensaje interesa y que se quiere saber lo que desea transmitir. Se muestra interés ahondando en la cuestión que desarrolla el interlocutor.

Se toman notas mentales de lo que se escucha. Se relacionan los temas que se van tratando con datos ya conocidos. Se sintetizan o simplifican los mensajes con frases cortas o simplemente con palabras sencillas que permitan analizar y recordar mejor lo que la otra persona dice y quiere que se sepa. Se trata de unir y relacionar lo que va diciendo con los mensajes propios, sin añadir opiniones o comentarios. Así se adquiere una gran cantidad de información sobre las motivaciones, dudas e inquietudes del interlocutor.

Se resume con otras palabras o se parafrasea lo que está diciendo el interlocutor y se comprueba si está de acuerdo con la versión propia, o se confirma que se ha entendido bien lo que el otro quería transmitir. Se da a entender de este modo no sólo que se escucha e interesa lo que dice, sino que se sabe lo que quiere decir.

Escuchar y comprender ayuda a entender la mente de la otra persona, y se puede saber así cómo hablarle para influir mejor en ella. Se identifican sus argumentos y puntos fuertes, sus habilidades, así como sus emociones, sus deseos o sus puntos débiles. No se evalúa ni se juzga al interlocutor, sino que se escuchan, valoran e interpretan sus opiniones. Se escucha fundamentalmente para comprender a los demás y saber lo que piensan, no para estar de acuerdo con ellos. Cualquier idea que se plan-

tee se acoge y se agradece, aunque no se comparta, pues detrás está el esfuerzo y el tiempo de otra persona. Si es el caso, se busca en sus argumentos un aspecto positivo, que se resalta antes de desestimar el resto.

También se escucha y presta atención los mensajes negativos, pero se toma cierta distancia. Es un error «desconectar» cuando no gusta lo que se oye. En vez de eso, las opiniones negativas o desfavorables, se escuchan y se analizan. Es fundamental dejar que el otro hable hasta el final para poder valorar adecuadamente todos sus mensajes negativos. Por ello no se debe interrumpir ni responder inmediatamente a las críticas. Lo más importante es comprender bien lo que está diciendo para poder contestar más tarde. Las opiniones se tratan con respeto, pero uno debe concentrarse más en los hechos. Se distinguirá lo que son hechos de lo que son opiniones, de entre el contenido del discurso del interlocutor. Los hechos pueden contrastarse de forma independiente, las opiniones no.

Se muestra un sincero deseo de aprender. Escuchar es aprender y cuanto mejor se escucha, más se recuerda. Así se puede saber algo nuevo, conocer mejor al interlocutor y sentar las bases de una buena comunicación. Resumir lo esencial de las entrevistas y anotar lo más importante de las mismas poco después de producirse es la mejor forma de no olvidar nada de lo tratado.

Nunca se debe dejar llevar uno por las emociones, por las propias preocupaciones o por lo que le haya pasado a uno ese mismo día. Hace falta claridad mental para oír y apreciar el punto de vista del interlocutor y, por ello, se precisa esfuerzo y concentración. Si se baja la guardia y se pierde la concentración, no se entera uno de los mensajes e información que le quieren transmitir.

El abogado ha de concentrarse en el contenido del mensaje, más que en la forma en que lo expresa el interlocutor, a

no ser que la forma en que se exprese (agitación, nerviosismo, disimulo) sea relevante para lo que quiere decir. Igualmente, se presta atención no sólo a lo que dice, sino a lo que no dice, y a cuáles pueden ser las razones para ello.

IX. COMUNICACIÓN NO VERBAL EN LA ENTREVISTA

La comunicación no verbal tiene un efecto en quien escucha, en la atención que presta a los mensajes que se transmiten y en que los comprenda mejor o peor. Como norma general debe existir coherencia o correspondencia entre la comunicación verbal y la no verbal.

En relación con la *expresión facial*, la sonrisa y las manifestaciones de alegría suelen ser bien acogidas, mientras que las expresiones faciales de emociones negativas, de enfado por ejemplo, pueden provocar o acrecentar la ansiedad del interlocutor. La sonrisa comunica una actitud amistosa y anima a la reciprocidad. Es propia del saludo inicial, de la despedida o surge al tratar un tema informal para «romper el hielo» en los momentos iniciales. Indica apertura, invita a que la otra persona confíe y exprese con más facilidad sus opiniones, deseos y sentimientos, lo que ayuda a comprender mejor al otro. Sonreír es importante, pero no siempre es lo más adecuado: cuando se aborda un tema delicado o grave, la expresión facial será coherente con el mensaje.

