

EL DERECHO DE CONTROL DE DATOS PERSONALES EN EL DERECHO EUROPEO COMPARADO

POR RAFAEL ORTIZ-ORTIZ¹

I. EL DERECHO DE CONTROL DE DATOS

1. EL HABEAS DATA COMO DERECHO DE CONTROL DE DATOS

Desde hace algún tiempo hemos venido moldeando la idea que conforman nuestra visión sobre el Habeas Data; se trata de un "derecho" y, al mismo tiempo, se comporta como una "garantía procesal" para tutelar el bien jurídico como derecho, y además, otros valores fundamentales de los individuos en las sociedades organizadas, y en tal sentido:

a) Se trata de un nuevo derecho surgido de la información automatizada (informática) por medio de la cual cada individuo tiene "derecho" de controlar las informaciones que sobre su persona constan en bancos de datos, o en redes mundiales de información; es entonces el derecho a la

-
1. El autor es abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista *Summa Cum Laude* en Derecho procesal y Magister *Summa Cum Laude* en Derecho procesal. Especialista en Derecho del trabajo por la Universidad Central de Venezuela y especialista en Derecho administrativo por la Universidad Católica Andrés Bello. Estudios de Doctorado en Derecho (UCAB) y Doctorado en Ciencias Políticas (UCV); Ex profesor de pregrado y postgrado en la Universidad Central de Venezuela; profesor asociado en pregrado y postgrado en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de pregrado y postgrado en la Universidad de Carabobo y Universidad Arturo Michelena. Profesor invitado en la Universidad Nacional Autónoma de México y de Santiago de Chile, y en las universidades Fermín Toro (Barquisimeto), Bicentenario de Aragua, Católica del Táchira. Decano de los estudios de Postgrado en la Universidad Arturo Michelena. Ex Juez Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo en la Región Capital (Caracas) y en la Región Centro Norte (Valencia). Ex Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

EL DERECHO DE CONTROL DE DATOS PERSONALES EN EL DERECHO EUROPEO COMPARADO

autodeterminación informativa que implica "control" en sus múltiples facetas: acceso a la información, rectificación, modificación, destrucción, actualización, entre otros aspectos. Este es la línea de pensamiento por la cual creemos que el Habeas Data puede ser considerado como un verdadero derecho con sustantividad propia;

b) En segundo lugar, se trata de un mecanismo procesal a manera de medio o instrumento para la defensa de otros derechos fundamentales, la intimidad, honor, reputación, libertad, propiedad, todos son derechos que pueden sustentar una "pretensión procesal" encaminada a su defensa. Se trata pues de un límite al ejercicio de la libertad de información de los demás, y sólo en este sentido podemos hablar de un "recurso de Habeas Data".

En efecto, en el marco del desarrollo de la tecnología de la información y el uso abusivo de la información tecnológica el Derecho debe velar para que las personas (sobre las cuales recae esa información automatizada) puedan ejercer algún mecanismo de control, y a nuestro entender:

El Derecho de habeas data consiste en el reconocimiento por parte de los ordenamientos jurídico de los pueblos de la posibilidad de control de la información automatizada que sobre personas o grupos (comunidades) pueden encontrarse en manos del Estado o de particulares; este derecho de control implica: acceso, control de la finalidad y el uso, rectificación, y destrucción cuando sea adversa.

Como se recordará el origen etimológico de la expresión habeas data está en el habeas corpus y en tanto que éste implicaba el control sobre el 'cuerpo' de la persona (libertad física individual) para que, quien lo exigiese, pudiese tener control sobre la persona (ubicación física), o mejor aún la expresión "téngase el cuerpo", o "he allí el cuerpo" se aplica perfectamente a la institución de habeas data sólo que esta vez no está referida a la libertad física sino a conocer, mostrar o exhibir el dato, esto es, la información sobre una persona, o información de interés para personas o grupos.

En efecto, como ha señalado la doctrina el habeas data no está referido a una situación relacionada con lo corporal o ambulatorio como la libertad personal, sino que alude al "interés del Magistrado y/o de las personas de conocer en forma directa la registración de los hechos, es decir, el "dato" o "información". De ahí la posibilidad de ordenar la remisión de los registros o archivos de datos para constatar la autenticidad o corrección de lo expresado; y como ha señalado OTHÓN SIDOU existe, sin duda, una hermandad entre el instituto de habeas corpus y el habeas data, en el sentido que:

El instituto clásico y universal garante de locomoción, reconocido en 1215 por la Carta Magna inglesa, pasó a tener cumplimiento deseable a partir del Acto de 1679. Pero su nombre de *hábeas corpus* ya era conocido desde hace siglos formado por las palabras iniciales de la orden judicial expedida al detentor para que "tome el cuerpo del detenido y venga a someter al tribunal el hombre y el caso". La clara intención es la misma, no obstante la "revolución informática"².

Así entonces *habeas data* significa "que muestre el dato", "que se presente la información", "tenga el dato o la información"; y ese "tener" significa precisamente control tanto de su existencia (de los datos) como de la finalidad y el uso que se le ha dado, y por supuesto, como consecuencia de ello, la posibilidad que su "titular" pueda completar, rectificar, actualizar, proteger, y hasta destruir en el supuesto de que el dato cause un actual o potencial daño a otros derechos fundamentales. Cuando se pone el acento en una serie de derechos pertenecientes al titular del dato, en aras de permitirle autotutelar su propia identidad, puesta en juego en las múltiples operaciones de registro informático que, a diversos fines, es sometida la persona durante el transcurso de su vida, estamos en presencia de un nuevo derecho sustantivizado y comprendida en la noción de *Habeas Data* como lo anotara BRIAN NIBBLET.

Como ha defendido decididamente PÉREZ LUÑO en España y VITTORIO FROSINI en Italia, este nuevo derecho fundamental (al igual que la libertad informática en el concepto doctrinal mayoritario) tendría por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y acceder a las informaciones que les conciernan, archivadas en banco de datos; controlar su calidad, lo cual implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su transmisión. Esta afirmación, sin embargo, encuentra —a nuestra manera de ver— cierta incompreensión en la doctrina, así por ejemplo para mostrar en frecuente error en que se incurre, veamos la afirmación de PUCCINELLI según el cual, ante la afirmación anterior de PÉREZ LUÑO³ agrega "y por lo tanto opera como medio de tutela de los más variados derechos (intimidad, honor, imagen, etc), posibilitando que ciertas informaciones no se registren, se corrijan o no trasciendan, con independencia de si causan o no daño probable al registrado"⁴,

-
2. Vid. OTHÓN SIDOU(92), J.M.: Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandamiento de ejecución y "hábeas data", LL, t, 1992, pp. 1010 y siguientes.
 3. Vid. PÉREZ LUÑO(89), ENRIQUE: Los derechos humanos en la sociedad tecnológica, en LOSANO(89), MARIO Y OTROS: Libertad informática y leyes de protección de datos personales. CEC, Madrid, 1989.
 4. Cfr. PUCCINELLI(99), OSCAR: El Hábeas Data en indoiberoamérica. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1999.

pero más adelante agrega: "no parece descabellado identificar en la defensa de la personalidad el bien a proteger; de esta forma, dicho bien jurídico objeto de protección desborda a la intimidad, propiciando la configuración de un nuevo derecho fundamental".

A nuestra manera de ver, el bien jurídico a proteger no es la intimidad ni la defensa de la personalidad sino un derecho propio y autónomo cuyo bien jurídico tutelado es el "control de los datos personales", es decididamente autodeterminación informativa que puede tener como trasfondo otros bienes jurídicos personales o patrimoniales (como el caso venezolano y paraguay) pero esa no es su "causa" sino sólo una consecuencia.

El habeas data entonces significa bajo esta noción: autodeterminación o control de la información también llamada libertad informática debido al uso que de la información personal pueden hacer los demás, no sólo por un problema de intimidad o privacidad sino por el mero hecho del control de los datos personales o patrimoniales, o el simple acceso a los archivos de la administración para recabar información individual o de interés para comunidades o grupos de personas. El interés subyacente en el ejercicio del derecho no viene dado por una afección de los derechos de la personalidad sino por el ejercicio de la libertad de información en su más amplio sentido.

Muchos autores también conceptúan el habeas data como "una acción judicial para acceder a registros o bancos de datos, conocer los datos almacenados y en caso de existir falsedad o discriminación corregir dicha información o pedir su confidencialidad"⁵, sin embargo, la naturaleza jurídica del habeas data no se aviene a la mera consideración de un recurso judicial, o un medio procesal que ciertamente lo es, lo importante es el derecho de acceder y controlar la información a través de cualquier mecanismo procesal. Esa es la razón hemos conceptuado el habeas data como un derecho fundamental y al mismo tiempo como una vía procesal (garantía constitucional) para el ejercicio de ese derecho y otros valores constitucionales como la privacidad o intimidad⁶.

5. Vid. PALAZZI(2001), ANDRÉS: El habeas data en el derecho argentino, pp. 1 y siguientes.

6. El mismo autor se inclina porque el habeas data se limite a establecer solo aspectos procesales, como se ha hecho en Argentina; el Congreso de la Nación Argentina sancionó la ley n° 24.745 que no solo reglamentaba aspectos procesales sino que creaba un marco regulatorio del manejo de la información por parte de personas públicas y privadas, estableciendo normas limitativas de estas operaciones y con una autoridad de aplicación encargada de velar por el cumplimiento de dicha normativa. Dicha ley fue vetada por el Ejecutivo. En nuestro concepto limitar el habeas data a meros trámites procesales es desconocer una entidad mucho mayor que puede ser de mucho provecho en las sociedades contemporáneas: el derecho fundamental de control de la información que sobre las personas o sus bienes, constan en archivos públicos y privados.

La discusión no está cerrada: si considerar al habeas data como un especial procedimiento de tutela de la dignidad o identidad de la persona, o considerarlo en sí mismo como un derecho de control de la información⁷.

2. LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

En la configuración del derecho a la autodeterminación informativa ha jugado papel relevante la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 15 de diciembre de 1983, a propósito de la Ley del Censo de Población del 4 de marzo de 1982, a la que declara parcialmente inconstitucional por no respetar el "derecho a la autodeterminación informativa", entendido como la posibilidad de "saber quien, qué, cuándo y con qué motivo sabe algo sobre mí". Así también lo expresa MARCELO BAUZÁ al señalar:

"Dentro de este ámbito de reflexiones es donde termina por delinearse el concepto de habeas data, al influjo de los llamados "derechos humanos de tercera generación", y como garantía de salvaguarda de la libertad informática. No es otra cosa que la facultad o derecho de acceso, de connotaciones similares a la acción exhibitoria de habeas corpus propia de derechos correspondientes a la primera generación (libertad física o ambulatoria de la persona), seguida de ciertos correlatos lógicos y necesarios (actualización, rectificación o cancelación del dato en su caso)⁸."

Los españoles han tenido la discusión de si puede afirmarse la existencia de un nuevo derecho fundamental ex artículo 18.4 de la Constitución de 1978,

7. Cuando se discutía en el Congreso de la Nación en Argentina la reciente Ley de Protección de Datos Personales (ley n° 25.326 de octubre de 2000), uno de los senadores intervino para señalar: "Considero que el hábeas data, más que un derecho a la información, es una seguridad de protección a la persona cuando se pueda ver afectada por informaciones ocultas o manipulaciones, ya sea en registros, archivos o bancos de datos del Estado o de particulares, destinadas a proveer informes almacenados, muchos de ellos por error o por malicia. En los fundamentos del proyecto de mi autoría establezco que es una garantía constitucional en defensa del hombre que se ve afectado en su dignidad y considero que no se trata de un derecho a la información, habida cuenta de que este derecho se encuentra protegido, como los restantes, por la acción de amparo. Por eso, reitero, el hábeas data no garantiza el derecho a la información, que encuentra protección por esa vía mencionada, sino que garantiza la dignidad de las personas". Vid. ARGENTINA(2000): CONGRESO DE LA NACIÓN: Discusiones sobre la Ley de Protección de Datos, sesión del 26 de noviembre de 1998, consultada en *Website*.
8. Vid. BAUZÁ REILLY(2000), MARCELO: La protección jurídica de los datos personales y los servicios de información comercial y crediticia, en *Vlex*. Argentina.

o si se presenta sólo como un medio de protección de otros derechos constitucionales; así por ejemplo, LUCAS MURILLO afirma que:

"A la vista de la propia dicción del artículo 18.4 de la Constitución española, que este precepto no solo pretende proteger a la intimidad y el honor, sino también el pleno ejercicio de los derechos ciudadanos. Se trata, en consecuencia, de limitar el uso de la informática por cuanto el constituyente estima que del mismo pueden derivarse amenazas para el conjunto de los derechos ciudadanos. El conjunto de componentes normativos del artículo 18 de la Constitución española tiene como punto de referencia a la persona y aquellas manifestaciones de la misma que le son propias⁹."

