

## Capítulo Segundo

### I. EL HABEAS EN LAS CONSTITUCIONES EUROPEAS

Tomaremos como prototipo a la Constituciones de España de 1978, la Constitución de Portugal de 1976 y en la denominada Constitución Europea de 2004. Textos normativos supremos que regulan la limitación de la Informática para garantizar los derechos y libertades constitucionales en aquellos países y en el conjunto de Estados que conforman la “Unión Europea” con diferentes formas de gobierno y de Estado, pero con una normatividad homologada en los mecanismos administrativos y jurisdiccionales relativos a la “*Protección de Datos personales de carácter particular*”, tal como se conoce al conjunto de facultades o derechos componentes del Hábeas Data latinoamericano.

#### 2.1 En la Constitución del Reino de España

En la Constitución del Reino de España de Diciembre 28 de 1978 (CE), en el artículo 18-4, se estipula: “*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*”.

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 España, 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 norma que desarrolló legislativamente dicho predicamento quince años después abarcó el carácter eminentemente garantista del pleno de derechos constitucionales previsto en la CE.

La L.O. 5/1992, Octubre 29, “*Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal*”, también conocida como LORTAD, entró en vigor el 31 de Enero de 1993. Esta ley rigió por espacio de siete (7) años, y aunque en su momento significó un gran avance en la reglamentación del artículo 18-4 de la CE, muy pronto sus contenidos quedaron cortos e incompletos en relación al vertiginoso avances de las nuevas tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), a las cada vez más sofisticadas formas de invasión o intrusiones del “poder de la informática” en la vida cotidiana, política, económica, social, cultural, científica y jurídica del Estado; así como frente a la homologación de normas relativas a los datos personales y la actualización de los medios TIC, expedidas por los organismos comunitarios legislativos de la Unión Europea (UE), para todos los Estados miembros. En este último sentido, las normas relativas a datos personales de España quedaban desuetas o vaciadas de contenido frente a las normas comunitarias. Por si fuera poco, la LORTAD en el derecho interno español, ya acusaba vejez prematura, continuas demandas ante el Tribunal Constitucional Español y no pocas contradicciones con otras normas relativas al Procedimiento Administrativo, al derecho de petición, a los recursos y vías previas al contencioso administrativo; entre otras <sup>[79]</sup>.

La LORTAD, fue reformada por la Ley 15 de Diciembre 23 de 1999, que algunos llamaron la “nueva LORTAD” <sup>[80]</sup>. Esta ley conservó lo esencial y no discutible de la LORTAD y reformó lo que tanto se había cuestionado, tal como lo veremos a espacio *ut infra* al tratar el Hábeas Data y los mecanismos de protección de datos personales en el derecho español. Sin embargo, en el presente aparte anotaremos algunas reformas significativas.

La LORTAD como la nueva Ley de Protección de Datos Personales de Española de 1999 o LPDPE, 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* <sup>[81]</sup>, ni tampoco es una ley orgánica que regula en forma plena el tratamien-

---

(79) RIASCOS GOMEZ, Libardo O. ***El derecho a la intimidad, la Visión lusinformática del derecho y los delitos relativos a los datos personales***. Tesis Doctoral, evaluada excelent cum laude, Universidad de Lleida, Lleida, 1997, p. 10 y s.

(80) LOPEZ MARTINEZ, Juan. ***La protección de los datos y la información en poder de la Hacienda Pública***. Profesor de Derecho financiero y tributario. Vía Internet, 2007.

(81) FAIREN GUILLEN, Víctor. ***El Hábeas Data y su protección actual surgida en la Ley española de Informática del 29 de Octubre (Interdictos, Hábeas Corpus) –Primera Parte–*** En: Revista de Derecho procesal. R.D.P. No. 3º, Madrid, 1996.

to informatizado de datos personales de titularidad pública y de titularidad privada, pues además de las excepciones *numerus clausus* o taxativas que traía la LORTAD de 1992, cuando expresamente manifestada que ésta no se aplicaba 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.