En la conversación, la *mirada* se suele dirigir a la cara, especialmente a la región ocular y la boca, que son las zonas más expresivas del interlocutor. Al hablar, al terminar una frase o de decir algo importante se busca el contacto ocular para comprobar si el interlocutor ha comprendido. La mirada anima a hablar, pero el contacto ocular excesivo puede resultar molesto o agresivo para algunas personas. También lo es mirar poco o no mirar nunca a los ojos del otro, lo que denota emociones o actitudes negativas o defensivas, como desinterés,

incomodidad o temor. En la mirada son importantes los factores personales o culturales. Los introvertidos miran poco a los ojos y hay culturas en las que el contacto ocular no es aceptable, o no es costumbre el contacto ocular y puede entenderse como un acto agresivo.

La voz y la entonación serán agradables y adecuadas al mensaje. La voz manifiesta emociones y es un potente instrumento de comunicación. Sirve para poner énfasis en palabras y frases que lo requieran. Incluso por teléfono la voz indica la tensión y la relajación del interlocutor.

Los *gestos* apoyan lo que uno dice y actúan como señales de retorno invitando al otro a hablar (gestos de asentimiento). En otras ocasiones indican emociones como la ansiedad o el miedo.

Se adopta una *postura* que indique apertura, interés y respeto, por ejemplo con inclinación ligera hacia delante y cierta proximidad física, pero que no sea intimidatoria. Adoptar una postura similar a la del interlocutor contribuye a la empatía, a sentir lo mismo que el otro. Una postura relajada indica comodidad, que se está a gusto con la otra persona. En este sentido, se busca la *distancia personal* adecuada, ni demasiado lejos ni demasiado cerca. La distancia entre abogado y cliente suele venir dada por el entorno físico en el que se desarrolla la entrevista y permitirá que las dos partes se puedan ver y oír bien.

Para terminar hay que resaltar que la entrevista es un poderoso instrumento de comunicación que puede complementarse con las nuevas tecnologías, especialmente con la telefonía. Estos nuevos medios pueden suplir a la entrevista en algunos casos por su rapidez, especialmente cuando la necesidad de comunicarse es urgente, por ejemplo al notificar una sentencia o un incidente importante, y no hay posibilidad de reunirse. Pero las nuevas tecnologías son más bien un complemento que un sustituto de la entrevista. ■

Ley General de la Seguridad Social

Comentada y con jurisprudencia

Una obra imprescindible que facilita el conocimiento, la consulta y el manejo de un texto normativo tan crucial para el sistema laboral y social

 LA LEY
grupo Wolters Kluwer

Un paso por delante

Servicio de Atención al Cliente
902 250 500

Consígalo también en Internet
<http://tienda.laley.es>



NUEVO



DIRECTORES:
Antonio Martín Valverde, Joaquín García Murcia
COORDINADORA:
María Antonia Castro Argüelles

Páginas: 1.956 / Encuadernación: Tapa dura
ISBN: 978-84-8126-254-4

Tribunal Constitucional

la sentenciadel día

TC Sala Segunda, S 159/2009, 29 Junio.

Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente.

LA LEY 119316/2009


 Consulte los textos íntegros en
 www.diariolaley.es

rante siempre que esté previsto por Ley que respete el contenido esencial del derecho. Al respecto la L 4/1992 de 17 Jul. CA País Vasco (policía) garantiza que esa limitación a la libre disposición del individuo sobre su estado de salud se produzca dentro un proceso selectivo, en el que se realizan los controles médicos para determinar la capacidad física y psíquica de los aspirantes dentro del procedimiento establecido. Ahora bien, de estas previsiones legales no se deriva una habilitación para que se produzca el intercambio o cruce de datos médicos entre las diversas Administraciones que convocan procesos selectivos. El intercambio de información tampoco puede ampararse en las previsiones que la L 4/1992 contiene respecto de la intervención de la Academia de Policía en los procedimientos selectivos municipales, pues su función, es la de proponer al Gobierno Vasco, las reglas básicas para el ingreso en las escalas y categorías de los Cuerpos de Policía dependientes de la Administración Local.