Sin embargo, el Tribunal Constitucional discurre por senderos un tanto diferentes, no se trata de un derecho límite para garantizar "otros" derechos constitucionales, sino que la autodeterminación informativa es en sí y por sí un nuevo derecho fundamental; esta es la dirección, el juez de la Constitución (sentencia del Tribunal Constitucional, 254/1993, de 20 de julio, fundamento jurídico 6º), tras estimar que el artículo 18.4 de la Constitución española ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva modalidad de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, entiende que estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo de tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática"¹⁰.

Así entonces a nuestro entender el derecho de autodeterminación informativa implica el reconocimiento de un derecho fundamental que consiste en el control de la información que sobre nuestros bienes o nuestras personas se encuentren en poder de otra persona (incluso el propio Estado) tanto en archivos automatizados como en archivos manuales y privados. Este control denota, a su vez, diferentes fases: el acceso a la información, la posibilidad de

9. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA(93), PABLO: La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el Derecho español, en Revista Colex Estudios de Jurisprudencia, nº 3-4, 1992-1993, pp. 7-59.

10. POMED SÁNCHEZ(89), LUIS ALBERTO: El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, en Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1989. Se entiende por informática "el conjunto de técnicas y métodos necesarios para la utilización de los equipos de procesos de datos", art. 1º, párrafo 2º, del decreto de 12 de septiembre de 1970, por el que se regulara la Comisión Interministerial y el Servicio Central de Informática).

rectificación, la actualización o la destrucción si la información se presenta como lesiva de otros derechos fundamentales.

En nuestra definición la autodeterminación informativa es, en sí mismo, un derecho fundamental que tiene su plataforma axiológica en el derecho de información, por un lado, y la tutela de los derechos de la personalidad por el otro; sin embargo, el control de la información es absolutamente independiente de la lesión que pueda darse, en un caso concreto, contra los derechos de la personalidad¹¹.

A diferencia de la mayoría de las legislaciones constitucionales recientes, nuestra Carta Magna, siguiendo para ello a la Constitución del Paraguay, incorpora ese derecho de control de la información tanto cuando se refiere a los bienes como cuando esa información recae sobre los derechos de la personalidad (imagen, privacidad, confidencialidad, honor, reputación, fama, intimidad, etc.).

Nuestra Sala Constitucional ha puesto límites a ese "control" básicamente en a) la actividad de quien posee la información (debe tratarse de compilaciones o bancos de datos); b) la información debe tener como finalidad el "provecho" propio del compilador, o de terceras personas; y c) la información tiene que resultar real o potencialmente lesiva a los derechos de la persona sobre quien recae la información. En cambio, como vimos, el Tribunal Constitucional español prefiere la ampliación de la noción para ubicarlo como un derecho fundamental independiente, siguiendo con ello la doctrina del Tribunal Federal Constitucional alemán¹².

La autodeterminación informativa y la libertad informática se equiparan para referirse a la misma realidad, aún cuando algunos autores hayan visto en

11. Véase en este sentido los comentarios de LAZPITA GURTUBAY(93), MARÍA: La protección de datos personales en la Comunidad Europea, en Cuadernos Europeos Deusto, n° 2, pp. 43-61, 1990; y compare con LATTANZI(90), ROBERTO: La tutela dei dati personal dopo la ratifica della convenzione europea sulle banche-dati, en Rivista di Diritto Informatico, n° 2, pp. 220-229, 1990.

12. El movimiento internacional se inclina por reconocer un derecho fundamental de control de la información con absoluta independencia de la finalidad dada por quien sea el tenedor de la información, e incluso más allá de la tutela de la privacidad o intimidad para dar paso a una manifestación de la libertad; Cfr. HONDIUS(80), FRITS: Data law in Europe, en Stanford Journal of International Law, n° 16, pp. 87-95, 1980; también del mismo autor A decade of international law data protection, en Netherlands International Law Review, vol. 30, n° 2, pp. 103-128, 1983. Cfr. HUCKFIELD(71), LESLIE: Control of personal information, HMSO, ed. London, 1971.

la libertad informática un significado diferente y más amplio que el de la autodeterminación informativa esto es "su ámbito propio—la libertad informática—se extiende, y no se refiere tan sólo al consentimiento necesario en su difusión, sino que además integra en su contenido el derecho de acceso y la facultad de reclamar o requerir la cancelación de determinados datos; lo configuran, en definitiva, como un derecho libertad, al margen del concepto originario del derecho a la intimidad"¹³; así VELÁSQUEZ BAUTISTA, citado por HERRÁN ORTIZ, ha asegurado que la sentencia del Tribunal Constitucional dio origen a lo que se ha denominado el "derecho a la autodeterminación informativa", o la capacidad que el individuo tiene para decidir qué datos facilita o no, y que esta tesis, afirma el autor, ha ido evolucionando hasta llegar a configurarse como "libertad informática"¹⁴.

3. LA LIBERTAD INFORMÁTICA

El derecho a la libertad informática constituye, según PÉREZ LUÑO, un elemento de legitimación política de los sistemas democráticos con avances tecnológicos, y su reconocimiento supone una condición del funcionamiento del propio sistema democrático, es decir, se trata de una garantía básica para cualquier comunidad de ciudadanos libres e iguales, y comprende el derecho de conocer y acceder a las informaciones que les conciernen archivados en bancos de datos (lo que se denominaba *habeas data* por su función análoga en el ámbito de la libertad de información a cuanto supuso el tradicional *habeas hábeas* en lo referente a la libertad personal), controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados y disponer sobre su transmisión.

Por otro lado, VITTORIO FROSINI ha advertido que si se admite el derecho a la autodeterminación informativa reconoce la facultad del individuo a decidir cuándo y cómo está dispuesto a permitir que sea difundida su información personal o a difundirla él mismo, esto es, la facultad de la persona de controlar y conocer los datos que sobre ella se encuentran en soportes informáticos,

13. Vid. HERRÁN ORTIZ(98), A. I.: La violación de la intimidad en la protección de datos personales. Ed. Dykinson S. L., Madrid, 1998.

14. Véase VELÁSQUEZ BAUTISTA(93), RAFAEL: Protección jurídica de datos personales automatizados. Ed. Colex. Madrid, 1993, apud. HERRÁN ORTIZ(98), A. I.: La violación de la intimidad en la protección de datos personales. Ed. Dykinson S. L., Madrid, 1998, pp. 81 et passim. Cfr. VIDAL MARTÍNEZ(80), JAIME: La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español, en *Revista de Derecho Público*, julio-agosto, 1980.

se reconoce al individuo una tutela legal para conocer y acceder a las informaciones almacenadas en ficheros de datos que les conciernen, así como la facultad de controlar por el interesado la calidad de los datos inexactos o indebidamente automatizados y consentir su transmisión que define el contenido que integra la libertad informática. La libertad informática es entonces, en palabras del autor citado:

"La nueva fórmula que sustituye al antiguo *right to privacy* en cuanto no tiene solamente un significado negativo, de defensa ante la intervención ajena; también ha adquirido un significado positivo. Ello consiste no sólo en la afirmación de una esfera de privacidad, sino también en la facultad de acceso, control, de rectificación y de cancelación de los datos personales insertos en un banco de datos¹⁵."

También PÉREZ LUÑO discurre por este sendero de ampliar la frontera de la intimidad para arribar en el sólo derecho de control de los datos, esto es, frente a esta construcción abstracta e irreal, hoy se aboga por un sistema de tutela de la intimidad basada no en la "intensidad social" de la conducta, puesto que todo comportamiento, para tener relevancia jurídica, debe poseer una dimensión social, sino en valores o intereses, públicos o privados, que puedan contraponerse al deseo de la persona concernida de mantener sus datos en un plano de reserva¹⁶.

Las reflexiones de la doctrina española muestran claramente la importancia de la eventual distinción y el alcance de la autodeterminación informativa. ORTÍ VALLEJO señala que en absoluto puede afirmarse con carácter general que al individuo en el ordenamiento jurídico español se le reconoce un derecho a impedir la utilización o tratamiento de los datos, así como a determinar el destino de los mismos; resulta, a decir del autor, mucho más adecuado la libertad informática por cuanto el mismo Tribunal Constitucional reconoce que la "libertad informática" permite un mayor acercamiento a la esencia de este derecho que consiste en la libertad de control sobre los datos personales, evitando

15. Vid. FROSINI(89), VITTORIO: La tutela de la privacidad: de la libertad informática al bien jurídico informático en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, n° 2, pp. 96 y siguientes. Buenos Aires, 1989.

16. Como dice FRANCISCO ZÚÑIGA "Ciertamente, lo valioso de la defensa de PÉREZ LUÑO de la libertad informática, no se puede divorciar en la reconstrucción de un derecho fundamental tácito o implícito de los datos positivos, el catálogo concreto de los derechos fundamentales de la Constitución estatal, y de instrumentos de derechos humanos"; vid. ZÚÑIGA URBINA(97), FRANCISCO: El derecho a la intimidad y sus paradigmas, en *Ius et praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 3, n° 1. Chile, 1997.

EL DERECHO DE CONTROL DE DATOS PERSONALES EN EL DERECHO EUROPEO COMPARADO

de ese modo cualquier connotación de carácter excluyente respecto a la titularidad y utilización de la información¹⁷.

Erróneamente en Venezuela cierto sector de la doctrina ha entendido que la libertad informática significa "brindar protección de los datos de la vida privada y de la vida íntima"¹⁸ cuando precisamente tanto FROSINI como PÉREZ LUÑO, sus creadores, han venido explicando que se trata de un derecho autónomo de control de información (atente o no contra la vida privada) que se encuentren en bancos de datos o archivos públicos o privados).

II. EL DERECHO EUROPEO SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS

1. LAS RECOMENDACIONES DEL CONSEJO EUROPEO

Según comenta MIGUEL EKMEKDJIAN, el Consejo de Europa es un órgano paracomunitario de la Unión Europea integrado por los jefes de Gobierno o los jefes de Estado de los Estados miembros de la Unión; y también es un foro de intercambio de opiniones sobre los principales temas que corresponden a la Unión Europea y a Europa, en general, sin mediaciones ni interferencias burocráticas; y debemos aclarar que una cosa es la protección de la vida privada en general como derecho fundamental, que había sido reconocido a nivel internacional por la Declaración Universal y la Declaración Americana sobre Derechos Humanos¹⁹, y cosa distinta es la específica protección de la privacidad e intimidad por el uso de la tecnología informática.

La preocupación por la protección de las personas frente al avance del manejo de datos sobre sus personas a través de medios electrónicos había sido una preocupación en varios países de Europa, tanto que la Asamblea

17. Véase ORTÍ VALLEJO(94), ANTONIO: El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática. A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio, en *Derecho Privado y Constitución*, n° 2, Enero-abril, pp. 330-331. Madrid, 1994; Cfr. LÓPEZ-IBOR MAYOR(93), VICENTE: Los límites al derecho fundamental a la autodeterminación informativa en la Ley española de protección de datos (LORTAD), AI, n° 8, pp. 1 y siguientes. 1993; y RUIZ MIGUEL(95), CARLOS: El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español, en RDG, n° 607, pp. 3218, 1995.

18. Vid. ALVAREZ, MIRIAM Y OTROS(2000): La libertad informática; derecho fundamental en la Constitución venezolana en *El nuevo derecho constitucional venezolano*, IV Congreso de Derecho Constitucional en homenaje al Dr. Humberto J. La Roche. Ediciones UCAB, Caracas, 2000, pp. 203 y siguientes.

19. Vid. ORTIZ-ORTIZ(92), RAFAEL: *La vida privada, el honor y la reputación. Criterios jurídicos para su diferenciación y alcance*. Edit. Greco. Caracas, 1992.

