

ENSAYO JURÍDICO DE DERECHO INFORMATICO

LOS DATOS PERSONALES INFORMATIZADOS EN EL DERECHO PUBLICO FORANEO Y COLOMBIANO

Por:

Libardo Orlando Riascos Gómez

Doctor en Derecho

Lriascos@udenar.edu.co

2008

ABSTRACT

Esta investigación de derecho informático, estudia el concepto de datos o informaciones de las personas físicas, previsto en las Constituciones y legislaciones Norteamericanas, Europeas, Australianas y colombianas. De igual forma, se analiza jurídicamente los datos de la persona procesados mediante medios electrónicos, telemáticos o informáticos. Los datos electrónicos de la persona en el ámbito personal (salud, raza o etnia, sexo, religión, pensamiento filosófico, político, sindical, conocidos como datos del núcleo esencial de la intimidad o vida privada), social, familiar, económico, laboral; entre otros, son objeto de regulación normativa amplia, restringida o prohibida por los Estados del mundo. Hacer el análisis de esa normatividad es el objeto principal de este ensayo jurídico.

Palabras Claves: Dato, Información, Constitución, Legislación, base de datos, procedimiento e intimidad

ABSTRACT

This investigation of computer right, studies the concept of data or physical people's informations, foreseen in the Constitutions and North American, European, Australian and Colombian legislations. Of equal it forms, the person's data processed by means of electronic, telematic or computer means is analyzed legally. The person's electronic data in the personal environment (health, race or ethnos, sex, religion, philosophical, political, union thought, well-known as data of the essential nucleus of the intimacy or private life), social, family, economic, labor; among other, they are object of wide, restricted normative regulation or prohibited by the States of the world. To make the analysis of that normatividad is the main object of this juridical rehearsal.

Key words: Date, Information, Constitution, Legislation, database, procedure and intimacy

CONTENIDO

INTRODUCCION.

LOS DATOS PERSONALES INFORMATIZADOS EN EL DERECHO PUBLICO FORANEO Y COLOMBIANO

PARTE PRIMERA

DATOS PERSONALES, ESTADO E INFORMATICA I

1. CONCEPTUALIZACION DE LOS DATOS PERSONALES INFORMATIZADOS.
- 2.1. Conceptualización de los datos personales en las Constituciones Democráticas.
- 2.1.1 En la Constitución Portuguesa de 1976.

- 2.1.2 [En la Constitución Brasileña de 1988.](#)
 - 2.1.3 [En la Constitución Española de 1978.](#)
 - 2.1.4 [En la Constitución de la Comunidad Europea \(CE o UE\) de 1980.](#)
-

INTRODUCCION.

El ensayo jurídico, titulado: *Los datos personales informatizados en el Derecho Público Colombiano y foráneo*, constituye una investigación eminentemente bibliográfica, cuyas fuentes informativas se ubican no solamente en los anaqueles de las bibliotecas de las universidades, en forma de documentos escritos o tradicionales: libros, revistas, enciclopedias, folletos; en fin en cualesquiera publicación periódica sobre la materia; sino --y en honor a la esencia y fin de la presente investigación-- en los documentos electrónicos y/o informáticos, que se hallan en las llamadas “Universidades Virtuales”, como los que se consiguen a través de las diferentes manifestaciones de documentos electrónicos, tales como los Documentos EDI (“*Electronic Data Interchange*”), los mensajes de correos electrónico (“e-mail”), los foros de debate o grupos de discusión (“The Newsgroups”), las conferencias en tiempo real (“The Chat rooms”); y sobre todo, en las páginas electrónicas publicadas por las diferentes universidades del mundo, y en particular las universidades colombianas, a través de lo que se llaman las “World Wide Web” (“WWW”), cuya manifestación más idónea son los conocidos “hipertextos” (HTML: Hypertext Markup Language).

Esta nueva visión de obtener la información jurídica, para la elaboración de investigaciones socio-jurídicas, en nuestro caso, parte desde 1989, cuando estructuramos la cátedra de “Informática Jurídica”, fruto de la cual nació un primer ensayo que se realizó con el único propósito de complementar por escrito las clases verbales de la materia. El trabajo de cátedra, se llamó: Conferencias de Informática Jurídica para segundo y quinto año. Más tarde, cuando se eliminó del pensum académico la materia de Informática Jurídica por parte del Consejo de Facultad (1993), me propuse elaborar un pequeño libro que recogiera mis conferencias de aquella época y las nuevas experiencias bibliográficas y prácticas asimiladas en el transcurso del tiempo fuera del pensum académico. En 1995, escribimos el libro titulado: *La Constitución de 1991 y la Informática*, texto que por fortuna, la editorial de la Universidad de Nariño, publicó como texto para ser distribuido entre la comunidad universitaria del país y el extranjero, en el año de 1997. Este libro, hoy por hoy, se encuentra en las bibliotecas de la Universidad de Navarra, Lleida, Autónoma de Barcelona en España, la Embajada de Colombia en España, la Embajada de Colombia en la Unión Europea y Principado de Luxemburgo (Bruselas-Bélgica); entre otras, muy importantes. En todas ellas se ha dado testimonio fiel de la importancia del tema y la necesidad por parte de los abogados de profundizar en esta área del saber humano, con tal ahínco, que nadie desdeñe que hoy la información, y más aún el conocimiento, es más poder que nunca.

En todos estos trabajos hemos abordado diferentes temas que involucran a los “*datos personales informatizados*” o también conocidos “*datos de carácter personal*” tratados en forma “automatizada” o mediante medios de software o hardware electrónicos, informáticos o computarizados por expertos en sistemas o aparatos computacionales o sistémicos. Sin embargo, en la presente investigación nos proponemos enfocar el tema de los datos personales informatizados en forma concreta, tanto en la legislación, doctrina y jurisprudencia nativas como en el ámbito foráneo, principalmente en las legislaciones donde surgió por primera vez la temática; así como los Estados que partiendo de ese surgimiento, la potenciaron, desarrollaron y asimilaron en sus diferentes ordenamientos jurídicos específica o genéricamente. En efecto, la juridización de los datos de carácter personal informatizados comenzó en la *Ley Federal Alemana de Protección de datos de Enero de 1977 (LFAPD)*, que tuvo su origen en la “*Ley del Land de Hesse de Octubre de 1970*, primeras en regular todo lo atinente al tratamiento automatizado de datos personales que “utilizaban los servicios administrativos del Land” (Estado de la división político-administrativa germana) y de la Ley de la Renania-Palatina. Así

mismo, y con menor importancia a las anteriores, el tema surgió en la Ley Sueca de 11 de Mayo de 1973, conocida como la “Data Lag”.

La legislación universal posterior a estas, es prolífica al tratar el tema de los datos personales informatizados; unas, con carácter específico y aglutinante de varios Estados de la Unión Europea (UE), tales como: “*El Convenio de Europa para el Tratamiento de datos personales*” o también conocido como “*Convenio de Estrasburgo de Enero 28 de 1981*”; y más recientemente, las *Directivas de Comunidad Europea: 95/46/CE y 97/66/CE, del Parlamento y Consejo Europeo*, respectivamente. Ambas, sobre el tratamiento informatizado de datos personales y formas modernas de tele-transmisión de datos personales, a través de medios y tecnologías de comunicación e información sistematizados (que llamamos medios TIC). Otras legislaciones, con carácter específico y aplicable a cada Estado, son: *En España, la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, o LORTAD, L.0.5/92, Oct.29.*

En Australia, la “*Freedom to information Act*” de 1982, complementada por la “*Privacy and Data protection Bill*” de 1994. En Canadá, la “*Access to information Act*”, de 1980-1983; entre las más significativas.