Desproporción de la actuación del Ayuntamiento al atribuir consecuencias jurídicas a la información obtenida con infracción del artículo 18.1 de la Constitución.

La legitimidad del fin perseguido no justifica que el Ayuntamiento haya actuado sin seguir el procedimiento legalmente establecido, desde el momento en que el dato relevante y determinante de la decisión de la exclusión, el único elemento en que se funda dicha decisión es una información que ha sido facilitada con clara vulneración del derecho a la intimidad. La vulneración de este derecho es indudable en la actuación del facultativo de la Academia de Policía que, al reconocer al demandante, comunica por teléfono el «recuerdo» de que el aspirante padece una enfermedad, obviando el deber de secreto profesional que pesa sobre este tipo de datos. Pero la irregularidad de la actuación no se circunscribe sólo a la comunicación del facultativo de la Academia, sino que se extiende, con mayor rigor a la actuación llevada a cabo por el Ayuntamiento. La actuación al margen de los procedimientos legalmente establecidos convierte la decisión administrativa en desproporcionada. En efecto, el Ayuntamiento dispuso, y dispone, de medios para acreditar la aptitud o falta de aptitud del aspirante. De hecho el Ayuntamiento sometió al recurrente a tres reconocimientos médicos con sus correspondientes analíticas, que arrojaron un resultado de aptitud médica. Sobre esa base resulta claramente desproporcionado que utilice información sobrevenida y obtenida de forma irregular y no contrastada —pues el ayuntamiento no realiza ninguna prueba tendente a corroborar ese dato— para adulterar el resultado final al que había llevado la superación de las diversas pruebas por el demandante. El hecho de atribuir consecuencias jurídicas a una información que ha sido obtenida con infracción del art. 18.1 CE y que contradice los hechos resultantes del proceso selectivo municipal que se llevó a cabo, ha de calificarse absolutamente desproporcionado.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La presente demanda tiene por objeto la impugnación de la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por la que, estimándose el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián contra la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de esta ciudad, se revoca dicha Sentencia, y se declara la conformidad a derecho de la Resolución municipal de 25 de febrero de 2004, por la que se excluía al recurrente del proceso selectivo para dotar plazas de agentes de la Guardia Municipal por estar incurso en causa de exclusión médica.

El demandante de amparo imputa a la Sentencia impugnada la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE). La lesión se habría producido como consecuencia de la divulgación de información relativa a su estado de salud (entre el facultativo de la Academia Vasca y el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián) sin habilitación legal, por lo que la inmisión en su derecho a la intimidad personal no puede considerarse constitucionalmente legítima. Aduce que la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no ha aplicado correctamente la doctrina constitucional sobre los requisitos que deben concurrir para legítimar una intromisión en el derecho a la intimidad.

La representación procesal del Ayuntamiento de Donostia interesa la denegación del recurso de amparo por las razones ya expuestas en los antecedentes; en re-

Vulneración del derecho a la intimidad de policía municipal en prácticas por el intercambio de sus datos médicos entre distintas Administraciones

RESUMEN DEL FALLO:

El Tribunal Constitucional estima recurso de amparo interpuesto contra sentencia del TSJ País Vasco y declara vulnerado el derecho a la intimidad personal del recurrente en amparo.

DISPOSICIONES APLICADAS:

L 4/1992 de 17 Jul. CA País Vasco (policía); art. 18.1 CE (LA LEY 2500/1978).

sumario

DERECHO A LA INTIMIDAD.—Transmisión de información del estado de salud del recurrente en amparo entre distintas Administraciones para su utilización en un proceso selectivo.—La información derivada de los análisis obtenidos durante un proceso selectivo no quedan fuera del ámbito del artículo 18 de la Constitución.