Parlamentaria en 1968 emitió una llamada al Consejo de Ministros para que éste examinara si las legislaciones internas de los Estados miembros protegían adecuadamente al derecho de los individuos al respeto de la vida privada, dado el "reciente desarrollo de las tecnologías informáticas"²⁰.

Según comentan EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL y CALOGERO PIZZOLO, el estudio demostró que las legislaciones nacionales no estaban plenamente adoptadas a los cambios introducidos por las nuevas tecnologías de la información, por lo que se constituyó el Comité Intergubernamental de Expertos encargado de elaborar las medidas apropiadas a nivel regional europeo. De ese comité —comentan finalmente los autores— emanaron las pautas que en 1973 y 1974 inspiraron la aprobación de dos resoluciones sobre la protección de la vida privada de los individuos, con respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector privado y en el sector público²¹. Estas resoluciones tienen una importancia histórica ya que son los primeros textos supranacionales donde se recogen "pautas de conducta" para los Estados sobre la protección de datos, y ése fue el origen además del Convenio Europeo con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal, conocido como el Convenio 108, sobre el cual volveremos más adelante²².

Antes de continuar con la regulación europea como base de la legislación de los países miembros sobre la protección de datos, resulta significativo apuntar algunos comentarios acerca de la Ley sobre Procesamiento de Datos y su reglamento en Suecia porque, a nuestro ver, constituye la primera regulación específica o especial sobre el problema. Repárese que la Ley sueca es anterior incluso a las Recomendaciones del Comité Intergubernamental de Expertos de la Unión Europea, y por supuesto, es también anterior al Convenio de Europa; y aunque la doctrina alemana no lo quiera reconocer, fue también anterior a la sentencia del Tribunal Supremo alemán que elevó el derecho de protección de

20. Vid. Recomendación 509, 19ª sesión, 3ª parte, del 31 de enero de 1968. Vid. apud EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL y CALOGERO PIZZOLO(98): *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1998, pp. 48 y siguientes.

21. Se refieren a la Resolución 73-22 sobre la protección de la intimidad frente a los bancos electrónicos de datos en el sector privado, adoptada el 26 de septiembre de 1973; y la Resolución 74-29 sobre la protección de la intimidad frente a los bancos electrónicos de datos en el sector público del 20 de septiembre de 1974.

22. Como dice FROSINI, fue el Parlamento Europeo quien reconoció la urgencia de una directiva comunitaria acerca de la *libertad individual y la informática*, a fin de proteger al ciudadano contra los posibles abusos y evitar la elaboración de legislaciones nacionales contradictorias. Vid. además FROSINI(84), VITTORIO: *La convenzione europea sulla protezione dei dati*, en *Rivista di Diritto Europeo*, n° 24, pp. 3-18, 1984.

datos a una clara delimitación constitucional y fundamental. La Ley sueca, sin embargo, perfila por primera vez el "contenido" del derecho y a su posible indemnización en caso de infracción por parte de terceras personas o de los responsables de los ficheros de datos.

2. LA LEGISLACIÓN SUECA SOBRE PROCESAMIENTO DE DATOS

Según Oscar Puccinelli, el principio de libre acceso al almacenamiento de datos hunde sus raíces en el siglo XVIII, cuando la Real Ordenanza sobre Libertad de Prensa, dada en Suecia en el año de 1766, a la par de recoger los postulados básicos de la concepción del derecho a la libertad de prensa por entonces reinante (eliminación de todo tipo de censura previa, reconocimiento del derecho de impresión y difusión de ideas propias, etc.), introduce una quiebra histórica fundamental, al proclamar expresamente el derecho de acceso de los ciudadanos suecos a la documentación oficial; bien es cierto que la vigencia de esta real ordenanza se vio truncada por el advenimiento del absolutismo, pero cobró vida nuevamente con la Ley de Prensa de 1812.

Lo cierto es que el nacimiento de ese "derecho" de acceso a los archivos públicos nace como una necesidad de control por parte de los ciudadanos a la actividad del Estado, desde luego que forma parte del libre juego del ejercicio del poder por parte del Estado (y la necesidad de control de la actividad de los ciudadanos) y el ejercicio de la libertad (que permite a los ciudadanos ejercer control de la actividad del Estado) al menos ésta es nuestra visión. Tan importante fue esa necesidad de control que los suecos se vieron en la necesidad de tutelarla y garantizarla en el texto político por excelencia que los es la Ley Fundamental sueca de 1974 cuyo artículo 2º establecía: "En interés de un libre intercambio de opiniones y de una información clara sobre los diferentes aspectos de la realidad, todo ciudadano sueco tendrá libre acceso a los documentos oficiales".

A pesar de la importancia que tiene la Ley sueca de Procesamiento de Datos, ninguno de los autores consultados ha reparado en sus disposiciones, pioneras en muchos aspectos, y que sirvió de pauta para que en otros países europeos adoptaran una legislación parecida. Nos detendremos brevemente a realizar algunos comentarios. La ley en cuestión fue dada en Estocolmo, en el Palacio Real, el 11 de mayo de 1973, y fue modificada por última vez por ley 446/1982, de 3 de junio de 1982, publicada el 21 de junio; comienza por definir lo que entiende por "Datos personales" como toda "información sobre particulares", y por "Ficheros personales" lo define como:

"Fichero, lista u otros apuntes que son procesados con ayuda de computadoras (ficheros electrónicos), y los cuales contienen datos personales que pueden tener relación con la persona sobre la cual tratan los datos."

Define, igualmente, al "Registrado" como la persona privada acerca de la cual existen datos en el fichero electrónico, y al "Responsable del Registro" a la persona a cuyo cargo está el Registro respectivo²³. Nos interesa resaltar los siguientes aspectos:

a) No se puede establecer ficheros sobre personas o mantenerlos, que contengan datos sobre sospechas o condenas por delitos; o que hayan cumplido condena o sufrido cualquier otra pena por delito o que hayan sido objeto de internamiento forzado, salvo que por ley y de manera expresa sea permitido;

b) Si hay causa para sospechar que algún dato sobre alguna persona es erróneo, el responsable del fichero debe inmediatamente tomar las medidas pertinentes para verificar la veracidad del dato y, si hay motivo, lo corregirá o eliminará del registro. Si el dato ha sido entregado a otra persona que no sea la registrada, el responsable del fichero, a petición del interesado, hará saber a quien recibió el dato sobre la corrección o eliminación;

c) Si el fichero contiene datos que de acuerdo con su finalidad se pueden considerar incompletos o si en el fichero que contenga listas de personas, falta algo que de acuerdo con la finalidad del registro debe ser incluido, tiene el responsable que agregar los datos necesarios. Siempre que los datos incompletos puedan suponer dar pie a intromisión indebida en la integridad personal o pérdida de derechos, se hará una corrección."

Fundamental importancia reviste la norma contenida en el artículo 10 de la ley que comentamos pues consagra de manera clara el derecho de acceso y rectificación de la información, textualmente dispone:

"A petición del registrado, éste será informado por el responsable del fichero lo más rápidamente posible sobre el contenido de los datos

23. Hemos utilizado la traducción realizada por los colegas MARCOS GONZÁLEZ, HERBERT CORONA y GERT KUMMEROW, por gentileza de nuestro amigo KUMMEROW quien nos facilitó el mimeografiado. En la misma fecha, 11 de mayo de 1973, se dictó el Reglamento de Procesamiento de Datos, n° 291, que reglamenta muchas de las disposiciones de la Ley. A pesar de nuestros esfuerzos no hemos tenido acceso a las diversas modificaciones que ha padecido la ley en cuestión.

EL DERECHO DE CONTROL DE DATOS PERSONALES EN EL DERECHO EUROPEO COMPARADO

personales que están incluidos en el fichero y contengan información sobre el registrado. Si tal información le ha sido entregada no habrá obligación de entregar nueva información hasta pasados doce meses. La información a que se refiere este artículo será entregada sin costo para el registrado. Si hay causas especiales puede la Inspectoría de Ficheros aprobar que se cobre algún monto por la información que se entregue."

Este artículo no trata de aquellos datos que, según la ley o alguna norma o de acuerdo a la autoridad competente basada en la Constitución, no puedan entregarse al registrado. Por su parte, la norma siguiente prohíbe la entrega de datos personales contenidos en cualquier fichero a otras personas si hay motivo para suponer que esos datos se usarán en procesamiento electrónico en forma ilegal, y si se pretende usar esos datos en el extranjero, se requiere la autorización de la Inspectoría de ficheros, y siempre que ello no suponga la violación de la integridad personal de la persona a la que se refieren los datos. La infracción de las anteriores regulaciones acarrea multa o prisión por un año de los responsables culposa o dolosamente. Estamos de acuerdo con Puccinelli cuando señala que esta fue la primera norma nacional dictada en Europa, puesto que la Ley del *Land de Hesse* sólo tenía alcance en una región específica, y dentro de sus disposiciones destaca la creación de ciertos mecanismos de tutela que son reforzados cuando se trata de información sensible. Conforme lo señala Molina Quiroga, refiriéndose a la ley sueca:

Esta ley crea un registro público específico obligado a registrar los archivos electrónicos de datos personales, de carácter público o privado. Para gestionar un registro de datos personales debe obtenerse una licencia previa. Cuando los datos registrados sean de los considerados "sensibles", es necesaria una autorización expresa para su funcionamiento de la "Inspección de Datos", que es el órgano de aplicación, con amplios poderes de supervisión.

La ley dispone que debe existir un responsable del banco de datos personales, tanto en el ámbito público como en el privado, que está obligado a adoptar las medidas necesarias para impedir la pérdida, destrucción o acceso no autorizado de los datos y su ulterior cancelación cuando no se correspondan con los fines para los cuales fueron registrados. Así mismo, está obligado a conceder el derecho de acceso a la persona registrada y proceder a las modificaciones o rectificaciones que fuesen solicitadas por ella²⁴.

24. Vél. MOLINA QUIROGA(97), EDUARDO: *Autodeterminación informativa y habeas data*, en Jurisprudencia Argentina, 2/4/97, pp. 35 y siguientes. Buenos Aires, 1997. Esta ley es pionera en el tratamiento automatizado de datos en Europa y en el mundo.

3. EL CONVENIO 108 DEL CONSEJO DE EUROPA

A diferencia de los textos mencionados de 1973 y 1974, el Convenio Europeo 108 tuvo un reconocimiento y valor jurídico indiscutible²⁵ y, como nos dice Estadella Yuste, al igual que todo convenio posee efectos jurídicamente obligatorios para aquellos Estados que lo hayan ratificado, y:

"El cumplimiento de sus disposiciones lleva aparejada la responsabilidad internacional del Estado que las ha violado. Estas consecuencias jurídicas no implica que las disposiciones del Convenio 108 sean aplicables directamente en el territorio nacional, ya que no posee un carácter *self executing* y, por lo tanto, los Estados contratantes están obligados a adoptar en su derecho interno unas reglas que desarrollen las cláusulas convencionales."

Sin embargo, muchos países tardaron años en cumplir con el compromiso, asumido en el Convenio 108, de "adoptar en su Derecho interno las medidas necesarias para dar cumplimiento a los principios fundamentales de protección de datos enunciados" en el mismo (artículo 4º), y en efecto no sólo España, sino que muchos otros países como Portugal, Bélgica, Italia o Grecia demoraron la aprobación de sus respectivas legislaciones de protección de datos, y como comenta Herrán Ortiz, hasta los años noventa no dispusieron, muchos de esos países, de sus respectivas regulaciones, así Portugal el 29 de abril de 1991, Bélgica el 8 de diciembre de 1992, Italia el 31 de diciembre de 1996 y Grecia el 26 de marzo de 1997, y ciertamente:

Se sucede en los años setenta y ochenta una larga lista de legislaciones de protección de datos que intentan, con más voluntad que acierto en algunos casos, responder a la comprometida situación que había originado la irrupción de la informática en el tratamiento de datos personales. Así, Suecia en 1973; Francia, Noruega y Dinamarca en 1978;

-
25. El Convenio 108 se denomina "Convenio para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal", dictado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, y entró en vigencia el 1º de octubre de 1985, luego, que fuera ratificado por todos los países miembros del Consejo. España lo había ratificado el 27 de enero de 1984. La consulta puede realizarse en el BOE, n° 274, de 15 de noviembre de 1985. Vid. CONSEJO DE EUROPA. COMISIÓN DE EXPERTOS SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: *Problemas legislativos de la protección de datos*, Actas y Documentos de la Conferencia Internacional, Madrid, 11-13 de junio de 1984; y el excelente trabajo de EUGENIO DÍAZ, FRANCISCO, y EUGENIO OLIVER, LUIS(94): *Protección de datos. Análisis comparado de la legislación de algunos países europeos: Alemania, España, Francia y Gran Bretaña*. Actas del IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Argentina, 1994; y EVANS(81), A.C.: *European data protection law*, en *American Journal Comparative Law*, pp. 571-582. Mass, 1981.