La regulación jurídica de los datos personales informatizados en el Estado colombiano, se ubica entre las legislaciones genéricas con leyes dispersas que propenden por la protección de todo dato personal tratado por medios de software o hardware electrónicos o informatizados; así como por normas de rango constitucional, que específicamente regulan el tema de datos informatizados, “ficheros” o bancos de datos, procedimiento informatizado de datos y protección del “Habeas Data” (artículo 15, Inc 2, y parte in fine, Constitucional). En efecto, en el campo normativo colombiano que propenden por la protección de toda clase de datos personales, tanto de aquellos datos procesados manual o con medios TIC, encontramos los siguientes: El Decreto-Ley 01 de 1984, Parte Primera, Libro Primero, o *Código Contencioso Administrativo*; El llamado “*Estatuto de la Información*” de actos y documentos públicos (Ley 57 de 1985, julio 5); El Código Nacional de Policía (Decretos-leyes 1355-2055 de 1970, 522 de 1971 y demás normas reglamentarias); El Código de Penal de 1980; y, el Código Civil Colombiano

Con base en estas experiencias legislativas extranjeras y nativas, estructuramos nuestra investigación de la siguiente forma: Parte Primera: *Los Datos de carácter personal tratados por medios y técnicas electrónicas o informáticas*. En esta haremos una alusión introductoria de lo que entendemos por datos personales, elementos que integran dicha cognición, procedimiento de tratamiento de informatización de los mismos, y finalmente, los mecanismos legislativos y constitucionales de estructuración y protección de datos personales en el ámbito legislativo universal y patrio, tomando como punto de partida las legislaciones alemana, de la UE o CE, la española, australiana, canadiense; y por supuesto, la colombiana. En la Segunda Parte: *Mecanismos legislativos y Constitucionales de protección de los datos personales*. En primer término, tomaremos como referencia puntual, los estatutos normativos constitucionales en donde el tema de los datos personales informatizados ha tomado tal relevancia, que su institucionalización y protección se ha constitucionalizado, tal como ha ocurrido en Portugal, Brasil, España y Colombia. En segundo lugar, analizaremos en concreto algunos de esos mecanismos, y en particular nos adentraremos en los de índole colombiano y materializados en las acciones de tutela y cumplimiento y procedimientos policivos contravencionales que protegen los datos personales informatizados, a través del derecho a la intimidad previsto en el artículo 15, constitucional.

Este trabajo tiene; entre otros fines investigativos, el de servir de plataforma de discusión, enseñanza y proyecto de clarificación de los temas correlativos a los derechos fundamentales de acceso a la información pública y privada, el derecho a la intimidad (que subsume los derechos del “buen nombre” y la “propia imagen”, que en España se hallan separados), el derecho de habeas data (con relativa autonomía del anterior: Sentencia T-414, Junio 16/92; T-

512, Sep.9 de 1992; y, T-022-92, Enero 29, o como derecho autónomo pleno: C-114-93, Marzo 25, Corte Constitucional), el de identidad y el de la personalidad, que se hallan íntimamente relacionados con el tema de los datos personales tratados con medios o tecnologías TIC o informatizadas, o como parcialmente lo ha reconocido la Corte Constitucional, al decir que se hallan ligados los contenidos de los derechos fundamentales de la intimidad, información y habeas data (Sent.033 de Feb.8 de 1993). Adicionalmente, propugna por brindar luces a los legisladores que de tiempo atrás vienen tocando el tema de los datos personales informatizados, cara a regular su institucionalización y protección legislativa en estatutos normativos específicos, tal como ha sucedido, en vía de ejemplo: El último proyecto de Ley 127/1993, que cursó en el Parlamento y “por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el ejercicio, de la actividad de recolección, manejo, conservación y divulgación de información comercial”, fue declarado inconstitucional por parte de la Corte Constitucional (Sent. T-095/1995, de 17 de Enero), por vicios de forma, al no haberse conformado el quórum decisorio en el Congreso para votar proyectos de Ley Estatutaria, que regulan derechos fundamentales como el “derecho de habeas data”. En cuanto al contenido, el proyecto sostenía protuberantes fallas, tales como: Enmascarar la regulación del tratamiento informatizado de datos personales generales, en la regulación específica de los datos personales de carácter económico, con lo cual, además de extralimitar los parámetros constitucionales y legales sobre la materia, se incurría en una evidente falta de unidad temática del contenido y violación de la reserva legal sobre la materia regulada. Con base en dicho solapamiento temático del proyecto, salen en cascada los defectos que violan el contenido esencial del habeas data y derecho a la intimidad, pues se regulaba, sobre aquello que la doctrina, jurisprudencia y legislación universal ha proscrito de reglamentarlo como son los datos del núcleo esencial de la “privacy”; y en el evento exceptivo de hacerlo, con precisas y excepciones *numerus clausus*; y en fin, otros aspectos que a apuntaremos en la investigación.

Este proyecto de ley retomaba algunos conceptos e instituciones jurídicas previstas en el Reglamento de la Asociación Bancaria y de entidades financieras de Colombia -- ASOBANCA-- , aprobado por su Junta Directiva, el 23 de Marzo de 1995 y que rige actualmente para el sector bancario y financiero y cuenta con una Central de Información -- CIFIN-- , como un servicio privado, de interés público, de información del sistema financiero colombiano. Esta formado por las bases de datos de carácter personal económico que la Junta Directiva estime necesario para servir a las instituciones usuarias como un elemento de juicio por considerar en la evaluación de riesgo de los negocios financieros y operaciones activas de crédito que celebren con sus clientes, según se lee en el texto del Reglamento citado.

PARTE PRIMERA

LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL TRATADOS POR MEDIOS Y TÉCNICAS ELECTRÓNICAS Y/O INFORMÁTICAS

1. DATOS PERSONALES, ESTADO E INFORMATICA.

Hoy por hoy, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho de acceso a la información, el derecho a la honra y el honor, el derecho de habeas data, el derecho de la personalidad, todos ellos íntimamente ligados en la conceptualización de los llamados *datos personales* o *datos de carácter personal*; así como el conjunto de derechos y libertades fundamentales elevados a rango constitucional en la mayoría de Constituciones democráticas de los Estados Sociales de Derecho en las llamadas *sociedades informatizadas* de finales del siglo XX y principios del s.XXI, han recibido un importante como cualificado soplo revitalizado devenido precisamente por el constante como permanente procedimiento evolutivo de su misma conceptualización.

Para el conjunto de los mencionados derechos fundamentales, pero particularmente para el derecho a la intimidad, tal como lo hemos demostrado en otra investigación ^[1], ese soplo impulsor; para la gran mayoría, o de efecto de grave peligrosidad, para otros, está dominado por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), a través de los medios y

aplicaciones computarizados: electrónicos y telemáticos, en el ámbito del derecho público ha generado un fructífero discurso constitucional que pretende demostrar; por un lado, la comprobación de la teoría de escindencia de nuevos derechos fundamentales, a partir de las visiones, facetas o bastiones preexistentes de otros derechos constitucionales de igual estirpe, tal como le sucede, en la doctrina y jurisprudencia ius-publicista españolas al interpretar el artículo 18.4 CE, referente al derecho de la intimidad y la tutela de la inviolabilidad de la persona humana por el “*uso de la informática*” como visión ius-tecnológica de aquél y; de otro lado, la corroboración de dicha visión o faceta del derecho a la intimidad, sin necesidad de engendrar uno nuevo a partir de ésta y con el consiguiente resultado de protección del ser humano con derechos fundamentales integrales que muestran su porosidad a todos los cambios sociales, políticos, culturales, científicos y sobre todo, de índole tecnológica, como los TIC que en términos de *Ethain Katsch*,^[2] proyectan en esta civilización de la información fuertes impactos en nuestra actual *cultura electrónica*, tal como lo hizo en su momento histórico la cultura tradicional de la escritura y la imprenta.

En este último sentido el derecho a la intimidad (o *The Right to Privacy* anglosajón) es un derecho integral con diferentes facetas devenidos de los diversos cambios, el último producido en la sociedad informatizada por las nuevas tecnologías TIC y la informática. Así, en la Constitución Española (artículo 18 CE) y en la Constitución Colombiana de 1991 (artículo 15), como en el Código Penal Español de 1995 que tutelan el derecho a la intimidad personal y familiar y sus principales facetas o bastiones.