El contexto en que se produce la transmisión de la información sobre el estado de salud física del recurrente es el de la participación en un proceso de selección para el ingreso en las fuerzas y cuerpos de seguridad del País Vasco. En las bases de ambos procesos selectivos se establece la necesidad de superar un examen médico que corrobore que los aspirantes no se encuentran incurso en las causas de exclusión médica previstas en la convocatoria. La realización del control médico se convierte en requisito sine qua non que determina la continuidad en el proceso selectivo. En este sentido el demandante ya vio legalmente modulado en cierta forma su derecho a la intimidad por cuanto se sometió a todos los controles médicos, cuya realización no eludió en ningún momento. Esta carga legalmente justificada respecto del concreto procedimiento selectivo en que se produzca, no significa, sin embargo, que la información derivada de esos análisis quede fuera del ámbito de protección dispensado por el art. 18.1 CE. Resulta evidente que la comunicación de la información relativa al estado de salud del demandante y su utilización por parte del Ayuntamiento en un proceso selectivo diferente y ajeno a aquél donde fue obtenida, sin información ni consentimiento del interesado, ha supuesto una injerencia en el derecho a la intimidad del recurrente, del que forma parte, el derecho a preservar del conocimiento ajeno lo referente a la salud física y psíquica del afectado.

Inexistencia de habilitación legal para el cruce de datos médicos entre las distintas Administraciones que convocan procesos selectivos.

El fin público consistente en garantizar que los aspirantes a los cuerpos y fuerzas de seguridad serán capaces de ejercer la función policial es causa legítima que puede justificar una modulación del derecho a la intimidad del aspi-

sumen, por considerar que la afectación del derecho a la intimidad fue legítima. Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa la estimación de la demanda, pues, a su juicio, la injerencia en el derecho a la intimidad del recurrente no supera el juicio de necesidad ni el juicio de proporcionalidad estricto, ya que el Ayuntamiento dispuso de otros medios más adecuados para la protección del fin público que pretendía.

2. Debemos dar respuesta en primer lugar a la alegación de inadmisibilidad planteada por la representación procesal del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián. Aduce éste en su escrito de alegaciones que el recurso de amparo no contiene una crítica argumentada de la Sentencia impugnada, lo que, de acuerdo con nuestra doctrina, debería conducir a la inadmisión de la demanda. Ciertamente hemos reiterado en numerosas ocasiones que no compete a este Tribunal la reconstrucción de las demandas de amparo, siendo carga del recurrente la aportación de los elementos fácticos y jurídicos necesarios y suficientes para mantener su pretensión (por todas, STC 66/2009, de 9 de marzo, FJ 2, y ATC 14/2009, de 26 de enero, FJ único). Por este motivo la ausencia de argumentación o de delimitación de las pretensiones y vulneraciones aducidas ha llevado en ocasiones a la inadmisión del recurso. Sin embargo esta doctrina no resulta aplicable al caso que aquí se plantea. En efecto, contra lo sostenido por la representación del Ayuntamiento, el escrito de demanda de amparo sí contiene una argumentación expresa acerca de la vulneración del derecho a la intimidad que, en su opinión, se produce con la Sentencia dictada en apelación, cuyo efecto es la declaración de conformidad a Derecho del acto administrativo impugnado. Como se ha resumido en los antecedentes de hecho de esta Sentencia, el demandante aduce que las justificaciones esgrimidas por el órgano judicial para justificar la legitimidad de la injerencia producida en su derecho no son constitucionalmente aceptables, puesto que la restricción de su derecho a la intimidad no contaba con habilitación legal.

Procede en consecuencia rechazar el reproche de inadmisibilidad analizado.

3. Despejadas las anteriores cuestiones, y antes de entrar en el análisis de la queja constitucional, conviene recordar sucintamente nuestra doctrina sobre el derecho a la intimidad personal.

Este derecho, que aparece configurado como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad, y que deriva de la dignidad de la persona humana que reconoce el art. 10 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 4; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 10; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3.b).

A fin de preservar ese espacio reservado, el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (entre otras, SSTC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2). En definitiva, como dijimos en la STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21, lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada.

Sobre esa base doctrinal y en lo que a este caso concierne es preciso detenerse en tres planos de consideración: a) si la información relativa a la salud se incluye en dicho ámbito; b) La posible existencia de límites en cuanto al derecho al secreto sobre la información relativa a datos referentes a la salud y, en ese caso, c) si puede haber intromisiones legítimas en ese ámbito de intimidad.