EL DERECHO DE CONTROL DE DATOS PERSONALES EN EL DERECHO EUROPEO COMPARADO

Luxemburgo en 1979, Gran Bretaña e Irlanda en 1983 y 1988 respectivamente, y Alemania en 1990, sustituyendo al anterior texto de 1977, aprobaron sus textos de protección de datos personales²⁶.

Particularmente en España, el impacto o la repercusión del Convenio 108 en el ámbito legislativo español se debe fundamentalmente a lo novedoso de la materia a regular, no en vano –comenta la misma autora– se trata del primer acuerdo europeo en la materia; en segundo lugar, se elabora dicho texto en el seno de una organización de gran prestigio y significación en el ámbito de la protección de los derechos humanos a nivel internacional como es el Consejo de Europa; en tercer lugar, se trata de una norma de mínimos que fija y delimita unas pautas de referencia mínimas que a todos los Estados deben orientar en la aprobación de las correspondientes normas internas de aplicación de las disposiciones contenidas en el Convenio²⁷.

El sustrato teórico sobre el cual se fundamenta el Convenio es garantizar a las personas físicas, cualquiera fuera su nacionalidad o residencia, el respeto

-
26. Para estudiar el impacto de las Recomendaciones antes aludidas y el Convenio 108 puede consultarse los excelentes trabajos de ALONSO BLAS(96), DIANA: *El futuro de la protección de datos a nivel europeo*. Encuentros sobre Informática y Derecho (1995-1996), pp. 163-175. Universidad Pontificia de Comillas. Aranzadi. Madrid, 1996; de la misma autora *La aplicación de la Directiva europea de protección de datos en España: reformas necesarias en la LORTAD*. Encuentros sobre Informática y Derecho, pp. 141-149. Universidad Pontificia de Comillas. Aranzadi. Madrid, 1997; también en ANCEL(87), PASCAL: *La protection des dones personnelles. Aspects de droit privé français*, en Revista Internacional de Derecho Comparado, n° 3, vol II, pp. 609-621. París, 1987; AUSEMS(94), EGBERT: *La protección de las personas frente al tratamiento automatizado de datos personales en el marco del Convenio 108 del Consejo de Europa*, en Jornadas sobre "Informática Judicial y Protección de Datos Personales", celebradas en San Sebastián en octubre de 1993. Ed. Vitoria-Gasteiz, 1994; BENNET(92), COLIN J.: *Regulating privacy. Data protection and public policy in Europe and the United States*. Cornell University Press. Nueva York, 1992; BUQUICCHIO(86), GIOVANNI: *Informática y libertades: balance de quince años de actividad del Consejo de Europa*, en Actas de las Jornadas Internacionales sobre Informática y Administración Pública. Madrid, 1986. DRESSNER(94), STEWART H.: *Panorama de la legislación europea sobre protección de datos personales*, ID, n° 2, pp. 385-584. 1984; DU MORTIER, JOS y ALONSO BLAS, DIANA(96): *La transposición de la Directiva de protección de datos en Bélgica*, AI, n° 30, 1996; ESCOBAR DE LA SERNA(96), LUIS: *La protección de datos en el ámbito internacional y en el Derecho comunitario*. Comunidad europea, n° 1, Aranzadi, 1996; también PUCCINELLI(99), OSCAR: *El Hábeas data en indoiberoamérica*. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1999, pp. 148 y siguientes.
27. El impacto del Convenio 108 en la legislación española puede leerse en HERRÁN ORTIZ(98), ANA ISABEL: *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, pp. 193 y siguientes; Cfr. HEREDERO HIGUERAS(94), MANUEL: *La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, en Jornadas sobre Informática Judicial y Protección de Datos Personales, celebradas en San Sebastián. Ed. Vitoria-Gasteiz, Departamento de Justicia Vasco, 1994.

de sus derechos y libertades fundamentales, en concreto el derecho a la vida privada en relación con el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal; en su preámbulo se destaca la necesidad de conciliar los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información entre los pueblos.

El Convenio se divide en un preámbulo y siete capítulos: Provisiones generales; Principios básicos para la protección de datos; Flujo de datos transfronteras; Asistencia mutua; Comité consultivo; Enmiendas; y Cláusulas finales. Su campo de aplicación es definido por el artículo 3º: esta es de aplicación para el tratamiento automatizado de datos y procesamiento automatizado de datos personales en los sectores público y privado; que se aplicará a información relativa a grupos de personas, asociaciones, fundaciones, compañías, corporaciones y otros cuerpos compuestos directa o indirectamente por personas, tengan o no la misma personalidad jurídica, y a archivos de datos personales que no sean procesados automáticamente. En cuando a los principios básicos para la recolección de datos (establecidos en el capítulo II), éstos, pueden ser esbozados siguiendo la explicación de Puccinelli:

1. Respecto de los datos personales, que estos sean:

a) Obtenidos y procesados legalmente (los datos sensibles y los relativos a las condenas criminales no deben ser procesados de manera automatizada sin que la ley doméstica provea de medidas de seguridad apropiadas) ²⁸; b) Acopiados para propósitos específicos y legítimos, y no usados de una manera incompatible con ellos; c) Adecuados, relevantes y no excesivos en relación con los propósitos para los cuales

28. Como antes se analizó, esta situación estaba prevista en la Ley sobre Procesamiento de Datos de Suecia, cuyo artículo 4 establecía: "Los permisos para abrir y mantener ficheros de personas que contengan datos sobre sospechas o condenas por delitos; o que hayan cumplido condena o sufrido cualquier otra pena por delito o que hayan sido objeto de internamiento forzado de acuerdo a la Ley de Protección de Menores (1967: 97), la Ley de Sobriedad (1954: 579), la Ley sobre Internamiento para Tratamiento Psiquiátrico en ciertos casos, la ley (1964: 450) sobre medidas relacionadas con asociación peligrosa o la Ley de Extranjería (1954: 193), podrán ser concedidas a personas que no sean las autoridades permitidas por ley o reglamento para registrar tales datos, solamente cuando haya razones especiales. Las licencias para abrir y mantener ficheros que de alguna forma contengan datos sobre enfermedades, estados de salud o sobre ayuda social, atención por alcoholismo o semejante, o que alguien ha sido objeto de medidas basadas en la Ley de Protección de Menores o en la Ley de Extranjería se pueden otorgar solamente, cuando haya causas especiales, a personas que de acuerdo a la ley u ordenanzas puedan recabar tales datos. Las licencias para abrir y mantener ficheros que contengan datos sobre los puntos de vista políticos o religiosos de alguien, pueden ser otorgadas solamente cuando hayan causas especiales. Ello no se aplica a los ficheros que dichas organizaciones lleven respecto a sus propios miembros".

EL DERECHO DE CONTROL DE DATOS PERSONALES EN EL DERECHO EUROPEO COMPARADO

fueron almacenados; d) Correctos y actualizados; y e) Preservados de modo que se permita la identificación de las personas registradas por un tiempo no más extenso del necesario para el propósito para el cual esos datos fueron almacenados.

2. Respecto de los ficheros computarizados, los derechos a:

a) Establecer su existencia, propósito e identidad y la residencia habitual o lugar principal de negocios su controlador²⁹; b) Obtener en intervalos razonables y sin excesiva demora o costo la confirmación de si existen datos personales propios almacenados en el fichero automatizado de datos, así como la comunicación de tales datos de manera inteligible; c) Lograr, según el caso, rectificación o borrado de los datos que hubieran sido procesados en contra de las provisiones de la ley doméstica, dando efecto a los principios básicos establecidos en la convención³⁰; y d) Sancionar apropiadamente a quienes violen estas normas³¹; e) Obtener asistencia para ejercer los derechos conferidos por su derecho doméstico, en el caso de las personas residentes en el extranjero.

-
29. El Reglamento de Procesamiento de Datos de la Ley de Suecia (11 de mayo de 1973) establece como condición para obtener la licencia para abrir y llevar un fichero, el establecimiento de la clara identificación del responsable del fichero; una lista completa de los datos que formarán parte del fichero y el cómo y dónde serán obtenidos los datos; también se exige la determinación del procesamiento de los datos con sistema electrónico y el método del procesamiento; entre otros requisitos.
30. La Ley sueca de Procesamiento de Datos establece en su artículo 8º: "Si hay causa para sospechar que algún dato sobre alguien es erróneo, el responsable del fichero debe inmediatamente tomar las medidas pertinentes para verificar la veracidad del dato y, si hay motivo, lo corregirá o eliminará del registro. Si el dato ha sido entregado a otra persona que no sea la registrada, el responsable del fichero, a petición del registrado, hará saber a quien recibió el dato sobre la corrección o eliminación. Si hay causas especiales, puede la Inspectoría liberar al responsable del registro de tal obligación"; el artículo 9º dispone: "Si el fichero contiene datos que de acuerdo con su finalidad se pueden considerar incompletos o si en el fichero que contenga listas de personas, falta algo que de acuerdo con la finalidad del registro debe ser incluido, tiene el responsable que agregar los datos necesarios. Siempre que los datos incompletos puedan suponer dar pie a intromisión indebida en la integridad personal o pérdida de derechos, se hará una corrección"; y por último, sobre este mismo aspecto, el artículo 10 establece: "A petición del registrado, éste será informado por el responsable del fichero lo más rápidamente posible sobre el contenido de los datos personales que están incluidos en el fichero y contengan información sobre el registrado. Si tal información le ha sido entregada no habrá obligación de entregar nueva información hasta pasados doce meses. La información a que se refiere este artículo será entregada sin costo para el registrado. Si hay causas especiales puede la Inspectoría de Ficheros aprobar que se cobre algún monto por la información que se entregue. Este artículo no trata de aquellos datos que según la ley o alguna norma o de acuerdo a decisión de autoridad competente basada en la Constitución, no puede entregarse al registrado".
31. La Ley sueca establece sanciones de multa o prisión de hasta un año a quienes quebranten las normas de la Ley de Procesamiento de Datos (artículo 20).

Fernández Segado³² comenta que el Convenio tiene como finalidad garantizar, en el territorio de cada parte, a cualquier persona física, sean cuales fueren su nacionalidad o residencia, el respeto, en general, de sus derechos y libertades fundamentales y, en particular, de su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona, entendiéndose, a los efectos del Convenio, por "datos de carácter personal" cualquier información relativa a una persona identificada o identificable (persona concernida), y por "tratamiento automatizado", las operaciones de registros de datos, aplicación a esos datos de operaciones lógico-aritméticas, su modificación, borrado, extracción o difusión o cesión de datos automatizados, operaciones todas ellas efectuadas en su totalidad o en parte con ayuda de procedimientos automatizados.

4. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

Según Puccinelli, el proceso de reconocimiento del derecho a controlar los datos personales se inicia en la Constitución de Weimar de 1919 (aunque a nuestro ver no de manera exclusiva), que en su artículo 129 establecía ciertas

32. Vid. FERNÁNDEZ SEGADO(97), FRANCISCO: *El régimen jurídico del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en España*, en Seminario Iberoamericano sobre la acción de "habeas data", en Talca, Chile, abril de 1977. Véase también KAYSER(84), PIERRE: *La protection de la vie privée*. Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1984; LATTANZI(90), ROBERTO: *La tutela dei dati personali dopo la ratifica della convenzione europea sulle bache-dati*, en *Rivista di Diritto Informatico*, n° 2, pp. 220-229, 1990; también LUCAS MURILLO DE LA CUEVA(93), PABLO: *La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el Derecho español*, en *Revista Colex Estudios de Jurisprudencia*, n° 3-4, 1992-1993, pp. 7-59. MARTÍN-CASALLO LÓPEZ(96), JUAN JOSÉ: *La Directiva 95/46/CE y su incidencia en el ordenamiento jurídico español*, Actas de las Jornadas sobre Derecho Español de la Protección de Datos Personales, Agencia de Protección de Datos. Madrid, 1996; y del mismo autor *Implicaciones de la Directiva sobre protección de datos en la normativa española*, en Encuentros sobre Informática y Derecho (1996-1997), Universidad Pontificia Comillas, Aranzadi, 1997; PÉREZ LUÑO(89), ANTONIO: *La incorporación del Convenio europeo sobre la protección de datos en el ordenamiento jurídico español*, en *Revista ICADE*, n° 17, pp. 27-44. Madrid, 1989; RIGAUX(89), FRANCOISE: *Le regime des dones informatiques en droit du traitement à des banques de données*, Paris, 1989; y *La loi applicable à la protection des individus à l'égard du traitement automatisé des données de caractere personnel*, en *Revue Critique de Droit International privé*, n° 69, pp. 443-478. Paris, 1989; RIFOLLI CARULLA(89), SANTIAGO: *El convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal: balance a los siete años de su apertura a la firma*,. En Congreso sobre Derecho Informático, Facultad de Derecho, Zaragoza, 1989; y del mismo autor *La protección de los datos personales. Regulación nacional e internacional de la seguridad informática*, Centre d'investigació de la comunicació i Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1993.

EL DERECHO DE CONTROL DE DATOS PERSONALES EN EL DERECHO EUROPEO COMPARADO

reglas mínimas relativas al debido proceso en los procedimientos disciplinarios realizados a los funcionarios públicos, dentro de las cuales se reconocían los derechos de acceso al expediente personal y que no fueran anotados datos desfavorables en su legajo sino hasta después de haber tenido oportunidad de formular su descargo.

Sin embargo, como se ha reconocido, el *Land de Hesse* adoptó, en 1970, la primera ley, ciertamente de vigencia territorial limitada, destinada específicamente a la regulación de la problemática del tratamiento de datos personales –que también fue la primera en designar un funcionario encargado de velar por el cumplimiento de la ley– y con la cual realmente puede comenzar a aludirse a un verdadero derecho a la protección de los datos. Como dicen Ekmekdjian y Pizzolo:

Corresponde al Parlamento del *Land de Hesse*, en la República Federal de Alemania, el mérito de haber promulgado el primer texto legal de protección de datos: la *Datenschutz* del 7 de octubre de 1970. Esta ley pionera marcó el comienzo de un recorrido que culminaría en la *Datenschutz* federal alemana, promulgada el 27 de febrero de 1977³³.

El ámbito y el objeto de la ley es la protección de datos y "tiene como fin impedir la lesión de bienes dignos de tutela de las personas interesadas, garantizando los datos relativos a su persona, de abusos cometidos con ocasión de su almacenamiento, transmisión, modificación o cancelación de datos" (art. 1º), y el eje central de la ley federal, como la de Hesse, viene constituido por la creación del Comisario Federal para la protección de datos (*Bundesbeauftragter für den datenschutz*), a quien le corresponde velar por el cumplimiento de la norma y recibir las quejas de los eventuales perjudicados. El desarrollo de la protección de datos en la República Federal Alemana, según Hassemer y Chirino Sánchez, tiene dos etapas diferenciadas: en primer lugar, la sentencia sobre la Ley de Censos, y como dicen los autores:

Luego de las discusiones de los años sesenta que se llevaron a cabo en la República Federal de Alemania, sobre todo desde el punto de vista normativo, se cumplió la primera etapa importante en el camino hacia la institucionalización de un derecho a la protección de datos. Fue cumplida esta primera etapa con la sentencia del Tribunal Constitucional alemán en relación con la Ley de Censos de 1983. Esta sentencia fue preparada, muy especialmente por las Leyes de Protección de Datos como la de Hesse del año 1970. El senado se apoyó en estas experiencias, confirmó ciertas líneas de desarrollo y las fortaleció.

33. *Opus cit.*, pp. 32 y 33.

A esta sentencia se debe la popularización del *recht auf informationelle selbstbestimmung* en el mundo jurídico, y se dictó el 15 de diciembre de 1983, en el cual se discutía la constitucionalidad de la Ley de Censo de Población (*Volkszählungsgesetz*), según el principio básico del ordenamiento jurídico establecido por la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania es el valor y la dignidad de la persona, que actúa con autodeterminación al formar parte de una sociedad libre. La dignidad y la libertad, entendida como autodeterminación, derivan de la facultad de la persona de "deducir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida"; por ello, el Tribunal entiende que sería contrario a dicha facultad de autodeterminación:

Un orden social y un orden jurídico en el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo se sabe algo sobre él (...). Esto no sólo menoscabaría las oportunidades de desarrollo de la personalidad individual, sino también el bien público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos³⁴.

El Parlamento Federal (Bundestag) había votado, con la voluntad expresa de todos los partidos, una Ley de Censos (aparecida en el periódico oficial de publicación de leyes federales, vol. I, 1982) que obligaba al ciudadano, en interés de una perspectiva estatal, a una serie de respuestas que abarcaban la zona de datos privados. Contra esta tendencia general ya se había manifestado la sociedad, y el Tribunal Constitucional alemán le dio a esa oposición una forma jurídica³⁵. Conforme se sostuvo en el recurso que motivó la decisión, lo que tornaba inconstitucional la toma de datos era la combinación de los mismos y su adscripción a la persona (confesión, religión, conocimiento de otros, sucesivos domicilios, medios de comunicación utilizados, dirección del lugar de estudio o trabajo, clases de ingresos, etc.).

Siguiendo a Ekmekdjian y Pizzolo, puede decirse que el "derecho a la autodeterminación informativa" constituye la facultad de disponer sobre la revelación y el uso de los datos personales que abarca todas las fases de elaboración y uso de datos, es decir, su acumulación, transmisión, modificación

34. La sentencia, en su texto íntegro, puede ser consultada en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional de España, 1984, n° 33, pp. 152-153.

35. Vid. HASSEMER, WINFRIED y CHIRINO SÁNCHEZ, ALFREDO(97): El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1997.

y calificación; ambas categorías se condicionan mutuamente y representan los dos aspectos de una misma moneda, en este caso en que está en juego un derecho fundamental. Como dice Pérez Luño, la "protección de datos" carecería de sentido si no se tradujera en un conjunto de garantías para las personas, pero al mismo tiempo, la libertad informática o el derecho a la autodeterminación informativa serían inconcebibles de no contar como presupuesto una opción axiológica más allá del marco organizativo de la información³⁶.

El Tribunal Constitucional alemán advirtió, sin embargo, que el derecho a la autodeterminación informática no carece de límites. El ciudadano de un Estado social de Derecho —señaló—, no tiene un derecho sobre "sus datos", en el sentido de una soberanía absoluta e ilimitada, sino que es una persona que se desenvuelve en una comunidad social en la que la comunicación e información resultan imprescindibles. El individuo —a tenor de la decisión— tiene que aceptar determinadas limitaciones de sus derechos a la autodeterminación informática en aras del interés preponderante de la colectividad³⁷. Entre los rasgos generales de la sentencia puede señalarse:

- a) La utilización de los datos solamente para el fin señalado por la ley (principio de la sujeción al fin, o *zweckbindung*;
- b) Disposiciones paralelas de tipo procedimental como la prohibición de entrega y utilización para otros fines de la información o deberes de aclaración al afectado, información para él y la destrucción de los datos llegado el fin de un determinado plazo;
- c) Institucionalización e involucramiento de Comisionados de la protección de datos independientes.

Concluye Puccinelli que en definitiva esta decisión rescata la facultad de disponer de la información personal y de su uso en todas las fases del tratamiento de los datos. Analizando los fundamentos utilizados por el Tribunal para el reconocimiento de este nuevo derecho, se observa su ligazón al principio básico del ordenamiento jurídico de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: el valor y la dignidad de la persona que actúa con autodeterminación al formar parte de una sociedad libre; dignidad y libertad que, traducidas en

36. *Opus cit*, pp. 24-25.

37. Vid. PÉREZ LUÑO(87), ANTONIO: *Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho*. Fundesco, 1987, pp. 27 y siguientes; Vid. ZÚÑIGA URBINA(97), FRANCISCO: *El derecho a la intimidad y sus paradigmas*, en *Ius et praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 3, n° 1. Chile, 1997.

autodeterminación, permiten extraer las facultades conferidas a la persona por la sentencia³⁸.

Además de este expreso reconocimiento del carácter fundamental del derecho a la autodeterminación informativa, se había sancionado la Ley Federal para la Protección contra el Uso Ilícito de Datos Personales en 1977; esta ley se aplica a todo tipo de registro, sea automático o manual, pública o privada, si se procesan en ellos datos personales; para la habilitación de un registro, al igual que la ley sueca, se requiere autorización legal o consentimiento expreso del interesado (art. 3).

El derecho de acceso a los datos por parte del individuo y la obligación de la entidad responsable de los datos de adoptar las medidas adecuadas para su protección aparecen regulados en los artículos 4 y 6 de la ley. Las oficinas públicas pueden recolectar y reproducir información sólo en cumplimiento de sus funciones específicas; la creación del registro debe ser comunicada al ciudadano y publicada en el Boletín Oficial, encontrándose exentas de esta obligación cuando los registros se refieran a cuestiones relacionadas con el servicio de información federal, el servicio de seguridad militar, la defensa de la Constitución y la defensa nacional. El presente procedimiento es controlado por un "delegado federal para la protección de los datos personales", que es designado por el Presidente de la República. Dicho funcionario lleva un registro

38. Para estudiar esta sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán recomendamos revisar la sentencia en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional de España, 1984, n° 33, pp. 152-153; además en doctrina recomendamos PUCCINELLI(99), OSCAR: *Opus cit.*, pp. 95 y siguientes; HASSEMER, WINFRIED y CHIRINO SÁNCHEZ, ALFREDO(97): *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1997; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA(93), PABLO: *Informática y protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1993; y del mismo autor *La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el Derecho español*, en Revista Colex Estudios de Jurisprudencia, n° 3-4, 1992-1993, pp. 7-59; EKMEKDJIAN, M., y CALOGERO PIZZOLO(h)(98): *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*. Edic. Depalma, Buenos Aires, 1998; ZÚÑIGA URBINA(97), FRANCISCO: *Derecho a la intimidad y habeas data (Del recurso de protección)*, en Seminario Iberoamericano sobre la Acción de Habeas Data, Talca (Chile), 1997; y del mismo autor *El derecho a la intimidad y sus paradigmas*, en *Ius et praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 3, n° 1. Chile, 1997; DARÍO BERGEL(94), SALVADOR: *El habeas data: instrumento protector de la privacidad*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 7, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994; HERRERO-TEJEDOR(98), FERNANDO: *La intimidad como derecho fundamental*. Edit. Colex-diputación provincial de Castellón, España, 1998; también puede leerse *Libertad de expresión, derecho a la intimidad y protección de datos*, en Revista Fundesco, n° 128, abril, 1992. ALEXEI(93), ROBERT: *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

EL DERECHO DE CONTROL DE DATOS PERSONALES EN EL DERECHO EUROPEO COMPARADO

de bancos de datos automáticos que pueden ser consultados por todo interesado y sobre el que se pueden hacer modificaciones.

En los bancos de datos privados se distingue entre los propios –que no poseen regulación de ningún tipo, interviniendo la autoridad sólo en caso necesario– y los que son llevados por encargo de terceros, que están reglamentados y en los cuales la autoridad de contralor puede intervenir por denuncia particular o de oficio. La supervisión de las actividades del sector privado la realiza un "ombudsman" o controlador de la protección de datos personales, que debe ser nombrado por cada empresa que procese datos por medios automáticos y en la que intervengan más de cinco empleados (art. 28). Se fijan penas de multa y arresto para el caso de incumplimiento total o parcial de la ley.

No hay duda de que cuando se precise el camino recorrido para la tutela y la protección de los datos personales, tanto el Convenio 108 del Consejo de Europa como esta decisión del Tribunal Constitucional alemán tienen garantizados sitiales claves en esa historia: el reconocimiento legislativo de los límites en la actividad de acumular información por parte del Estado y los particulares, y el reconocimiento del derecho de autodeterminación informativa como un nuevo derecho fundamental, son los pilares claves para comprender el instituto de habeas data.