Qué duda cabe, que esta investigación socio-jurídica, por lo expuesto constituya un ensayo constitucional que apunta por la integralidad de los derechos fundamentales, a partir de esa cualidad o característica de alta porosidad que identifica a los derechos constitucionales denominados de “*tercera generación*” no por engendrar nuevos derechos, entre otras razones, al abrigo de las *liberties pollution* sino por presentar a los derechos preexistentes de una forma nueva, remozados, transformados en su aspecto, a través de su enriquecimiento visional. La visión ius-informática de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad, es una nueva visión o faceta de aquél derecho que ha sido posible por la permeabilidad y asimilación frente a los nuevos fenómenos tecnológicos TIC y la informática. El nexo lógico del *ius* (o jus) con la informática, crea la *ius-informática* como una mixtura posibilitada desde el momento mismo en que los juristas como *Lee Loeviger* en 1949, evidenció las ventajas de la ciencia del tratamiento lógico y concatenado de la información con fines preestablecidos (informática) aplicada al derecho. Luego, la Jurimetría sienta las bases de dicho nexo en la obra: *Jurimetrics: The next step forward*, y así en lo sucesivo se inauguró la imparable anexión del derecho y la informática, hasta concebir hoy en día el *Derecho Informático* sostenido por *Davara*^[3] en España y *Giraldo Angel*^[4], en nuestro país. Quizá por esto, los juristas comenzaron a estar cada día más comprometidos con la potenciación de ese nexo, pese o gracias a aquello. En esta investigación potenciamos dicho nexo.

El Derecho a la intimidad en las Constituciones democráticas de la segunda mitad del presente siglo, ha sido considerado como un derecho fundamental del ser humano que hunde sus raíces en valores constitucionales como la dignidad humana, el respeto mutuo, el libre desarrollo de la personalidad y en el conjunto de principios y atribuciones que definen a la persona en nuestra sociedad actual y hacen parte de lo que hoy constituye un Estado Social de Derecho. Así se plasma en las Constituciones de España de 28 de Diciembre de 1978, artículo 18 (CE) y en la Constitución Política de Colombia de 7 de Julio de 1991, artículo 15 Constitucional.

La proceso de evolución conceptual, tanto de la intimidad, como de los actuales derechos fundamentales y del Estado mismo, --a riesgo decir un pleonasma-- son fruto de una incesante e inacabada teorización basada en las prácticas, usos, costumbres y regulaciones normativas de los diferentes pueblos de la tierra y, por su puesto, del trabajo intelectual de la doctrina y jurisprudencia ius-universales. Por eso, *ad portas* del siglo XXI, hemos decantado al derecho de

la intimidad personal y familiar como un derecho fundamental de la persona humana, elevado a rango constitucional como derecho autónomo pero limitado por otros derechos de igual jerarquía, por el ordenamiento jurídico y por una serie de intereses, valores y principios igualmente constitucionales; pero por sobre todo, se ha considerado también al derecho a la intimidad como un derecho digno de excelsa protección por parte del Estado y de los particulares mismos, ante los pluriofensivos riesgos jurídico-tradicionales así como los devenidos recientemente por los avances tecnológicos de la información y la comunicación (conocidos en las ciencias de la comunicación, como fenómeno TIC [\[4 a\]](#)) unidos a los porosos, penetrantes y complejos desarrollos de la informática, electrónica y telemática [\[5\]](#).

La informática [\[6\]](#), se ha entendido, como la capacidad potenciada con medios informáticos, electrónicos y telemáticos (v.gr. elementos, aparatos y sistemas computacionales y de comunicación electrónica: la telemática y la multimedia) utilizados en el tratamiento lógico o mediante sistemas de tratamiento de **Entrada** (E: *Input*) o **Salida** (S: *Output*) de cualquier cantidad o clase de información [\[7\]](#) generada por el ser humano en sus diversas actividades o profesiones. Información, en tanto en cuanto, sea considerada como un bien con valor económico [\[8\]](#), social y jurídico y sea posible transferirla (emitir y recepcionar) de un lugar geográfico a otro, a velocidades, con equipos y formatos eléctricos y electrónicos (comunicación por cable y electrónica [\[9\]](#), telemática y multimedia [\[10\]](#)) y posean una finalidad y objetivos predeterminados.

La informática jurídica o *iusinformática*, hace referencia al tratamiento lógico, con soportes, equipos y medios eléctricos y electrónicos de la información o datos generados por el hombre en el ámbito social y jurídico.

La ius-informática es entonces, una parte especializada de carácter académico y sectorial de la informática general que día a día cobra capital importancia, porque a ella hay que referirse en la aplicabilidad de una coherente técnica legislativa con los nuevos fenómenos tecnológicos TIC y la informática tales; entre otros, como: a) En la regulación de los derechos y obligaciones consecuentes de la creación, distribución, explotación y/o utilización del hardware y software, con su protección en los derechos de propiedad industrial o en los propiedad intelectual; b) En la regulación de los derechos y obligaciones de los creadores, distribuidores y usuarios de bases de datos jurídicos (o “*ficheros*”, según la terminología francesa y española); c) En la contratación de bienes y servicios informáticos; d) En las “Leyes protectoras de Datos Personales” y la potencial no sólo agresividad, sino defensabilidad que representa, según el caso la informática; e) La estructuración y regulación normativa de los denominados “delitos informáticos” [\[11\]](#); f) la regulación del ejercicio, protección y garantía de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana (“el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, artículo 18.4 CE); y g) La regulación de los derechos estructurales del derecho de *habeas Data* (acceso, actualización, rectificación y cancelación), posteriores a los derechos de notificación e información (“derecho a conocer”) que ostenta el titular de los datos que le conciernen en un sistema de tratamiento (recolección, almacenamiento, registro, conservación y “circulación de datos”) informatizado y aplicable al conjunto de derechos y libertades fundamentales previstos en la Constitución Colombiana, la Portuguesa y la Constitución del Brasil.

2. CONCEPTUALIZACION DE LOS DATOS PERSONALES INFORMATIZADOS.

Para abordar el tema, debemos partir de los lineamientos legislativos que se ha decantado por años en las legislaciones y constituciones universales, puesto que hay que reconocer que

nuestro ordenamiento jurídico como la misma Constitución colombianas, y sobre todo esta última, apenas en 1991, ha constitucionalizado tanto el derecho a la intimidad, el de la información, el habeas data y el de la personalidad, pese a que legislativamente los dos primeros derechos si tenían amplia como dispersa regulación en la ley colombiana, con carácter preconstitucional al abrigo de la fenecida como Centenaria Constitución de 1886, tal como tendremos oportunidad de demostrarlo.

2.1. CONCEPTUALIZACION DE DATOS PERSONALES EN LAS CONSTITUCIONES DEMOCRATICAS.

2.1. 1. EN LA CONSTITUCION PORTUGUESA DE 1976.

La Constitución Portuguesa de 1976, en El Título II, Sobre los “*Dereitos, Libertades e garantias*”, especifica en el Capítulo Primero, la “*Utilização da informática*”(artículo 35). Por la ubicación formal y sistemática del citado artículo se deduce que el derecho de habeas data como la limitación al uso de la informática se aplica al conjunto de derechos y libertades, considerados como fundamentales, entre los que están el derecho a la intimidad y el de información. El mentado artículo constaba de tres numerales que fueron reformados por la Ley Constitucional Núm. 1/1982, aunque el espíritu y gran parte del texto de aquella se mantuvo.

La traducción literal y jurídica del artículo ^[12], expresa:

35-1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a tener conocimiento de lo que consta en forma de registros informáticos que les conciernen y de la finalidad a la que se destinan esas informaciones (datos o registros), y podrá exigir, llegado el caso, la rectificación de los datos, así como su actualización.

35-2. Esta prohibido el acceso de terceros a los ficheros (o banco de datos) con datos personales o a la respectiva interconexión de aquellos, a través de los flujos transfronterizos, salvo en las casos exceptuados en la ley (Inciso nuevo).

35.3 La informática no podrá ser utilizada para el tratamiento de datos referentes a las convicciones filosóficas o políticas, a la filiación partidista o sindical, a la fe religiosa o la vida privada, salvo cuando se trata de procesamiento de datos no identificables individualmente para fines estadísticos.

35-4. La ley definirá el concepto de datos personales para efectos de registro informático (nuevo).

35-5. Se prohíbe la atribución de un número nacional único a los ciudadanos.

Muy a pesar de que la Constitución difiere a la ley, el concepto de datos personales, para los efectos del registro informático, según la reforma constitucional de 1982, el artículo 35 desde su primigenia expedición ya suministra las bases para su conceptualización. En efecto, se entiende entonces que los datos personales procesados por medios, técnicas y procedimientos electrónicos o informáticos, concernientes a una persona natural o física, son objeto de recolección, almacenamiento, procesamiento, utilización, rectificación, transmisión o teletransmisión nacional o transfronteriza, siempre que no este prohibido o se trate de datos personales referidos a la convicción política, filosófica, a la filiación política y sindical, a la fe religiosa o a la vida privada, salvo que dichos datos no hayan sido sometidos a proceso de identificación o individualización, vale decir, hayan sido socializados para efectos estadísticos.