a) Resulta evidente que el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y que se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento. Dicha apreciación se coherente con nuestras pautas sociales, como lo demuestra el hecho de que en el ámbito de la legalidad ordinaria el acceso y el uso de información relativa a la salud se rodea de garantías específicas de confidencialidad, subrayándose la estrecha relación entre el secreto profesional médico y el derecho a la intimidad. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como recordamos en la ya citada STC 70/2009, ha insistido en la importancia que para la vida privada poseen los datos de salud (en este sentido, STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L.L. c. Francia, § 32), señalando que «el respeto al carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención», por lo que «la legislación interna debe prever las garantías apropiadas para impedir toda co-

municación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud contraria a las garantías previstas en el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTEDH caso Z. c. Finlandia de 25 de febrero de 1997, § 95, y caso L.L. c. Francia, de 10 de octubre de 2006, § 44)».

b) Reconocido así que la información relativa al estado de salud de una persona forma parte de este reducto de privacidad que garantiza el art. 18.1 CE, conviene señalar la existencia de límites respecto al carácter secreto de los datos relativos a la salud que determinan que, en su caso, no toda injerencia o afectación de este derecho resulta ilegítima:

En efecto, la afectación no será ilegítima cuando medie el previo consentimiento (eficaz) del afectado, que permite la inmisión en el derecho a la intimidad y que, lógicamente, puede ser revocado en cualquier momento (STC 196/2006, de 3 de julio, FFJJ 5 y 6).

Tampoco podrá ser calificada de ilegítima aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, siempre y cuando se respete el contenido esencial del derecho (STC 292/2000, de 30 de diciembre, FJ 9, y ATC 212/2003, de 30 de junio). A esto se refiere nuestra doctrina sobre el carácter no ilimitado o no absoluto de los derechos fundamentales, puesto que el contenido del derecho a la intimidad personal, como el de cualquier otro derecho, se encontrará delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6; 14/2003, de 28 de enero, FJ 5). Así, aunque el art. 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad -a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE-, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información. De este modo, como ya pusimos de manifiesto en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, ya citada, la salvaguarda de la salud de los trabajadores (cuando se trata de verificar si el estado de salud de un trabajador puede causar un peligro para él mismo o para terceros) «es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en el marco de la relación laboral», aun cuando suponga una restricción de la libre disposición del sujeto sobre el ámbito de su intimidad.

En todo caso las posibles limitaciones del derecho fundamental a la intimidad personal deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 16; 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3), pues lo que impide el art. 18.1 CE son las injerencias en la intimidad «arbitrarias o ilegales».

En la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como hemos señalado en la ya citada STC 70/2009, a la que nos remitimos, que reconoce la posible existencia de límites a la garantía de la intimidad individual y familiar del art. 8 CEDH (como puedan ser las medidas que se adopten para garantizar la seguridad del Estado o la persecución de infracciones penales), siempre que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; mutatis mutandis, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997).

c) Consecuentemente existirá intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2), o bien cuando, aun persiguiendo un fin legítimo previsto legalmente (de forma tal que se identifique el interés cuya protección se persigue de forma concreta y no genérica, STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11), la medida adoptada no se revele necesaria para lograr el fin previsto, no resulte proporcionada o no respete el contenido esencial del derecho (por todas, STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3). Ello implica realizar un juicio de proporcionalidad que requiere la constatación de que la medida restrictiva adoptada cumple los tres requisitos siguientes: que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); que sea además necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, que la medida adoptada sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en un jui-

cio estricto de proporcionalidad (entre otras SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 2 -y las que allí se citan- y STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4).

4. Planteados así los términos del debate, el análisis de la queja constitucional requiere que se precisen de los hechos relevantes a estos efectos. Ha quedado acreditado, como se expuso en los antecedentes 2 a) y 2 b), que el recurrente participó (más o menos en el mismo periodo de tiempo, pero de forma secuenciada) en dos procesos selectivos: uno (el primero) para el ingreso en la Ertzaintza, y otro (posterior) para el ingreso en la policía municipal de Donostia-San Sebastián. Fue excluido del primero por padecer una enfermedad prevista en el cuadro de exclusiones médicas. En cambio en el segundo proceso selectivo fue nombrado funcionario en prácticas de la policía municipal, tras superar la fase de concurso-oposición, tres exámenes médicos y el curso de formación en la Academia de Policía Vasca. Asimismo ha quedado acreditado que poco después del nombramiento del funcionario uno de los miembros del Tribunal médico de aquél primer proceso selectivo (quien recordó al demandante mientras éste realizaba los cursos de formación en la Academia de Policía Vasca: antecedente 2.c) informó al Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián que el ahora demandante de amparo había sido excluido del proceso para la Ertzaintza por padecer diabetes mellitus; información que facilitó al Ayuntamiento telefónicamente. Basándose en dicha información, obtenida fuera del marco del propio proceso selectivo y sin tener en cuenta que la Directora de la Academia de Policía Vasca se había negado a facilitar datos sobre la salud del recurrente por ser de carácter confidencial (antecedente 2.d), el Ayuntamiento acordó el cese del demandante como funcionario en prácticas. No consta en las actuaciones ningún informe oficial de la Academia de Policía Vasca al respecto de esta cuestión, ni la realización de posteriores análisis o pruebas médicas que corroborasen tal extremo por parte del Ayuntamiento.