Pese a que el artículo 2º de la LPDPE, precisa con mayor acierto el campo de aplicación a los datos de carácter privado y público, siguen rigiendo las limitaciones y excepciones al procesamiento informatizado de los datos de carácter privado y público. En efecto, el régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente La LPDPE, no será de aplicación: (i) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas; (ii) A los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas; (iii) A los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. No obstante, en estos supuestos el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de Datos.

Por su parte, el artículo 2-3 de La LPDPE, mantiene algunas excepciones y crea otras al manifestar que se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos de datos personales: (i) Los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral; (ii) Los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos, y estén amparados por la legislación estatal o autonómica sobre la función estadística pública; (iii) Los que tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del Régimen del personal de las Fuerzas Armadas; (iv) Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de penados y rebeldes; (v) Los procedentes de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con la legislación sobre la materia.

La LPDPE es una ley que persigue inicialmente la protección de la trilogía de derechos previstos en el art. 18.4 CE: el honor, la intimidad y la propia imagen “y el pleno ejercicio de sus derechos”, pero el artículo 1º enfatiza en que la protección otorgada por la Ley es al “tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas”, descartando obviamente la posibilidad de que se

proteja los derechos de las personas jurídicas o morales, como sí es posible en legislaciones latinoamericanas.

Sin embargo, de esa trilogía de derechos expresamente protegidos en la CE, como en la LPDPE, en el contexto de la ley se hace se enfatiza en la protección del derecho a la intimidad, por considerarlo el más vulnerable dentro del tratamiento informatizado de datos, a pesar de que en la praxis de la actual *sociedad informatizada*, los nuevos fenómenos tecnológicos TIC y la informática, tienen como característica relevante la alta porosidad y penetrabilidad en todos los sectores y derechos del ser humano. No en vano las leyes protectoras de los datos personales latinoamericanas relacionan como derechos protegidos en forma expresa, además de la intimidad, el honor y la imagen, la voz, el buen nombre, la buena reputación, la información y el derecho de petición (estos dos últimos implícitamente).

Sin embargo este énfasis de la LPDPE es recogido de la LORTAD, la cual a su vez, constituía una clara herencia temática, las anteriores leyes protectoras de datos desde las estatales de las década de los 70's y 80's (v.gr., las Leyes protectoras de datos alemanas y suizas, que fueron las pioneras en estas materias); así como las normas internacionales (La Resolución de la OCDE de 1980) y las comunitarias europeas (Convenio 108/1981), todas las cuales concibieron sus leyes garantistas teniendo como núcleo esencial el derecho a la intimidad, llamándolo indistintamente "*The 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 LPDPE, 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 hacía la distinción entre la "privacidad" y la Intimidad"<sup>[82]</sup>. Distinción y alcances conceptuales que

---

(82) "Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad. Aquella 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 se expresa sus sentimientos, por ejemplo-- , la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de la 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". E.M. LORTAD de 1992. AA.VV. ***Colección de discos compactos de Aranzadi***. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

defiende *González Navarro*<sup>[83]</sup>) 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 LPDPE en todo tratamiento informatizado de datos, tal como lo revela un sector de la doctrina ibérica (v.gr. *Orti Vallejo*, Antonio; *Fairen Guillen*, Víctor; *Sardina Ventonsa*, Francisco y *López Díaz*, Elvira).

Con base en los antecedentes legislativos europeos y comunitarios (básicamente de la Recomendación de la OCDE de 1980 y el Convenio Europeo de 1981), el Estado Español en 1992, introdujo en su ordenamiento jurídico, su primera ley sobre protección de datos (LORTAD) que pretendía homogeneizar la legislación interna con la comunitaria sobre la materia. Sin embargo no se consiguió avocar la regulación plena en el tratamiento (informatizado o no) de los datos de carácter personal de titularidad pública o de titularidad privada de las personas físicas e incluso se sostuvo en aquella época que España había expedido la LORTAD con cierto retraso frente a la legislación estatal europea existente sobre la materia y sobre todo, con las adecuaciones no suficientes y acordes con los avances tecnológicos del fenómeno TIC e informática (como lo demuestran *González Navarro*<sup>[84]</sup> y *Castells Arteche*<sup>[85]</sup>).