Los alemanes, en ese sentido, nos ofrecen una panorámica certera: la dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo el poder público (art. 1º de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania); este principio de la dignidad debe vincularse, de modo necesario, con lo preceptuado en el artículo 2.1 según el cual "Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otros ni atenten al orden constitucional o la ley moral".

5. LA LEGISLACIÓN EUROPEA SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS

Después del Convenio 108 analizado precedentemente, la Comisión Permanente de la Asamblea Parlamentaria adoptó la recomendación nº 1.037 relativa a la protección de datos y la libertad de información, la cual constituyó una invitación a los países miembros para la ratificación del Convenio 108, tanto que expresamente se señaló: "se invita a los gobiernos de los Estados miembros que todavía no lo hayan hecho, a ratificar el Convenio relativo a la protección de los individuos respecto al tratamiento automatizado de datos de

carácter personal"³⁹, y un año más tarde, el 17 de diciembre de 1987, el Comité de Ministros del Consejo de Europa dictó la recomendación R (87) tendente a reglamentar la utilización de los datos de carácter personal en el sector policial. Sucesivamente se ha producido en Europa una profusa legislación internacional sobre diferentes aspectos, a saber:

- a) Directiva relativa a la protección de datos personales (1995) (Directiva 95/46/CE dirigida a los Estados miembros);
- b) Los principios rectores para la reglamentación de los ficheros computerizados en datos personales (ONU, 1990), establecido por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 45/95 de 14 de diciembre de 1990;
- c) La Recomendación relativa a las directrices aplicables a la protección de la vida privada y a los flujos transfronteros de datos personales (establecido por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo);
- d) El Acuerdo de Schengen entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes⁴⁰.

De manera casi unisona se fueron produciendo en los países europeos las regulaciones propias la protección de los datos personales y el tratamiento automatizado; además de la ley sueca, que como vimos tiene la virtud de ser pionera en este campo, se destacan:

A. Ley de Informática, Ficheros y Libertades de Francia (Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés)

Fue dictada como ley de Estado en París el 6 de enero de 1978; la ley fue reglamentada por Decreto n° 78-774, de 17 de julio de 1978, de aplicación

39. Vid. POMED SÁNCHEZ(89), LUIS ALBERTO: *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, en Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1989.

40. Este convenio recoge dentro de sus disposiciones, concretamente en el título VI la "protección de los datos de carácter personal" (arts. 126, 130), que fue luego precisado por el Convenio de aplicación del Acuerdo, que dedica su título cuarto al "sistema de información de Schengen". Para un estudio detallado de estos convenios, acuerdos y resoluciones recomendamos ESTADELLA YUSTE(95), OLGA: *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*. Edit. Técnos. Madrid, 1995; POMED SÁNCHEZ(89), LUIS ALBERTO: *Opus cit*, pp. 274 y siguientes; FERNÁNDEZ SEGADO(97), FRANCISCO: *El régimen jurídico de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en España*, en Seminario Iberoamericano sobre la Acción de Habeas Data, Talca (Chile), 1997; y el excelente trabajo de PUCCINELLI(99), OSCAR: *Opus cit.*, p. 164.

de los capítulos I a IV y VII de la Ley 78-17. Esta ley sobre informática, ficheros y libertades fue elaborada sobre la base de un informe realizado tres años antes por una comisión presidencial, y es, además de aplicación a los registros automatizados de datos sobre personas físicas.

La norma, en el intento de cumplir acabadamente con la misión tutelar, crea la "Comisión Nacional de Informática y Libertades", de composición mixta (Consejo de Estado, Corte de Casación, Parlamento y Tribunal de Cuentas), con facultades reglamentarias, de control, habilitación, información al público, etc. En materia de recolección y tratamiento de datos, prohíbe actuar sobre los datos sensibles sin consentimiento expreso de la persona a la cual se refieren; refiriéndose al sistema francés Zúñiga Urbina, citado a su vez por Oscar Puccinelli, afirma:

Se observa una paradoja, por una parte, una escasa jurisprudencia constitucional acerca del derecho a la vida privada, y una compleja legislación sobre el control de bancos de datos. Así, la primera propuesta de ley relativa a la creación de un Comité de Vigilancia o de un Tribunal especial de la informática, es del 30 de octubre de 1970 (proyecto de *ley Poniatowski*). Este proyecto de ley no obtuvo aprobación de la Asamblea Nacional pero motivó una modificación al artículo 9º del Código Civil, en el que se introdujo el reconocimiento explícito del respeto a la vida privada. Sin embargo, el proyecto gubernamental "Safari" (1974) dio origen a un debate nacional, al establecer un número nacional único para cada ciudadano, aplicable a todos los registros y ficheros públicos, manuales o electrónicos⁴¹.

Sigue diciendo el autor que el Presidente galo designó una Comisión para elaborar un informe sobre "Informática y libertad", emitido en 1975. Tal informe fue la base de la Ley de 1978 (78/17) que crea una Comisión Nacional de Informática y Libertad, y ejerce funciones de control y vigilancia de las normas legales, funciones de consulta y propone proyectos de ley al gobierno. En la dogmática francesa, el derecho a la vida privada es una garantía de la libertad individual, que se trata unida a la libertad de disponer de sí mismo (cuerpo), el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de la personalidad y el derecho a mantener un estatuto personal.

En cuanto al marco normativo del derecho a la protección de la vida privada, se desagrega en razón de sus componentes: inviolabilidad del domicilio,

41. VÍD. ZÚNIGA URBINA (97), FRANCISCO: *Derecho a la intimidad y habeas data (Del recurso de protección)*, en Seminario Iberoamericano sobre la Acción de Habeas Data, Talca (Chile), 1997.

inviolabilidad de la correspondencia; secreto profesional, que se denominan disposiciones puntuales; en lo que hace a la informática, la Convención del Consejo de Europa 108 fue introducida al derecho francés por ley de 19 de octubre de 1982 y decreto 85-1203 de 1985.

En el marco reseñado, los datos personales (informaciones nominativas) que permiten identificar a personas físicas están cubiertas por la vida personal íntima, que es inviolable, por lo que excluye la configuración informática de un perfil de la persona. En razón de lo expuesto el marco legal somete a control el tratamiento automatizado de información nominativa, campo en que la autoridad administrativa independiente, la Comisión Nacional de Informática y Libertades, cumple importantes funciones, en particular de informar a personas concernidas y de controlar la aplicación de la informática al tratamiento de informaciones nominativas.

De esta manera, sobre la base de un régimen legal de recolección y conservación de informaciones que contienen resguardos y garantías para las personas, se hacen distinguos de procedimientos según la naturaleza de la información nominativa: informaciones muy sensibles, informaciones sensibles e informaciones neutras⁴².

b. La Ley Federal de Protección de Datos de Austria (Federal Data Protection Act)

Cuando en Francia se dictaba la ley especial sobre ficheros y España elevaba a rango constitucional el derecho de protección de la vida privada a través del control de datos, el 18 de octubre de 1978 se dictaba en Austria la Ley Federal de Protección de Datos; esta ley fue modificada por ley de reforma de 27 de junio de 1986, Ley 370/1986. En ella concede el derecho fundamental (con rango constitucional) a la protección de datos tanto a las personas físicas como jurídicas frente a los registros públicos y de los privados sobre la base de la necesidad de control que deben ejercer los ciudadanos sobre sus propios datos personales. Respecto del tratamiento de datos nominativos, se dispone que éste sólo puede hacerse cuando se trate de bancos de datos públicos, cuando una ley lo disponga o tal tratamiento sea imprescindible para cumplir con fines legítimos. Se crea un registro de procesamiento de datos, en el cual los bancos privados se deben inscribir luego de ser aprobados por la Comisión de Protección de Datos, a la cual se le adjudican facultades variadas de índole administrativa y judicial.

42. Vid. *Idem apud.* PUCCINELLI(99), OSCAR: *Opus cit.*, pp. 168, in nota 20.

*c. La Ley de Registros Públicos y Privados de Dinamarca
(Publica and Private Authorities' Registers' Act)*

Esta ley fue sancionada el 8 de junio de 1978 con el n° 293, y modificada por ley n° 383 de 10 de junio de 1987; como complemento puede citarse también la Ley de Ficheros de las Autoridades Públicas, n° 294, de 8 de junio de 1978, modificada por la mencionada ley de 1987, que ha sido reglamentada en la Orden de Aplicación de la Ley del Ministerio de Justicia n° 621, de 2 de octubre de 1987. Regula, en dos cuerpos diferentes, los registros del sector público (a excepción de los servicios de información policiales y de las fuerzas de seguridad encargadas de la defensa nacional) y los del sector privado (a excepción de los que se lleven con fines científicos o estadísticos).

Los registros públicos –y sólo ellos– deben contar con la previa autorización ministerial para funcionar y son controlados por la "inspección de registros" y podrán contener sólo los datos necesarios para cumplir con las tareas que se les adjudican (los que deben modificar o, en su caso excluir de oficio), y no se encuentran habilitados para registrar los referidos a cuestiones personales⁴³. Dinamarca reformó las normativas en dos ocasiones: la primera en 1987, que amplió el derecho de acceso de los sujetos de los datos, y más adelante, en 1991, en la cual se simplificó el control de los ficheros públicos, y como dice Eddy Peers, el ambito de aplicación de la ley ha sido ampliado y aumentado sensiblemente el número de instituciones que se ven afectadas por la misma⁴⁴.

Además de estas leyes mencionadas, se encuentra la ley de 8 de diciembre de 1992, relativa a la protección de la vida privada en relación con los tratamientos de datos de carácter personal de Bélgica; el texto coordinado de 2 de octubre de la ley del 31 de marzo de 1979, de regulación de los datos nominativos en los tratamientos informáticos de Luxemburgo; la ley 48, de 9 de junio de 1978, modificada por la ley de reforma de 12 de junio de 1987 de Noruega, y la Orden del Ministro de Justicia de 21 de diciembre de 1979,

43. Ibidem, p. 168 in nota 22.

44. La reforma de 1987 entró en vigencia el 1° de abril de 1988. Vid. CAMERON, EUAN Y BLUME, PETER(88): *Data protection law in the United Kingdom and Denmark*. University of Leicester, 1988; también PEERS, EDDY Y BUCKLEY, BILL(88): *Computers and data protection*. Deloitte, Haskins & Sells. London, 1988, cit apud. LAZPITA GURTUBAY(94), MARÍA: *Análisis comparado de las legislaciones sobre protección de datos de los Estados miembros de la Comunidad Europea*, en Revista de Informática y Derecho n° 6-7. Centro Regional de Extremadura. UNED, Mérida (España), pp. 397 y siguientes.

dictada en la Resolución real de 21 de diciembre; la Ley nº 10/91, de protección de datos con respecto a la informática de Portugal.

d. La diversa legislación española

a. La Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos (LORTAD) de 1992

La derogada Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos fue aprobada el 29 de octubre de 1992 y publicada en el Boletín Oficial del Estado el 21/10/92, nº 262, y enumerada Ley Orgánica 5/1992. Se dictó para cumplir con el mandato constitucional establecido en el artículo 18.4 y con el compromiso asumido con la ratificación del Convenio Europeo 108 del cual ya hemos hecho referencia; de hecho, dice Herrán Ortiz, el esquema de la LORTAD no responde a una idea originaria ni original del legislador español, bien al contrario, se trata de una fórmula importada de legislaciones europeas anteriores a la LORTAD, y que ya había introducido el Convenio 108 del Consejo de Europa; según nuestras investigaciones ese Convenio se nutrió, a no dudarlo, de la experiencia legislativa de algunos países europeos como Suecia, Alemania y Austria. La Constitución española establece en su art. 18.4 que "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 en el artículo 20.4:

Estas libertades (las libertades informáticas, de cátedra y de producción y creación literaria, artística, científica y técnica) tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

La exposición de motivos de la LORTAD define como su propósito la limitación, que no prohibición, del uso de la informática para garantizar los derechos fundamentales de la persona ante los riesgos que el fenómeno informático comporta; se trata —como dice Herrán Ortiz— de armonizar los intereses generales, representado en el avance tecnológico e informático y los intereses particulares de cada ciudadano en sus derechos individuales. La siguiente cita de la exposición de motivos de la Ley puede resultar esclarecedora:

La Constitución española, en su artículo 18.4, emplaza al legislador a limitar el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos. La aún reciente aprobación de nuestra Constitución y, por tanto su moderno carácter, le permitió expresamente la articulación de

garantías contra la posible utilización torticera de ese fenómeno de la contemporaneidad que es la informática. El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona —el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo—, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer, de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo.