Resulta así que el contexto en que se produce la transmisión de la información sobre el estado de salud física del recurrente es el de la participación en un proceso de selección para el ingreso en las fuerzas y cuerpos de seguridad del País Vasco. En las bases de ambos procesos selectivos se establece la necesidad de superar un examen médico que corrobore que los aspirantes no se encuentran incurso en las causas de exclusión médica previstas en la convocatoria, en aplicación del Decreto 315/1994, de 19 de julio, por el que se regula el procedimiento de selección y formación de la Policía del País Vasco. La realización del control médico se convierte en requisito sine qua non que determina la continuidad en el proceso selectivo. En este sentido el demandante ya vio legalmente modulado en cierta forma su derecho a la intimidad por cuanto se sometió a todos los controles médicos, cuya realización no eludió en ningún momento. Esta carga (de someterse a un reconocimiento para determinar la aptitud física y/o psíquica de los aspirantes), legalmente justificada respecto del concreto procedimiento selectivo en que se produzca, no significa, sin embargo, que la información derivada de esos análisis quede fuera del ámbito de protección dispensado por el art. 18.1 CE.

Resulta evidente que la comunicación de la información relativa al estado de salud del demandante y su utilización por parte del Ayuntamiento en un proceso selectivo diferente y ajeno a aquél donde fue obtenida, sin información ni consentimiento del interesado, ha supuesto una injerencia en el derecho a la intimidad del recurrente, del que forma parte, en los términos de nuestra doctrina ya expuesta, el derecho a preservar del conocimiento ajeno lo referente a la salud física y psíquica del afectado. La cuestión, por tanto, radica en determinar si esa afcción o restricción del derecho puede considerarse constitucionalmente legítima.

5. Para ello es preciso analizar si la injerencia en el derecho a la intimidad denunciada cumple las exigencias establecidas en nuestra doctrina; esto es, si resulta prevista en la Ley y es tolerable desde un punto de vista constitucional por cuanto responde a la necesidad de preservar otros intereses constitucionalmente protegibles (SSTC 156/2001, de 2 de julio, FJ 2; 14/2003, de 28 de enero, FJ 6). En este caso debe afirmarse, en primer lugar, la existencia de un fin constitucionalmente legítimo. Así, la especial misión que cumplen los cuerpos y fuerzas de seguridad (de acuerdo con el art. 104 CE) implica la observancia de especiales requisitos de idoneidad profesional en cuanto a la condición física y psíquica del aspirante. Se pretende que los futuros agentes (sean éstos de la Ertzaintza o de la policía municipal) puedan ejercer su función policial en plenas facultades sin poner en peligro su seguridad o la de terceros. En este contexto se entiende la obligatoriedad de realizar y superar un control médico en el proceso de selección a la que se aludió antes. El fin público consistente en garantizar que los aspirantes serán capaces de ejercer la función policial (art. 104 CE) es causa legítima que puede justificar una modulación del derecho a la intimidad del aspirante siempre que esté previsto por Ley que respete el contenido esencial del derecho. Así resulta del art. 44.2 de la Ley de Policía Vasca, cuando establece que «los procesos selectivos cuidarán la adecuación entre el tipo de pruebas a realizar y el contenido de las funciones a desempeñar, pudiendo incluir, a tales efectos, ejercicios de conocimientos generales o específicos, teóricos o prácticos, test psicotécnicos, pruebas de aptitud física, entrevistas, cursos de formación, períodos de prácticas y cualesquiera otros sistemas que resulten adecuados para garantizar la selección de quienes reúnan las condiciones cognitivas, psíquicas y físicas más apropiadas para el desempeño de la