Se deduce también de la norma constitucional que existen datos personales generales de libre tratamiento y procesamiento informatizado y, otros datos personales sensibles atinentes a la persona humana que sólo por excepción pueden ser sometidos a tratamiento informatizado por medios y técnicas electrónicas e informáticas, desde su recolección hasta su tele-transmisión.

En unos y otros, todo ciudadano tienen derecho a conocer los datos personales informatizados o “registros informáticos” que le conciernen, pero se prohíbe a terceros el libre e incontrolado acceso a los bancos de datos personales (o “ficheros”), así como su interconexión o tele-transmisión nacional o internacional a través de flujos transfronterizos.

Finalmente, constitucionalmente se prohíbe la asignación de un número nacional único a los ciudadanos, a los efectos del tratamiento informatizado que pueda brindársele a esta clase de datos personales sensibles o esenciales de la persona humana.

2.1.2. EN LA CONSTITUCION BRASILEÑA DE 1988.

La Constitución brasileña de 1988, incorporó en su texto el derecho de *habeas data* que inicialmente sólo se atribuía al derecho que tenía toda persona para acceder a la información que le concernía al considerarse “una modalidad de acción exhibitoria análoga a la del *habeas corpus*” ^[13]. Hoy en día, la estructuración y ampliación del contenido de aquél derecho, conlleva a extender las facultades iniciales de dicho derecho a otras, tales como los de actualización (o la puesta al día --el “*up date*” anglosajón-- de los datos), rectificación y cancelación de los datos personales que le conciernen a una persona, sí los datos fueron inexactos, incompletos o ilegales.

El ciudadano brasileño, con base en el texto constitucional, puede válidamente tener derecho no sólo al simple acceso a la información o datos personales que le concierne, cualquiera sea el soporte en el que se encuentre (documento escrito, fílmico, audio-visual, de sonido, o la mezcla de los anteriores: documento electrónico y/o informático o telemático), sea público o privado; sino --y es lo más importante-- a poder solicitar su revisión, actualización, rectificación, bloqueo o cancelación de la información si estos datos no se ajustarán a los suministrados personalmente o hayan sido recolectados oficiosamente por el Estado, con autorización expresa y escrita del titular. En efecto, el derecho de *habeas data*, según la Constitución Brasileña, es complejo, porque abarca las diferentes etapas de procesamiento de la información o datos personales que van desde la recolección y acceso hasta la rectificación, actualización y cancelación de la misma.

En tal virtud, los datos personales constituyen una información de carácter particular que le pertenece a él mismo, salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley. Sobre estos datos el ciudadano tiene todos los derechos constitutivos del derecho de *habeas data*.

2.1.3. EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA (CE) DE 1978

El artículo 18-4 CE, se ha considerado el fundamento constitucional garantista del Estado Español, cuando se trata de derivar el cúmulo de derechos fundamentales que tienen que ser protegidos contra cualquier agresión efectiva o potencial que pueda ocasionarse tras “*el uso de la informática*”. Por ello, en forma explícita y terminante la Constitución de la España Europea, prevé 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 efecto, la ley se dictó quince años después de la expedición de la Constitución: La Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, L.O. 5/1992, Oct.29, conocida como la LORTAD, entró en vigor el 31 de Enero de 1993. Hoy en día, esta ley clama reformas de forma y de fondo, tal como lo sostuvimos en su oportunidad ^[14].

La LORTAD, pese a regular el fenómeno informático, las etapas del procedimiento de informatización de los datos personales, así como relacionar los derechos-deberes y recursos empleados por toda persona en el transcurso de procedimiento informatizado, no es en estricto rigor jurídico una “*Ley Española de informática*”, como lo sostiene Fairen Guillen ^[15], ni tampoco es una ley orgánica que regula en forma plena el tratamiento informatizado de datos

personales de titularidad pública y de titularidad privada, pues además de las excepciones *numerus clausus*, [es decir, que el régimen de la LORTAD no se aplica a: 1) Ficheros de titularidad pública; 2) Ficheros de titularidad particular; 3) Ficheros de información tecnológica o comercial; 4) Ficheros de informática jurídica accesibles al público en la medida en que se limiten a reproducir disposiciones o resoluciones judiciales publicadas en periódicos o repertorios oficiales; y, 5) A los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos e iglesias, confesiones y comunidades religiosas en cuanto los datos se refieran a sus asociados o miembros y ex miembros] a que deja por fuera de su regulación ciertos tipos, categorías y clasificaciones de procedimientos informatizados, hace mayor incapie en el tratamiento informatizado de datos de carácter particular.

La LORTAD es una ley que persigue inicialmente la protección de la trilogía de derechos previstos en el artículo 18.4 CE: el honor, la intimidad y la propia imagen “y el pleno ejercicio de sus derechos”. Luego, en el contexto de la ley se hace énfasis en la protección del derecho a la intimidad, por considerarlo el más vulnerable dentro del tratamiento informatizado de datos, pese a que en la praxis de nuestra *sociedad informatizada*, los nuevos fenómenos tecnológicos TIC y la informática, tienen como características su alta porosidad y penetrabilidad en todos los sectores de la vida humana. Sin embargo este énfasis de la LORTAD, es explicable pues por herencia temática, las anteriores leyes protectoras de datos desde las estatales de las décadas de los 70’s y 80’s, así como las normas internacionales (La Resolución de la OCDE de 1980) y las comunitarias europeas (Convenio 108/1981), concibieron sus leyes garantistas teniendo como núcleo el derecho a la intimidad, llamándolo indistintamente “*privacy*”, “*vida privada*”, “*privacidad*”, etc. Más aún, las nuevas leyes comunitarias europeas protectoras de los titulares de datos personales, como veremos, en forma expresa dirigen el ámbito garantista en forma casi exclusiva y excluyente hacia el derecho de la intimidad (Directiva 95/46/CE, Directiva 97/66/CE).

En el ámbito de la LORTAD, la protección enfatizada del derecho a la intimidad (o de la “*privacidad*”, según *Heredero Higuera y González Navarro*, aún cuando sólo en la Exposición de Motivos de la LORTAD y no en el texto de la norma jurídica se hace la distinción entre la “*privacidad*” y la Intimidad” ^[16]). Distinción y alcances conceptuales que defiende *González Navarro* ^[17] se plasma en el contexto de la norma jurídica, y sobre todo en la circunstancia de que el derecho a la intimidad es la principal fuente de inspiración del texto garantista de los demás derechos y libertades fundamentales que persigue proteger la LORTAD en todo tratamiento informatizado de datos, tal como lo revela un sector de la doctrina ibérica ^[18].

Pese a ello, la LORTAD, en desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución, tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el *pleno ejercicio de sus derechos* (artículo 1); vale decir, del conjunto de derechos y libertades fundamentales previstos en la Constitución Española de 1978, aunque tanto en la praxis como en la teoría siga pesando el esquema de protección de la intimidad a través de las leyes protectoras de datos personales, y por su puesto, en la LORTAD.

Con los antecedentes legislativos europeos (Alemania, Suiza, Francia, etc.) y comunitarios (básicamente de la Recomendación de la OCDE de 1980 y el Convenio Europeo de 1981), el Estado Español introdujo en su ordenamiento jurídico, una legislación homogénea, pero no plena en el tratamiento (informatizado o no) de datos de carácter personal de titularidad pública o de titularidad privada, con cierto retraso frente a la legislación estatal europea existente sobre la materia y sobre todo, con los avances tecnológicos del fenómeno TIC e informática (como lo demuestran GONZALEZ NAVARRO y CASTELLS ARTECHE), que se concretó en la L.O.

5/1992, de 29 de Octubre conocida como LORTAD. Retraso morigerado, según se ha sostenido porque desde 1984, se conocía “*un conjunto de normas heterogéneas que no siempre distinguían entre ficheros automatizados y ficheros convencionales*”^[19] y porque en nuestro criterio, se aplicaba teóricamente la Ley Orgánica núm. 1 de 5 de Mayo de 1982, relativa a la protección civil de los derechos del honor, la intimidad y el propia imagen, como norma jurídica subsidiaria en todos los asuntos relacionados con las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática (Disposición Primera Transitoria).