Ello es así —dice la exposición de motivos— porque, hasta el presente, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que se envanecieran los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban, así, como salvaguarda de la privacidad de la persona. Uno y otro límite han desaparecido hoy. Las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio, y la informática posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de las comunicaciones y acceder a ellos en apenas segundos, por distante que fuera el lugar donde transcurrieron los hechos o remotos que fueran éstos. Los más diversos datos —sobre la infancia, sobre la vida académica, profesional o laboral, sobre los hábitos de vida y consumo, sobre el uso del denominado "dinero plástico", sobre las relaciones personales o, incluso, sobre las creencias religiosas e ideologías, por poner sólo algunos ejemplos— relativos a las personas podrían ser, así, compilados y obtenidos sin dificultad. Ello permitiría a quien dispusiese de ellos acceder a un conocimiento cabal de actitudes, hechos o pautas de comportamiento que, sin duda, pertenecen a la esfera privada de las personas; a aquélla a la que sólo deben tener acceso el individuo y, quizás, quienes le son más próximos, o aquellos a los que él autorice. Aún más: el conocimiento ordenado de esos datos puede dibujar un determinado perfil de la persona o configurar una determinada reputación o fama que es, en definitiva, expresión del honor; y este perfil, sin

duda, puede resultar luego valorado, favorable o desfavorablemente, para las más diversas actividades públicas o privadas, como pueden ser la obtención de un empleo, la concesión de un préstamo o la admisión en determinados colectivos.

Se hace preciso, pues, delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor, una frontera que, sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ellos referentes; una frontera, en suma, que garantice que un elemento objetivamente provechoso para la Humanidad no redunde en perjuicio para las personas. La fijación de esa nueva frontera es el objetivo de la previsión contenida en el artículo 18.4 de la Constitución, y al cumplimiento de ese objetivo responde la presente ley. La Ley se nuclea —según la exposición de motivos— en torno a los que convencionalmente se denominan "ficheros de datos", y es la existencia de estos "ficheros" y la utilización que de ellos podría hacerse la que justifica la necesidad de una nueva frontera de la intimidad y del honor. A grandes rasgos pudieran resumirse los aspectos más resaltantes:

- a) Identifica, como bien jurídico protegido, el concepto de privacidad, término que diferencia de intimidad;
- b) Identifica una serie de datos, que la propia Exposición de Motivos de la Ley califica como "sensibles", referidos a los que tengan que ver con la ideología y creencias religiosas, la raza, la salud y la vida sexual;
- c) Los datos personales sólo podrán ser objeto de tratamiento automatizado "cuando tales datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido"; resaltándose la idea de que los datos de carácter personal no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para los que los datos hubieran sido recogidos (art. 2º), que además constituye una reminiscencia de la Ley sueca de Procesamiento de Datos que establecía disposiciones semejantes⁴⁵.

45. Para el estudio de la legislación derogada en España recomendamos ACHA ITURMENDI(96), JUAN: *Situación actual de la informática y los datos personales. Algunas reflexiones sobre la situación real de la LORTAD*, pp. 1219 y siguientes; LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI(96), MIGUEL: *Los derechos de las personas en la ley de protección de datos personales*, pp. 1305 y siguientes; GRIMALT SEVERA(96), PEDRO: *La disposición final segunda de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD), y la reserva de Ley Orgánica*, pp. 1.288. CARRASCOSA LÓPEZ(94), VALENTÍN: *La LORTAD: una necesidad en el panorama legislativo español*, pp. 11 y siguientes; OROZCO PARDO(94), GUILLERMO: *Los derechos de las personas en la LORTAD*, pp. 151 y siguientes; SÁNCHEZ BRAVO(94), ÁLVARO: *La regulación de los datos sensibles en la LORTAD*, pp. 117-132; DE JULIOS CAMPUZANO(94), ALFONSO: *Letra y espíritu de la L.O.R.T.A.D.: ¿un problema de coherencia interna?*, pp. 87-116.

EL DERECHO DE CONTROL DE DATOS PERSONALES EN EL DERECHO EUROPEO COMPARADO

Como quiera que esta ley fue derogada por la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) preferimos dejar los comentarios para el capítulo destinado al análisis de la legislación comparada.

Por otro lado, el 26 de marzo de 1993 se dictó el Real Decreto 428/1993 por el cual se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos. Este organismo cumple las mismas funciones que el Inspector de Ficheros de la ley sueca, y es definida como "un ente de derecho público de los previstos en el artículo 6, apartado 5, del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, que tiene por objeto la garantía de cumplimiento y aplicación de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal". Se trata de un organismo nacional que goza de personalidad jurídica propia y con plena capacidad pública y privada, y estructurada de la siguiente manera: un Director de la Agencia de Protección de Datos, el Consejo Consultivo y otros órganos especiales dependientes del Director de la Agencia: el Registro General de Protección de Datos, la Inspección de Datos, y la Secretaría General.

El artículo 36 de la derogada LORTAD definía las funciones de la Agencia, y en la vigente Ley se dispone en el artículo 37, entre otras funciones las siguientes: a. velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos; b. atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas; c. proporcionar información a las personas acerca de sus derechos en materia de tratamiento de los datos de carácter personal; d. Ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan en relación con los movimientos internacionales de datos, etc.

b. Ley Orgánica 15/1999 sobre Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) de 1999

La LORTAD fue derogada a partir de la publicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) como ha sido reconocido unánimemente por la doctrina, supone, a pesar de que una lectura apresurada pudiera sugerir lo contrario, una sustancial modificación del régimen sobre protección de datos de personas físicas que anteriormente se contenía en la ya extinta LORTAD, y como apunta, Javier A. Mestre, la nueva LOPD es susceptible de críticas.

Dentro de estas últimas, es de destacar el esfuerzo que supone por introducir firmemente en la cultura jurídica actual unos valores sobre la defensa de la intimidad y privacidad de los ciudadanos y consumidores, principales roles impuestos por el mercado y los poderes públicos del presente; por otro lado, la ambigüedad y falta de precisión de muchos términos y situaciones descritos en la ley, con independencia de otros reproches más sustantivos circunscritos a aspectos concretos, son las características que, negativamente, se destacan de forma mayoritaria⁴⁶.

La LOPD, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 14 de diciembre de 1999 que deroga la antigua LORTAD, cuenta con un ámbito de aplicación sustancialmente más amplio, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE, extendiéndose a supuestos antes excluidos como los ficheros no automatizados y otorgando a los datos, si cabe, un mayor nivel de protección. En concreto, el artículo 2.1 de la Ley establece que:

La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado", entendiéndose por datos de carácter personal, de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo 3, "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables".

Igualmente, el término soporte físico habría que asimilarlo al de "fichero" que en el referido artículo 3 se define como "todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso"; de esta ampliación, comenta Javier Mestre, merecen ser destacados los siguientes aspectos. La extensión a ficheros no automatizados, esto es, la derogada LORTAD definía su ámbito de aplicación en referencia a los datos que figuren en registros susceptibles de tratamiento automatizado (fundamentalmente informático) y a los usos posteriores de esos datos, aunque tal uso no tenga el carácter de automatizado. La Directiva Comunitaria 95/46/CE ya ampliaba este ámbito extendiéndolo a todo fichero de datos, sea automatizado o no, de personas físicas; y ello motivó para que en 1995 se produjera una modificación de la Ley General Tributaria para incluir ficheros no automatizados; la nueva ley define su ámbito de aplicación sobre la base de datos registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, sin las anteriores limitaciones.

46. Vid. MESTRE(2001), JAVIER: Comentarios a la nueva legislación sobre protección de datos, en Vlex España, 2001.

De esta forma, la organización de datos personales en soportes físicos no informáticos debería estar sujeta a las previsiones de la ley; podría decirse, siguiendo la clasificación de Emilio del Peso Navarro, que la extinta LORTAD se refería sólo a los datos organizados automatizados, y con la nueva ley se diferencian los datos organizados (aquéllos accesibles directamente mediante un nombre clave o código, que a su vez se subdividen en automatizados o no automatizados) y los datos no organizados, esto es, los que para buscar un dato determinado hay que buscarlos uno a uno). La LOPD, con la desaparición entre datos automatizados o no, se encontraría referida, simplemente, a los datos organizados⁴⁷.

En la LORTAD se contenían hasta cinco amplios supuestos de exclusión, entre los que se encontraban los ficheros de los partidos políticos, sindicatos e iglesias, los de titularidad pública, los tecnológicos de reproducción de datos accesibles al público, etc. Todos estos supuestos han desaparecido en el artículo 2.2, que tan sólo prevé exclusiones para, en primer lugar, los ficheros "domésticos" (la ley se refiere a "ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas"; en segundo lugar, aquellos sobre materias clasificadas y, en tercer lugar, los relativos a la investigación sobre terrorismo y delincuencia organizada grave.

De allí que, desde la entrada en vigencia de esta Ley Orgánica, puede afirmarse que, en principio, cualquier fichero, informático o no, tanto empresarial como de otra índole, que almacene datos de personas físicas identificadas o identificables, se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la normativa y, consecuentemente, sometido a los principios, requisitos y régimen que mediante ella se instaure. Finalmente, en este apartado tan sólo resta destacar el artículo 3 que incluye las definiciones de los términos que se usan a lo largo de la ley; además de las de fichero y datos personales, comentadas anteriormente, merecen ser destacadas las siguientes:

- a) Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias;

47. NAVARRO(2000) EMILIO DEL PESO: Principales diferencias entre la nueva Ley de Protección de Datos y la LORTAD, Actualidad Informática Aranzadi n° 34, enero de 2000; Cfr. MESTRE(2001), JAVIER: Comentarios a la nueva legislación sobre protección de datos, en *Vlex España*, 2001.

- b) **Afectado o interesado:** persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo;
- c) **Procedimiento de disociación:** todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable;
- d) **Consentimiento del interesado:** toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen;
- e) **Cesión o comunicación de datos:** toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado;
- f) **Fuentes accesibles al público:** aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencias que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación.

En este último párrafo, partiendo de una definición más o menos objetiva del concepto "fuente accesible al público", se acaba enumerando taxativamente los ficheros que tendrán tal consideración a los efectos de la ley, tan sólo aplicable, por tanto, a los siguientes supuestos: 1. el censo promocional; 2. repertorios telefónicos; 3. listas de grupos profesionales; 4. diarios boletines oficiales y medios de comunicación. Todos los demás ficheros, aunque puedan ser consultados por cualquier persona sin limitación alguna, no tienen para la ley la consideración de "fuente accesible al público", cuestión que, además, ha sido una constante en las recientes legislaciones sobre protección de datos en Iberoamérica (Chile, Argentina, Paraguay, etc.).

c. La Ley General Tributaria de 1995

Antes de la entrada en vigencia, en España, del Convenio 108 del Consejo europeo, se había publicado en el BOE la Ley 230/1963, General Tributaria, modificada por las Leyes 10/1985, de 26 de abril (BOE nº 101, de 27 de abril de 1985); 33/1987, de 23 de diciembre (BOE nº 307, de 24 de diciembre de 1987); 4/1990, de 29 de junio (BOE nº 156, de 30 de junio de 1990), y 31/1991, de 30 de diciembre (BOE nº 313, de 31 de diciembre de

1991). Esta ley desarrolla, básicamente, el derecho de acceso a archivos y registros administrativos, fundamentalmente a partir de la consagración de esta posibilidad como derecho constitucional, concretamente en el artículo 105 de la CE de 1978⁴⁸.

Es de destacar que esta previsión legislativa es posterior a la LORTAD y contenía disposiciones en orden a garantizar una utilización racional de los datos, esto es, se trataba de asegurar que la utilización de los datos obtenidos por la administración tributaria fuera con fines exclusivamente tributarios; como dice Herrán Ortiz, a nadie se oculta que los ciudadanos no deben encontrarse en una situación de indefensión tal que cualquier administración pueda disponer de información personal para los más diversos fines, de suerte que les impida desarrollar con plena libertad el ejercicio de sus actividades particulares.