función». Esta necesaria adecuación física supone, según el art. 54.3 de la misma Ley, que «durante el curso y prácticas, o al término de las mismas, los aspirantes podrán ser sometidos a cuantas pruebas médicas sean precisas en orden a comprobar su adecuación al cuadro de exclusiones médicas establecido para el ingreso en la categoría. Si de las pruebas practicadas se dedujera la concurrencia de alguna causa de exclusión, el órgano responsable podrá proponer, en función de la gravedad de la enfermedad o defecto físico, la exclusión del aspirante del proceso selectivo, correspondiendo al órgano competente para efectuar el nombramiento adoptar la resolución que proceda». La Ley de Policía Vasca persigue efectivamente el objetivo, constitucionalmente legítimo, de garantizar la capacidad de los agentes de policía (ahora en sentido amplio), estableciendo un marco que permite cohonstar ese interés constitucionalmente protegible con el derecho a la intimidad de los aspirantes en lo relativo a sus datos de la salud. La Ley garantiza que esa limitación a la libre disposición del individuo sobre su estado de salud se produce dentro un proceso selectivo, en el que se realizan los controles médicos para determinar la capacidad física y psíquica de los aspirantes (controles que, además, pueden sucederse a lo largo del tiempo) dentro de un procedimiento establecido.

Ahora bien, de estas previsiones legales no se deriva una habilitación para que se produzca el intercambio o cruce de datos médicos entre las diversas Administraciones que convocan procesos selectivos. El intercambio de información tampoco puede ampararse en las previsiones que la Ley de la Policía Vasca contiene respecto de la intervención de la Academia de Policía Vasca en los procedimientos selectivos municipales, pues su función, según la citada Ley, es la de proponer al Gobierno Vasco las reglas básicas para el ingreso en «las escalas y categorías de los Cuerpos de Policía dependientes de la Administración Local, ajustándose a criterios análogos a los establecidos para las de la Ertzaintza que sean equivalentes, y en particular los programas, contenido y estructura de los procesos selectivos» (art. 50 de la Ley de Policía Vasca), o a contribuir en la organización, desarrollo y evaluación final de los cursos de formación, entre cuyos aspectos se encuentra la idoneidad profesional (arts. 31 y 33 del Decreto 315/1994).

En definitiva, la legitimidad del fin perseguido no justifica que el Ayuntamiento haya actuado sin seguir el procedimiento legalmente establecido, desde el momento en que el dato relevante y determinante de la decisión de la exclusión, el único elemento en que se funda dicha decisión, es una información que ha sido facilitada (y recibida) con clara vulneración del derecho a la intimidad.

En efecto, la vulneración es indudable en la actuación del facultativo de la Academia de Policía Vasca que, al reconocer al demandante, comunica por teléfono el «recuerdo» de que el aspirante padece una enfermedad, obviando el deber de secreto profesional que pesa sobre este tipo de datos. Pero la irregularidad de la actuación no se circunscribe sólo a la comunicación del facultativo de la Academia de Policía, sino que se extiende, con mayor rigor -como señala el Ministerio Fiscal- a la actuación llevada a cabo por el Ayuntamiento de Donostia.

Como ya se ha apuntado, éste fundamenta el expediente de exclusión del demandante en una información sobre su estado salud que ha obtenido al margen de todo procedimiento, y a pesar de la oposición de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco, con la consecuente adulteración del resultado natural del concreto proceso selectivo municipal en el que las pruebas médicas habían arrojado un resultado satisfactorio (de aptitud). Si en la STC 70/2009, de 23 de marzo, ya citada, reprochamos a la Administración que fundamentara su decisión de jubilación forzosa en unos informes médicos privados que habían sido incorporados al expediente, mayor rigor ha de observarse en los casos en los que la conducta origen de la infracción se sitúa en el funcionamiento de la propia Administración y sus funcionarios públicos.