Este antecedente referencial legislativo, condujo a la LORTAD, a decantar y mejorar varias definiciones técnico-jurídicas aplicables al tratamiento informatizado de datos personales y la estructuración de procedimientos técnicos informáticos, a fin de hacerlas más inteligibles al operador jurídico, pero principalmente al juzgador que debe aplicar e interpretar la norma jurídica. Estas definiciones son: a) Datos de carácter personal, b) Fichero automatizado, c) Tratamiento de datos, d) Responsable del fichero, e) Afectado, y f) Procedimiento de disociación (artículo 3-a) a f),).

Datos de carácter personal o simplemente datos personales, se considera cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Esta definición es idéntica a la prevista en el Convenio de 1981, por ello son válidas las observaciones realizadas en aquél aparte. Sin embargo, la LORTAD incluye entre sus definiciones la de “afectado”, para indicar que se trata de una persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento informatizado, con lo cual abunda sin necesidad sobre el concepto de persona física (identificada o identificable) con el *inri* de que dicha persona no es en *strictu sensu* un *afectado*, sino un interesado, o mejor aún el titular de los datos personales o concernido en un tratamiento o procedimiento informatizado que tiene derechos y también deberes, no simplemente obligaciones o cargas como sugiere el concepto afectado. El titular de datos personales o interesado, contextualiza la idea de toda persona que tiene derechos subjetivos sobre la información relativa a sí misma, aún cuando tal información haya sido reunida por otras personas. Esta visión no sería posible si le antepone el calificativo de afectado para referirnos a esa misma persona.

Pero en lo que más destaca la LORTAD, dentro de este aparte de definiciones es en los conceptos de “*tratamiento de datos*” informatizado y de “*fichero automatizado*” que el Convenio Europeo de 1981, había definido en forma general y sujeto a interpretaciones flexibles del operador jurídico con claras deficiencias, tal como se anotó puntualmente, sobre todo respecto al que llamó “*tratamiento automatizado*” de datos, excluyendo expresamente el tratamiento no informatizado de datos.

En efecto, la LORTAD, al definir Tratamiento de datos a las *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*, extiende el tratamiento a todo procedimiento técnico no informatizado y estructura el procedimiento de datos personales, a través de un *iter* compuesto de etapas o fases que encadenadas por un tratamiento informático, vale decir, con soportes y medios informáticos, electrónicos o telemáticos se dirigen a producir un dato informatizado, con el cual los responsables de la gestión, los titulares de los datos o los usuarios puedan desarrollar cualquier acción jurídico-técnica posible. v.gr. grabación, almacenamiento, bloqueo o interconexión. La definición de tratamiento de datos, destaca el *iter* informático que en su conjunto produce un proceso de igual carácter, es decir, un proceso informatizado de datos compuesto de fases o etapas, tales como las iniciales, de desarrollo y terminación. Estas fases, se estructuran con base en los principios fundamentales de la protección de los titulares de los datos personales.

Por su parte, al definir los “*ficheros automatizados*”, como *todo conjunto organizado de datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso*, excluye expresamente el concepto de ficheros convencionales, manuales o no informatizados (En términos de GONZALEZ NAVARRO), con lo cual se establece una contradicción conceptual con la de tratamiento de datos que incluye a los procedimientos técnicos informatizados y no informatizados. Sin embargo, se ha de interpretar que dicha definición no excluye sino que hace énfasis en el concepto técnico-jurídico de “*automatizado*” (o, mejor informatizado) y que algunos “*usos*” de los ficheros no informatizados se consideran incluidos, puesto que el ámbito de aplicación de la LORTAD, se extiende a los ficheros automatizados y no automatizados del sector público y privado, siempre que estén registrados en soportes físico compatible de tratamiento automatizado (artículo 2).

En las definiciones anteriores se exaltan las etapas o fases del tratamiento informatizado de datos personales que conforman un procedimiento *ibídem*. En efecto, se destaca las fases de recolección, almacenamiento, registro, conservación y la comunicación (Emisión/transmisión y cesión) de datos personales. En tanto, que las acciones informáticas de revisión, actualización, rectificación, bloqueo y cancelación son originadas tras el ejercicio del derecho de información y acceso que tiene toda persona concernida con datos personales; vale decir, tras el ejercicio del derecho de *habeas data*.

Por ello,

“la Ley introduce el concepto de tratamiento de datos, concibiendo los ficheros desde una perspectiva dinámica; dicho en otros términos, no los entiende sólo como un mero depósito de datos, sino también, y sobre todo, como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados y que son susceptibles, si llegasen a conectarse entre sí, de configurar el perfil personal al que antes se hizo referencia” (Exposición de Motivos de la LORTAD).

El *Responsable del fichero*, se considera a la *persona física, jurídica de naturaleza pública o privada y órgano administrativo que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento*. En esencia, contiene los elementos de la definición inmersos en el concepto de “*autoridad controladora del fichero*”, previsto en el Convenio Europeo de 1981, con la diferencia que en éste se especifican las funciones decisorias acerca de cuáles categorías de datos de carácter personal deberán registrarse y cuáles operaciones se les aplicarán a los ficheros, en tanto que la LORTAD, engloba y amplía el radio de acción, al expresar que dichas decisiones se extienden a “*los contenidos y usos del tratamiento*” y no simplemente de los ficheros, en particular.

Efectivamente, como lo sostiene el profesor *González Navarro*, aparte de los dos sujetos (titular de los datos y el responsable del fichero), en el tratamiento de datos puede intervenir un tercer sujeto que es “*el contratista o comisionista*” que presta sus servicios de tratamiento informatizado de datos personales dentro de un procedimiento *ibídem* (artículo 27). Por su parte, la Ley Federal alemana de protección de datos personales (LFADP) extiende los efectos del principio de responsabilidad en el tratamiento de datos de los denominados “*responsables del fichero*” a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas que actúan como terceros en el mismo (v.gr. Oficinas de servicios informáticos), tanto de los deberes-derechos que estos tienen, como de las sanciones y la obligación de guardar la confidencialidad de los datos.

De otra parte, se considera *procedimiento de disociación*, a *todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona determinada o determinable*. Este derecho-garantía para el titular de los datos personales y el Estado que debe regular, el tratamiento, uso y utilización de los mismos conforme a derecho,

tiene aplicación práctica, así: En la distinción de *dato anónimo* ^[20] y “*dato reservado*”^[21], comúnmente empleado en las normas jurídico-penales y iusadministrativistas españolas. En efecto, a pesar de ser ambos datos de carácter personal, pregonables de una persona física, se diferencian en que éste último se predica única y exclusivamente de una persona identificada o identificable, so pena de desvirtuarse, y más aún, no haber existido, si alguna vez eso ocurrió. Tal es el caso, en el ámbito penal y más concretamente al referirse a los delitos contra la intimidad en el título X, Libro II del C.P.Esp., de 1995. Igualmente, en el ámbito administrativo, al referirse a las infracciones al tratamiento informatizado de datos previsto en la LORTAD (arts. 42 y 43).

De igual manera, tiene la aplicabilidad práctica el procedimiento de disociación cuando se refiere a los datos anónimos, a los efectos de hacerles perder la determinabilidad de una persona humana a la que le conciernen los datos de carácter personales. p.e., en los datos estadísticos, históricos, científicos, etc.

2.1.4. EN LA CONSTITUCION EUROPEA DE 1980

En estricto rigor jurídico, no existe una Constitución Europea como tal, muy a pesar de que europeístas como el profesor alemán de la Universidad de MÜSTER, Martín Seidel, sienta las bases teóricas para ver una Europa con “una sola Constitución”, que estipule un *minimum* de garantías sociales, individuales y multiactivas de ese gran grupo humano identificados en varios aspectos, tales como los heredoculturales, idiomáticos, de folklore, pues hoy por hoy, ya hay consenso en aspectos socio-económicos, jurídicos, legislativos, de justicia comunitaria e incluso en planes de desarrollo científico y tecnológico en lo que se conoce como la “Unión Europea” (UE), surgida en la vieja “Comunidad Económica Europea” de la segunda post-guerra mundial ^[22].