En efecto, la Constitución española de 1978, estableció, en la norma contenida en el artículo 105: "La ley regulará: (...) b) el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas".

La expresión "la ley regulará" ha puesto a discutir a la doctrina española entre dos posiciones antagónicas: quienes consideran que la norma sólo contiene un "mandato general" dirigido al legislador para que legisle en torno a la posibilidad de acceso por parte de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos; y frente a esta tesis quienes sostienen que se trata de un verdadero derecho subjetivo exigible directamente por los ciudadanos ante los tribunales competentes.

48. Para este tema específico recomendamos ÁLVAREZ RICO, MANUEL y ÁLVAREZ RICO, ISABEL(94): Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en *Revista de Administración Pública*, nº 135. 1994, pp. 105 y siguientes; SAINZ MORENO(80), FERNANDO: El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre 1979), en *Revista de Derecho Administrativo*, nº 24, 1980, pp. 120 y siguientes; PENDÁS GARCÍA(93), BENIGNO: Administraciones públicas y ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 39/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Ed. Praxis. Barcelona, 1993; EMBID IRUJO(93), ANTONIO: El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de su consagración legislativa, en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*, Estudios homenaje al profesor Jesús González Pérez, tomo I. Ed. Civitas. Madrid, 1993, pp. 730 y siguientes. LUCAS DURÁN(97), MANUEL: El acceso a los datos en poder de la administración tributaria. Aranzadi, edit. Pamplona, 1997.

La primera tendencia jurisprudencial fue delineada por el Tribunal Supremo en sentencia del 16 de octubre de 1979 en la cual precisó que el artículo 105, b) no tenía aplicabilidad inmediata directa, y sólo contiene un principio informador de la legislación positiva sin ningún otro efecto⁴⁹; sin embargo, una tesis como ésta no podía durar mucho tiempo, aunque pasaron casi diez años para que el Tribunal Constitucional se pronunciara respecto de los artículos de la Constitución que remiten determinados aspectos a una posterior regulación legal, afirmando su aplicabilidad directa, e igualmente el Tribunal Supremo ha mantenido desde entonces esta misma posición⁵⁰.

Cierto es que el problema de la aplicabilidad inmediata de las disposiciones constitucionales ha sido un constante aspecto a dilucidar por el Tribunal Constitucional y fuente de no pocos debates en la doctrina más calificada; el TC español ha establecido con toda claridad:

Aun en la hipótesis de que un derecho constitucional requiera una interpositio legislatoris para su desarrollo y plena eficacia, nuestra jurisprudencia niega que su reconocimiento por la Constitución no tenga otra consecuencia que la establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales, de modo que sólo sea exigible cuando el legislador lo haya desarrollado⁵¹.

Así, entonces, con la plena vigencia del Convenio 108 y la promulgación de la LORTAD se introduce una sensible modificación a la Ley General Tributaria por ley 25/1995, de 20 de julio (BOE de 22 de julio de 1995), en el cual se le da al artículo 113 una modificación con la idea de realizar una adaptación a determinados aspectos de la LORTAD, en lo que respecta al uso de la información que la Administración tributaria tiene de los contribuyentes, mediante la consagración del carácter reservado de toda la información tributaria en su poder facilitada por los contribuyentes, salvo lo atinente a la investigación

49. La sentencia y sus comentarios pueden leerse en SAINZ MORENO(80), FERNANDO: El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre 1979), pp. 120 y siguientes.

50. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio (BOE de 16 de junio de 1981), en la que indica: "la reserva de ley que efectúa en este punto el art. 105 de la Norma fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata". Vid. LUCAS DURÁN(97), MANUEL: *El acceso a los datos en poder de la administración tributaria*, pp. 42 y siguientes.

51. Sentencia 254/1993, de 20 de julio (BOE de 18 de agosto).

o persecución de los delitos públicos y los deberes de colaboración entre Administraciones públicas⁵².

Los detalles más importantes de esta norma pueden resumirse en los siguientes aspectos sobre la protección de datos:

- a) Se les otorga a los datos obtenidos por la Administración tributaria el carácter de reservados, y se les "afecta" a un fin, cual es la aplicación de tributos y otros recursos cuya gestión haya sido encomendada a tal Administración, con prohibición expresa de comunicarlos a terceros a no ser que estén incluidos en algunos de los supuestos que especifica el artículo 113.1;
- b) Se especifican los supuestos tasados en que se podrá realizar la transferencia de datos, ampliando el ámbito respecto de lo regulado en el antiguo artículo 111.6. Dichos supuestos excepcionales son: 1) investigación o persecución por parte de órganos jurisdiccionales o el Ministerio Fiscal de delitos públicos; 2) colaboración con otras administraciones tributarias; 3) colaboración con la Tesorería de la Seguridad Social; 4) colaboración con otras Administraciones públicas para la lucha contra el fraude en la percepción de fondos públicos; y 5) colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación.

En 1996 el mencionado artículo 113 de la LGT nuevamente fue modificado por Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, añadiendo un supuesto más en el que se exceptúa el deber de reserva que deben mantener los órganos de la Administración tributaria sobre los datos obtenidos en el desempeño de sus funciones, cuando la cesión tenga por objeto "la protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el

52. Según LUCAS DURÁN la LORTAD sólo era aplicable a los datos personales que fueran tratados de forma automatizada, en cambio la LGT extiende los principios de la misma también a los datos que no son tratados informáticamente, con lo que se está haciendo algo más que adaptar la legislación tributaria a la normativa existente, si bien esto se hace quizá con vistas a la trasposición de la Directiva 95/46CE que regula aspectos de la materia. Puede estudiarse el punto en PEÑA ALONSO, JOSÉ, y CORCUERA TORRES, AMABLE(95): *La reforma de la Ley General Tributaria*. Mc Graw-Hill ed. Madrid, 1995; CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE Y OTROS(96): *La reforma de la Ley General Tributaria*. Aranzadi, ed. Pamplona, 1996; BANACLOCHE(95), JULIO: *Ley General Tributaria reformada. Ensayo histórico y práctico*, en *La Ley Actualidad*. Madrid, 1995; PONT MESTRES, MAGIN y PONT CLEMENTE, JOAN(95): *Análisis de la Ley 25/1995 de modificación de la Ley General Tributaria (estudio detallado de cada artículo)*. Ed. Civitas. Madrid, 1995; LUCAS DURÁN(97), MANUEL: *El acceso a los datos en poder de la administración tributaria*. Aranzadi, ed. Pamplona, 1997; y LÓPEZ GUETA(96), JOSÉ M^a: *De nuevo, el artículo 113 de la ley General Tributaria*, en *Revista Impuestos*, n° 6, pp. 1-2. 1996.

Ministerio Fiscal", con la intención declarada en la exposición de motivos de la referida ley de tutelar los intereses de estos colectivos dignos, por razones de su condición desfavorable, de una especial protección, con lo cual el legislador parece hacerse eco de las denuncias expresadas en el Informe Anual del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 1995⁵³.

III. CONCLUSIONES

No hay duda que la información constituye el alarde del siglo XX y una de las tareas más atractivas del principio de este siglo XXI. Corresponderá a las nuevas generaciones de juristas y de jueces ubicar el derecho a la información en la cúspide de los derechos ciudadanos. No es posible vivir en pleno siglo XXI y estar a la retaguardia de los cambios informáticos e informativos.

Nuestra legislación no sólo es incipiente sino inaplicable por varias razones: en primer lugar nos hace falta una "cultura" de la información y también estamos "atrasados" con respecto de la tecnología de la información. Como

53. Véase LUCAS DURÁN(97), MANUEL: *El acceso a los datos en poder de la administración tributaria*, pp. 208 y siguientes. Para un estudio de la intimidad o privacidad y control de información en el ámbito tributario recomendamos especialmente AGUILAR FERNÁNDEZ y HONTORIA, JAIME(83): *La defensa de la intimidad como nuevo límite a las obligaciones de información tributaria. Las sentencias de 18 de junio y 28 de julio de 1983. Alcance y posibilidades ulteriores*, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 12. 1983; y del mismo autor *De nuevo en torno a la defensa de la intimidad como límite a las obligaciones de información tributaria. La sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984 y los proyectos de ley de represión del fraude fiscal de determinados activos financieros. Alcances y proyecciones ulteriores*, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 17. 1985; ÁLVAREZ-CIENFUEGOS(95), JOSÉ M^a: *La confidencialidad de los datos tributarios y el acceso de los contribuyentes*. Actualidad Jurídica. Aranzadi, ed. Pamplona, 1995; VILLAVARDE MENÉNDEZ(94), IGNACIO: *Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993*, en REDC, nº 41. 1994; PÉREZ ROYO(86), FERNANDO: *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1986; PIQUERAS BAUTISTA(95), JOSÉ: *El derecho de acceso a los archivos públicos en el Derecho español y en el comunitario*, en XV Jornadas de Estudio. *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (II)*. Ministerio de Justicia e Interior. Madrid, 1995; MARTÍNEZ LAGE(94), SANTIAGO: *La transparencia de las instituciones comunitarias: el acceso a los documentos*, en Gaceta Jurídica de la CE, Boletín 92, 1994; MERCIER, JEAN-YVES y NOEMIE, MICHEL, ET ALLÍ(89): *La protection du contribuable. Tazpayer protection. Der Shutz des steuerbürgers. Interntional Bureau of Fiscal Documentatio*. Amsterdamm, 1989; MICHAEL(94), JAMES: *Privacy and human rigths. An international and comparative study with special reference to developments in information technology*. UNESCO publissing, Dartmouth Publishing Co. Hampshire, 1994.

hemos dicho en otros trabajos nuestros la sociedad industrial y correlativamente la "avanzada tecnológica" requiere, necesariamente, el avance en el "conocimiento" técnico, esto es, necesita de "información" del estado actual de la técnica y su proyección al futuro. A mayor "cantidad" de conocimiento técnico se afirma que hay mayor avance tecnológico; por ello es que puede afirmarse que la tecnología es realmente un "poder" entendido como el complejo de posibilidades de desarrollo y control sobre las personas o los países que caigan bajo su esfera. Estamos en presencia del poder de la tecnología que mide, a su vez, el grado de desarrollo de un país⁵⁴.

Al lado del "poder" que otorga la tecnología bien puede hablarse también de la *tecnología del poder*, esto es, la manera o el cómo los países industrializados se ponen en posesión de los conocimientos tecnológicos, como dicen HASSEMER y CHIRINO, tan pronto como el poder estatal pudiera servirse de la automatización de las informaciones, podría convertirse más rápidamente y de manera más enérgica en mucho más desigual de lo que había sido hasta entonces. La tecnología ofrece una enorme capacidad de tratamiento y transmisión de información, y ello ofrece, a su vez, nuevas tecnologías que modifican el avance industrial de un país. Como dice NÉSTOR SAGÜES:

El problema que evidencia la última parte del siglo XX es que, con el auge de los sistemas computarizados, ese "derecho informático" genera un "poder informático" de dimensiones insospechadas. La capacidad de registro de las computadoras, la rapidez de consulta y de transferencia de datos y la cobertura de toda esa información genera para quien la posee o puede acceder a ella una fuerte dosis de poder (contar con información es, desde ya, contar con poder), que puede ser tanto de poder económico ("la información se compra y se vende, viaja de un lugar a otro sin que el interesado lo sepa") como poder político (ya que conocer minuciosamente la vida de los demás permite, en buena medida, regular controlar y vigilar su comportamiento⁵⁵.

Seguro estamos que en la medida en que iniciemos, desde la ciencia del Derecho, las reflexiones necesarias para crear conocimiento y conciencia, estaremos haciendo algo importante para las generaciones futuras.

54. Cuando en nuestro lenguaje cotidiano nos referimos a "sociedades industrializadas" o "desarrolladas" en contraposición a naciones sub-desarrolladas, o más elegantemente "naciones en vías de desarrollo" lo que quiere denotarse, allende a lo peyorativo con que muchas personas utilizan la noción, al grado de avance tecnológico, y ello se mide —a su vez— por el manejo de la información sobre la técnica.

55. Vid. SAGÜES(98), NÉSTOR: *Habeas Data, su desarrollo constitucional*, en *Lecturas constitucionales*, n° 33, pp. 88 y siguientes.