6. La actuación al margen de los procedimientos legalmente establecidos convierte la decisión administrativa en desproporcionada. En efecto, el Ayuntamiento dispuso, y dispone, de medios para acreditar la aptitud o falta de aptitud del aspirante. De hecho el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián sometió al recurrente a tres reconocimientos médicos con sus correspondientes analíticas, que arrojaron un resultado de aptitud médica. Consta en el expediente administrativo comunicación del Médico de empresa en la que se pone de manifiesto que el recurrente «pasó reconocimiento médico (para agentes interinos) el 30 de mayo de 2001, siendo su estado de salud satisfactorio y analíticas y pruebas normales. Nueva analítica y pruebas el 27 de marzo de 2002, con resultados de completa normalidad. Nuevo reconocimiento médico y pruebas analíticas el 7 de mayo de 2003, con ocasión del OPE 2001, siendo declarado apto médico». Sobre esa base resulta claramente desproporcionado que utilice información sobrevenida y obtenida de forma irregular y no contrastada (pues el Ayuntamiento no realiza ninguna prueba tendente a corroborar ese dato) para adulterar el resultado final al que había llevado la superación de las diversas pruebas por el demandante. El hecho de atribuir consecuencias jurídicas a una información que ha sido obtenida con infracción del art. 18.1 CE, y que contradice los hechos resultantes del proceso selectivo municipal que se llevó a cabo, ha de calificarse de absolutamente desproporcionado. No se supera, así, el juicio estricto de proporcionalidad, sobre todo cuando queda acre-

ditado en autos que durante todo el tiempo en el que el demandante mantuvo la relación con el Ayuntamiento no cursó baja médica alguna.

Ha de concluirse así que se ha vulnerado el derecho a la intimidad del demandante, lo que conduce al otorgamiento del amparo

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Alberto y, en su virtud:

1º Declarar vulnerado el derecho del recurrente a la intimidad personal (art. 18.1 CE).

2º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de julio de 2006. ■

CARGA DE LA PRUEBA_

Encontrar

'...no hay **prueba** de la relación causal entre el desprendimiento de la **carga** de la grúa y el daño ocasionado...'

Solicite una clave demo en www.laleydigital.es

Nuestra base de datos, al contrario que otros buscadores, SÍ SABE lo que busca. Porque **laleydigital.es** ha creado un nuevo sistema de búsqueda que incluye sinónimos, agrupa términos, salva erratas y hace de la precisión un hecho.

No es que te ofrezcamos este nuevo sistema de búsqueda, es que somos los únicos que te lo podemos ofrecer.

Expansión semántica – Agrupación semántica – Reconocimiento de erratas – Extracto dinámico – Afinar resultados – Función 'Quiso usted decir' – Clasificación de resultados – Planteamiento de conceptos complejos – Adaptación y traducción a distintos idiomas. >

Contenidos adicionales gratuitos: D.G.T., Convenios Colectivos, Formularios básicos

Servicio de Atención al Cliente. Tel.: 902 250 500



LA LEY
grupo Wolters Kluwer

laleydigital.es

exactamente lo que necesitas.



PUBLICIDAD

Nerea Bascones Díez

C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)
Tel.: 91 602 00 08. Ext.: 10233
e-mail: nbascones@laley.wke.es

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

Tel.: 902 250 500 / Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@laley.es

REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)

Tel.: 91 602 00 00 / e-mail: diariolaley@laley.es

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: M.ª Socorro Pérez Ralero

EQUIPO DE REDACCIÓN: Patricia Gorga Cabada, Belén Arranz Fernández, Yolanda Ballesteros García-Asenjo, Cristina de Andrés y de Irazazábal, M.ª José Hierro Romero, Pilar Muñoz Mendo, Gemma Bruno García, Sonsoles Navarro Salvador

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY

DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizuete González

EQUIPO DE DESARROLLO: Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Fernando González Serrano, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Emérita Cerro Durán, Álvaro González Gómez, Olga López Yepes, Javier Docasar, José Medina García, Ramón Zapata Juliá

PRODUCCIÓN GRÁFICA: Eva Arroyo Fraiz, Silvia Mulet París, M.ª Antonia Castejo Cotrina, Gloria Lozano Serradilla, Diana Moya Rodríguez, Laura Usera Macías

IMPRESIÓN: Grefol, S.L. Polígono 2 - La Fuensanta 28936 Móstoles (Madrid)



LA LEY
grupo Wolters Kluwer



© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación no podrá utilizarse con fines comerciales sin su expresa autorización, incluyendo reproducción, modificación, o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en esta publicación es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP).

WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. no se identifica necesariamente con las opiniones y criterios vertidos en los trabajos publicados.

ISSN: 1138-9907

D.L. BI. 1223 1981