Con base en estas consideraciones, a los efectos de esta investigación consideramos, que el “Convenio de Estrasburgo” o “Convenio de Europa”, acordado por el conjunto de Estados europeos de la UE, en Enero 28 de 1981, relativo a la *protección de las personas en relación con el tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, constituye junto a las Recomendaciones del Consejo de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE, creado en 1948, como organización de cooperación preferente económica entre los Estados Europeos, EE.UU., Canadá, Japón, Finlandia, Australia y Nueva Zelanda) de Septiembre de 1980, por la cual *se formulan directrices en relación con el flujo internacional de datos personales y la protección de la intimidad y las libertades fundamentales*; así como las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE, del Parlamento y Consejo Europeo, relativos *al tratamiento y circulación de datos personales, la transmisión electrónica o telemática de datos y la protección al derecho a la intimidad*, conforman, lo que bien podríamos llamar

la Constitución Europea relativa a los datos personales procesados por medios, técnicas y procedimientos informatizados, electrónicos o telemáticos.

2.1.4.1. Directrices de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), sobre los Datos de carácter personal.

Entre las directrices relativas a los datos de carácter personal informatizados, propuso las atinentes a las siguientes definiciones básicas:

Los *Datos de carácter personal*, o simplemente datos personales, se considera cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable --o también interesado. Las directivas se aplicarán tanto a los datos personales en el sector público como en el sector privado, siempre que acarreen un peligro para la intimidad y las Libertades individuales, a causa de la manera en que fueren elaborados o por razón de su naturaleza o del contexto en que fueren usados. En esta aplicación deberá observarse: a) las medidas de protección a las diversas clases de datos tanto en la obtención, almacenamiento, elaboración o difusión. b) que

no se excluyen ni siquiera datos de carácter personal que de manera manifiesta no ofrecieren riesgo alguno para la intimidad y las libertades individuales [\[23 \]](#), y c) que no se limitará la aplicación de las directrices a la “elaboración automática” de datos personales (R.3).

Los *flujos internacionales de datos de carácter personal*, se consideran a los movimientos de datos de carácter personal a través de las fronteras nacionales (R.1-c).

Aunque hace referencia a los flujos internacionales, las directrices no tienen en cuenta problemas hacia el interior de los Estados Federales. Los movimientos de datos tendrán lugar a menudo mediante la transmisión electrónica, pero también pueden servirse de otros medios de transmisión, así como por vía satélite.

2.1.4.2. El Convenio de Estrasburgo o Europeo de 1981, sobre los Datos personales informatizados.

El Convenio Europeo de 1981, regulador de los Datos Personales informatizados, retomando las directrices plasmadas en las Recomendaciones de la OCDE, estipuló una serie de definiciones básicas del procedimiento informatizado y/o manual de datos de carácter personal.

Una armonización legislativa internacional en los Estados Europeos sobre la protección de los datos personales sometidos a tratamiento informatizado por medios idóneos, constituía la aspiración capital del Convenio 108 del Consejo de Europa de 28 de Enero de 1981. Esto es lo que se pretendió con el Convenio de Estrasburgo, y en efecto se logró. El Convenio Europeo de 1981, como también se le conoce, relativo a la *protección de personas en relación con el tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, fue ratificado por España el 27 de Enero de 1984, con lo cual a partir de allí perteneció a los Estados con leyes de protección de datos de la *segunda generación*. Este texto, aparte de constituir norma jurídica de derecho interno en España, por el ingreso al ordenamiento jurídico (artículo 96.1 CE) y ser un eficaz instrumento de interpretación de los derechos humanos, en lo referente al “uso de la informática” (STC 254/1993, de 20 de Julio), ha servido de modelo normativo (en forma y contenido no muy fiel, como veremos) a la *Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal española --LORTAD--*: L.O.5/1992, Oct. 29 [\[24\]](#).

En el Preámbulo del Convenio de Estrasburgo, se establecen las líneas directrices y programáticas para todos los Estados Miembros del Consejo de Europa, así como las posturas jurídicas a observar por los dichos Estados, respecto a la protección de los derechos y libertades fundamentales, en general, y al derecho a la intimidad (aunque conceptualmente se refiera a “*la vida privada*”), en especial. Esta particularidad ha hecho que la protección en el tratamiento informatizado de datos personales sea inmediatamente identificada en su vulnerabilidad con el derecho a la intimidad, tal como lo hicieran otras normas comunitarias y estatales de protección de datos. Así mismo se confirmó varios postulados y principios previstos en la Recomendación de la OCDE de 1980, pero especialmente sobre la *Libre circulación de datos, la libertad de información y la conciliación y respeto mutuo de derechos y libertades fundamentales*.

Muy a pesar de que el preámbulo en todo cuerpo normativo tiene efectos materiales y jurídicos vinculantes sobre el contexto o articulado, el Convenio prefirió pasar de reiterativo y volvió a plasmar estas directrices en forma resumida en el artículo primero, confirmando con ello la protección en el tratamiento informatizado de datos personales de todos los derechos, libertades públicas e intereses legítimos, no única y exclusivamente el derecho a la intimidad.

El Convenio definió los siguientes términos nucleares en todo tratamiento informatizado de los datos: Datos personales, persona identificable, interesado, “fichero automatizado”, “tratamiento automatizado” y “autoridad controladora”, entre otros.

Los datos de carácter personal (o datos personales), se consideran cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable ("persona concernida", como insiste el Convenio).

Se deduce de esta definición, que el concepto de *persona concernida*, a los efectos de determinar de identificación dentro de un procedimiento informatizado de datos, no solamente abarca los rasgos de identificación de la persona de carácter jurídico (como los registros de nacimiento, médico, etc, documento de identificación personal v.gr. Documento Nacional de Identidad DNI en España o Documento de Identidad Nacional DIN o Cédula de ciudadanía en Colombia, Pasaportes, etc), sino también de carácter físico interno v.gr. exámenes de sanguíneos, de líquidos humanos diferentes a la sangre (semen, orina, etc.), exámenes morfológicos (color de piel, facial, dentales, ópticos, de estatura, etc); o de carácter físico externo, con fotografías y huellas humanas y/o tecnológicas (códigos, password o firmas digitalizadas). Estas huellas, se consideran como rasgos diferenciadores de una persona humana de carácter morfológico o tecnológico con incidencia jurídica.

Esta identificación del ser humano o de la "*persona concernida*" es la que a la luz del Convenio constituye el núcleo central del concepto de datos de carácter personal, muy a pesar de que se sostiene en la E.M., del Convenio, que "persona identificable", es aquella "persona que puede fácilmente ser identificada", sin necesidad de "identificación de personas por métodos complejos" ^[2 5]. Quizá en aquella época en que surgió la norma europea, tal proposición pudiera ser válida parcialmente, pero hoy no, pues dicha identificabilidad de las personas, antes y ahora debe incluir métodos y procedimientos científico-técnicos idóneos, máxime si se refiere al tratamiento informatizado de datos personales --con o sin el consentimiento del titular--, que relacionan datos personales contenidos en documentos jurídicos, registros de estado civil, médicos, judiciales, económicos o financieros, etc, en todos los cuales para una debida identificación de la persona se debe emplear medios idóneos de tipo técnico-científicos irrefutables previos al asiento o registro informático o concomitante con éste.

Hoy, el ser humano tiene un derecho a *la identificación* psicofísica, como persona humana dotada de cuerpo, mente e inteligencia, válido o validable en todo ámbito social, cultural, político, económico, y sobre todo jurídico o ius-informático. Por lo tanto, no se puede desdeñar ningún método científico-técnico para la plena identificación en todo procedimiento que tenga incidencia en el pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de una persona. El Convenio recoge este parecer cuando sostiene, en la Motivación Explicativa, que su objetivo prioritario es "reforzar la protección de datos, es decir, la protección jurídica de los individuos con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal que les conciernen".

El concepto de persona concernida también se extiende al de persona "*interesada*", que el Convenio utiliza en varios artículos. Así, *interesado*,

"expresa *la idea* según la cual toda persona tiene un derecho subjetivo sobre la información relativa a sí misma, aún cuando tal información haya sido reunida por otras personas (cfr. la expresión inglesa *data subjetc*)" ^[2 6]

El "*fichero automatizado*" o bancos de datos. Significa cualquier conjunto de informaciones que sea objeto de un tratamiento automatizado. Aunque en la E.M., del Convenio eufemísticamente se dice que se prefiere el nombre de fichero al de Banco de datos, porque esta expresión se utiliza "hoy en un sentido más especializado: el de un fondo común de datos accesibles a varios usuarios" ^[2 7]. Sin embargo, la diferencia hoy por hoy es simplemente terminológica y de origen idiomático (Banco de datos término anglosajón "*database*" o, Fichero informatizado del término francés "*Fichiers*").

Los Estados Miembros del Consejo de Europa eran conscientes de que día a día crecían por la irrupción de la tecnología TIC y la informática, maneras y formatos de recolectar y almacenar información de todo tipo (incluida las denominadas “personales”) con medios informáticos, electrónicos o telemáticos, y que se materializaban en los llamados ficheros o bancos de datos, por regla general. Eran también, conscientes de que los diversos Estados tenían en sus sistemas jurídicos regulaciones sobre el derecho a la intimidad de las personas, la responsabilidad civil, el secreto o la confidencialidad de ciertas informaciones sensibles, etc. Sin embargo, se echaban de menos unas reglas generales sobre el registro y la utilización de informaciones personales y en “especial, sobre el problema de como facilitar a los individuos el ejercicio de un control sobre informaciones que, afectándoles a ellos, son colectadas y utilizadas por otros”. En tal virtud, se decidió concretar además de el concepto de datos de carácter personal, qué debe entenderse por fichero o banco de datos para proteger los derechos y libertades fundamentales de la persona y facilitar el autocontrol de los mismos por parte de la persona concernida.

El concepto de fichero o banco de datos informatizados, comprende: “no solamente ficheros consistentes en conjuntos compactos de datos, sino a si mismo conjuntos de datos dispersos geográficamente y reunidos mediante un sistema automatizado para su tratamiento”.

La definición de fichero “automatizado” para diferenciarlo del fichero o banco de datos mecánico o manual, resulta reiterativo cuando menos desde el punto de vista terminológico, cuando al final sostiene que ese conjunto de informaciones deben estar sometidas a un tratamiento igualmente “automatizado” (que mejor sería decir informatizado ^[2 8]). Sin embargo, esta observación es de menor entidad, frente a la significancia de la inclusión de un término imprescindible en el tratamiento lógico de entrada (E/) y salida (/S) de información por medios informáticos, como lo es el de fichero o banco de datos informatizados. Esta aclaración delimita a su vez, el ámbito de aplicación del Convenio, al tratamiento informatizado de los datos o información de carácter personal, a diferencia de la Recomendación de la OCDE de 1980, que abarcaba incluso el tratamiento no informatizado de datos personales, aunque la definición siguiente desmienta tal diferenciación, al menos en toda su integridad.

En efecto, por *"tratamiento automatizado"*, se entiende las operaciones que a continuación se indican efectuadas en su totalidad o en parte con ayuda de procedimientos automatizados: Registro de datos, aplicación a esos datos de operaciones lógicas aritméticas, su modificación, borrado, extracción o difusión (artículo 2, c). Este tratamiento de datos se extiende a los datos de carácter personal en los sectores público y privado (artículo 3-1, del Convenio) ^[29].

CITAS DE LA PARTE PRIMERA:

- (1) **RIASCOS GOMEZ, Libardo Orlando. *EL DERECHO A LA INTIMIDAD, LA VISION IUSINFORMATICA Y LOS DELITOS RELATIVOS A LOS DATOS PERSONALES.*** Tesis Doctoral "Cum Laude", Universidad de Lleida (España), p.1-550. Base de Datos de tesis doctorales de la Universidad de Lleida (www.udl.es)
- (2) **KATSH, Ethain M. *RIGHTS, CAMERA, ACTION: CYBERSPATIAL SETTINGS AND THE FIRST AMENDMENT.*** Profesor and legal Studies, University of Massachussetts at amberts; B.A. 1967, New York University. Texto completo en: WWW.MONTREAL.EDU.CA
- (3) **DAVARA RODRIGUEZ, Miguel. *MANUAL DE DERECHO INFORMATICO.*** Ed. Aranzadi Pamplona, 1997. pág. 21 y ss.
- (4) **GIRALDO ANGEL, Jaime. *INFORMATICA JURIDICA DOCUMENTAL.*** Ed. Temis, Bogotá, 1990, pág.10 y ss. En este mismo sentido, Mi obra ut supra citada, pág. 1 y ss.
- (4 a) Estas nuevas tecnologías TIC, que surgieron inicialmente de las denominadas por el profesor *Ethain Katsh*, "tecnologías de la información TI", no son sólo aquellas "que se llevan a cabo con los simples artefactos funcionales, sino que constituyen verdaderas nuevas formas de recibir y transmitir información de forma más interactiva y permite recoger, seleccionar, organizar, almacenar y transferir cualquier cantidad de información de un sitio a otro, sin frontera geográfica alguna y a velocidades y formatos electrónicos". Quizá por estas amplias capacidades de transmisión electrónica (emisión/recepción) en la que se basan las nuevas tecnologías de la comunicación, es por lo que estos fenómenos pueden calificarse de novísimas tecnologías TIC, adicionando a ese bien intangible, poderoso, poroso, penetrante, de difícil control (jurídico, tecnológico, personal y social) y de incalculable valor económico como es la *información* actualmente, el vehículo electrónico idóneo, sin el cual aquella pierde parte de su magia y estructuración, como lo es, la comunicación a través de medios eléctricos, informáticos, electrónicos y telemáticos. Nuestro Trabajo. **LA CONSTITUCION....** Ob.ut supra cit., pág. 7 y ss. En: <http://akane.udenar.edu.co/derechopublico> Vid. KATSH, Ethain. *RIGHTS, CAMERA, ACTION: CYBERSPATIAL SETTINGS AND THE FIRTS AMENDMENT...* . Texto Original en inglés en la dirección electrónica: WWW.UMONTREAL.EDU.CA .
- (5) El estudio pormenorizado de los soportes, medios y aplicaciones informáticas, electrónicas y telemáticas; así como, los impactos sociales, jurídicos y tecnológicos en la sociedad de la información en que vivimos serán tratados a profundidad y especio en la Parte III y IV., de esta investigación.
- (6) *Vittorio Frosini* (En: Informática y Derecho), comenta como surgió el término "informática" de la definición dada por *Phillippe Dreyfus*, en los siguientes términos: "L'informatique est la science du traitement rationnel, notamment para machines automatiques, de l'information considerée comme le support des connaissances et des communications dans les domaines technique, économique et social". Y fue también a partir de esta concepción de informática, que las diferentes Leyes de Protección de los Titulares de los Datos Personales en la Unión Europea (UE), como en los diferentes Estados que la componen, que se hizo institucional el término de "*tratamiento automático*" de la información o datos de carácter personal, tal como tendremos oportunidad de profundizar más adelante. Terminología técnico-jurídica que aún subsiste, a pesar de corresponder a la etapa de surgimiento de la computación y de los ordenadores donde se destacaba una de las funciones primarias de aquellas máquinas, cual es, la automatización de datos, tal como lo hace hoy un cajero electrónico. Nuestro trabajo. **LA CONSTITUCION DE 1991 Y LA INFORMATICA JURIDICA...** Ob. cit., pág. 47 y ss.
- (7) **LOPEZ MUÑIZ-GOÑI, Miguel. *INFORMATICA JURIDICA DOCUMENTAL.*** Ed. Diaz de Santos, Bilbao, 1984, pág. 39. Citado en nuestro trabajo, **LA CONSTITUCION DE 1991 Y ...** Ob. cit., pág. 72 y ss.
- (8) En el ámbito punitivo español siguiendo las tesis alemanas de Tiedemann, se propone la tesis de creación del bien jurídico denominado de la información, siempre que sea tenida como bien con valor económico, para referirse a los llamados delitos informáticos. Vid. GUTIERREZ FRANCES, María Luz., **NOTAS SOBRE LA DELINCIENCIA INFORMATICA: ATENTADOS CONTRA LA "INFORMACION" COMO VALOR ECONOMICO DE EMPRESA.** En: Estudios de Derecho Penal Económico. Editores: Luis Zapatero y klaus Tiedemman. Ed. Univ. de Castilla-La Mancha. Tarancon (Cuenca). 1994, pág. 183ss.
- (9) **KATSH, Ethain.** Ob. ut supra cit., en la dirección electrónica WWW.UMONTREAL.EDU.CA.
- (10) La multimedia es una de las formas de comunicación electrónica realizada a través de elementos, sistemas y equipos computacionales, por los cuales se transfiere (emite/recepciona) cualquier tipo de información o datos contenidos en formatos de texto, imágenes y sonido.
- (11) Por éstos y otros supuestos que amplía la lista, es por lo que el Davara, estima que la ius-informática, hoy por hoy, bien puede configurar una nueva rama del derecho, el *Derecho Informático*, en el que todos los juristas estamos comprometidos a "trabajar para colaborar en marcar bien claramente las diferencias entre lo que es, lo que puede ser y lo que debe ser, orientando el camino que debe tomar la regulación jurídica del fenómeno informático en la hemos dado en llamar el "Derecho Informático". Nosotros creemos haber aportado algo a esa

- estructuración en el trabajo *ut supra* citado. **DAVARA RODRIGUEZ, Miguel A. MANUAL DE DERECHO INFORMATICO.** Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 1997, págs. 25 a 41.
- (12) **Texto Constitución Completo**, en: **AA.VV. CONSTITUÇÃO NOVO TEXTO.** Coimbra editora, Edição organizado JJ. Gomes Conotilho o vital M., 1982
- (13) Vid. Así lo confirman, los profesores **González Navarro y González Pérez**, siguiendo a *Herederro Higuera* GONZALEZ NAVARRO, F. Y GONZALEZ PEREZ, J. **COMENTARIOS A LA LEY DE REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN.** Ed. Civitas, 1a., ed., Madrid, 1997, pág. 711.
- (14) **RIASCOS GOMEZ, L.O. EL DERECHO A LA INTIMIDAD....** Ob. *Ut supra*. Pág. 146 y ss. En: <http://akane.udenar.edu.co/derechopublico>
- (15) **FAIREN GUILLEN, Victor. EL HABEAS DATA Y SU PROTECCION....** Ob. *ut supra cit.*, pág. 523
- (16) “ *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....*” (Exposición de Motivos LORTAD). **AA. VV. COLECCION DE DISCOS COMPACTOS DE ARANZADI.** Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- (17) **GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. COMENTARIOS A LA LEY DE REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN** (Ley 30/92)., Ed. Civitas S.A., Madrid, 1997, pág. 697-698.
- (18) Así se deduce del tratamiento y análisis que los diferentes autores ibéricos hacen de la LORTAD. A título de ejemplo, **ORTI VALLEJO, Antonio. DERECHO A LA INTIMIDAD E INFORMATICA...** Ob. *cit.*, *ut supra*. **SOUVIRON, José M. EN TORNO A LA JURIDIFICACION...** Ob. *cit.*, *ut supra*. **FAIREN GUILLEN, Victor. EL HABEAS DATA Y SU PROTECCION ACTUAL...** Ob. *cit.* **SARDINA VENTOSA, Francisco. EL DERECHO A LA INTIMIDAD INFORMATIVA Y EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES PARA LA PREVENCION DEL FRAUDE.** En: Actualidad Informática Aranzadi. Núm. 25, Oct, Pamplona, 1997. **LOPEZ DIAZ, Elvira. EL DERECHO AL HONOR Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD.** Ed. Dykinson, Madrid, 1996.
- (19) Vid. **GONZALEZ NAVARRO, Francisco. DERECHO...** Ob. *cit.*, pág. 168.
- (20) **Los datos anónimos**, que constituyen información de dominio público o recogen información, con la finalidad, precisamente, de darla a conocer al público en general. v.gr. como pueden ser los registros de la propiedad o mercantiles. Por ello, al determinar el ámbito de aplicación de la LORTAD, excluye de la aplicación del tratamiento informatizado de datos personales, los ficheros de titularidad pública cuyo objeto, legalmente establecido, sea el almacenamiento de datos para su publicidad con carácter general (artículo 2-a).
- (21) De la interpretación doctrinal de los arts. 197.2 y 200 del Código Penal Español de 1995 (en adelante C.P.Esp.), se pueden deducir varios conceptos de **dato reservado**, a saber: 1. “Dato reservado es cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables cuyo conocimiento esta limitado a los usuarios del archivo, registro o fichero automatizado o convencional de acceso restringido. 2. Dato reservado es aquel que es indispensable libremente por terceros, requiriendose para ello autorización de su titular. 3. Dato reservado es aquel que potencialmente puede lesionar el derecho a la intimidad de su titular; en lo que respecta a las personas físicas, y cuyo descubrimiento o revelación debe incidir en la esfera “personal o familiar” de su titular...” Vid. **BAJO FERNANDEZ, Miguel. COMPENDIO DE DERECHO PENAL.** Vol. II. Ed.Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1998, pág..201
- (22) Vid. **RIASCOS GOMEZ, Libardo O. LOS DENOMINADOS RECURSOS ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA CE Y ANDINO.** Ed. UNED, Universidad de Nariño, Pasto, 1995, pág. iii. En: <http://akane.udenar.edu.co/derechopublico>
- (23) Los problemas prioritario que detectaron las comisiones y subcomisiones de expertos se refieren principalmente al derecho a la intimidad; la informática, la tecnología (de ordenadores, redes de comunicación), las telecomunicaciones, el derecho a la información y el de “habeas data”, aunque en el texto de la Recomendación y las motivaciones de la misma., se hace mención genérica al derecho de acceso a la información, a conocer, actualizar, cancelar o modificar los datos de carácter personal por el titular o interesado; el “tratamiento automático de la información. En particular se refieren a la intimidad en un concepto más amplio que el tradicional derecho de “sólo dejar a solas” -- el “The Right to Privacy” anglosajón--, y algo que se convertirá en la cantinela de proposición de toda la Recomendación, al decir: “con la expresión intimidad y libertades individuales constituye el aspecto más controvertido” de todos cuantos se tratan en la Recomendación de la OCDE de 1980.
- (24) Las infidelidades de la LORTAD, hoy son causa de recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Español, y que por cierto aún no han sido resueltos. Por su parte, se ha destacado la inspiración de contenido del Convenio seguido por la LORTAD. Vid. **ORTI VALLEJO, A.** Ob. *ut supra cit.*, pág. 17.

- (25) Memoria Explicativa (M.E. 28) del Convenio 108 de 1981. Compilados por **HEREDERO HIGUERAS, Manuel**. **LEGISLACION INFORMATICA**. Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág.570
- (26) *Ibidem.*, pág. 570.
- (27) El M.E.núm. 30 ab initio, sostiene que la "expresión 'fichero automatizado' ha sustituido a la de 'banco de datos electrónico' utilizada anteriormente en Resoluciones (73)22 y (74)29 y en algunas leyes nacionales. Por ello, en el transcurso de la investigación utilizaremos indistintamente fichero o banco de datos para referirnos al mismo concepto.
- (28) Preferimos decir "*informatizado*", porque entre otras razones que se dan a lo largo de la investigación, existen estrechos vínculos entre la información obtenida (cualquiera sea esta, y más si es de tipo personal) con "la informática documental", según los términos de *LOPEZ MUÑIZ-GOÑI, M.* (En: Informática Jurídica Documental) que utiliza métodos y procedimientos informatizados en el tratamiento lógico, sistemático y analítico de la información que ésta proporciona y no solamente un tratamiento robótico o "automático" de la información, tal como lo hacen los cajeros electrónicos, sistemas electrónicos de detección de personas o cosas, etc. Es un tratamiento logicial con medios informáticos, electrónicos o telemáticos y no simplemente cibernético o robótico aunque éste sea la base del mismo.
- (29) El Convenio se aplica al sector público y privado. "Si bien es cierto que la mayor parte de la circulación internacional de datos tiene lugar dentro del marco del sector privado, el convenio reviste, no obstante, gran importancia para el sector público y ello por dos razones: en primer lugar, el artículo 3 impone a los Estados miembros la obligación de aplicar los principios de la protección de datos aun en el caso del tratamiento de ficheros públicos --que es el supuesto normal-- totalmente dentro de sus fronteras nacionales. En segundo lugar, el convenio ofrece asistencia a los interesados que deseen ejercer su derecho a ser informados del registro que de ellas lleve una autoridad pública en un país extranjero. La distinción sector público- sector privado no aparece en las demás disposiciones del convenio, sobre todo porque esta nociones pueden tener significados distintos de un país a otro..." (M.E.. 33).

Actualización: Pasto, Abril 1 de 2008

[INICIO](#)