Retraso morigerado, según *González Navarro* porque desde 1984, se conocía “*un conjunto de normas heterogéneas que no siempre distinguían entre ficheros automatizados y ficheros convencionales*” 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).

La LORTAD de 1992 al igual que lo hiciera en su momento la LPDPE de 1999 y siguiendo para ello la técnica legislativa heredada de las leyes de protección de datos alemanas y suizas, introdujo en el contenido normativo de la ley, una serie de definiciones de términos utilizados en el tratamiento informatizado o no de datos personales, a efectos de hacer el

---

(83) GONZALEZ NAVARRO, Francisco. **Comentarios a la ley de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley30/92)**. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 697-698

(84) Ob.,ut supra cit.

(85) CASTELLS ARTECHE, José M. **La Intimidad informática**. En: Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Ed. Civitas, Tomo II, Madrid, 1991. P. 12

texto de la ley más inteligible y comprensivos los términos técnico-jurídicos nacidos de los medios TIC y la informática y aplicables en esta *sociedad iuscibernética* por toda persona titular de dato o información personal, así como por los quienes recogen, almacenan, registran, administran o comunican por diferentes medios manuales o informáticos e inclusive por los funcionarios administrativos y judiciales que en un futuro próximo deberán conocer sobre las vulneraciones o amenazas a los derechos constitucionales a través del ilegal o mal o indebido uso de la informática.

La LPDPE, además de las definiciones a los término que traía la LORTAD en el artículo 3-a a, f, relativos a los Datos de carácter personal, al Fichero automatizado, al Tratamiento de datos, al Responsable del fichero, al Afectado o “interesado”, y al Procedimiento de disociación, hizo énfasis en los términos: (i) Encargado del tratamiento, (ii) Consentimiento del interesado; (iii) Cesión o comunicación de datos; y (iv) Fuentes accesibles al público.

Especial dedicación normativa le otorga la LPDPE a los principios que rigen a la protección de datos personales, en los artículos 4 a 12 y entre los que se hallan: (i) Calidad de los datos, (ii) Derecho de información en la recogida de datos, (iii) el consentimiento del afectado, (iv) datos especialmente protegidos, (v) datos relativos a la salud, (vi) seguridad de los datos, (vii) el deber de secreto, (viii) comunicación de datos; y, (ix) acceso a los datos por cuenta de terceros. El Legislador ibérico, hace énfasis en el principio rector de la protección de datos: el consentimiento del afectado o interesado, el cual en todo tratamiento de datos deberá ser requerido a aquél, salvo que la ley disponga otra cosa.

Como no lo hiciera tan efectivamente la LORTAD, la LPDPE, compendia explicativamente los derechos que tienen las diferentes personas involucradas en el tratamiento o procesamiento de datos personales. En efecto, así se relacionan los derechos: (i) impugnación de valoraciones, (ii) consulta al Registro General de Protección de datos; (iii) Derecho de acceso; (iv) Derecho de rectificación y cancelación; (iv) procedimiento de oposición, acceso, rectificación y cancelación; (v) tutela de los derechos; (vi) derecho a indemnización.

## **2.2. En la Constitución de Portugal**

La Constitución Portuguesa de 1976, en El Título II, Sobre los “*Dereitos, Liberdade 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 <sup>[86]</sup>, 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 aquéllos, 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 so-

---

(86) **Texto Constitución Completo**, en: AA.VV. **Constituição Novo Texto**. Coimbra editora, Edição organizado JJ. Gomes Conotilho o vital M., 1982

cializados 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.

La legislación de protección de datos personales en el derecho público portugués ha sido muy fructífera desde la regulación del fenómeno ius tecnológico de la informática y su impacto en la sociedad actual y en el pleno de derechos y libertades constitucionales.

La ley actualmente vigente sobre protección de datos personales es la Ley No. 67 de 1998, de 26 de Octubre, la “**Lei da Protecção de Dados Pessoais**”<sup>[87]</sup>, ley que se expidió a fin de homologar la legislación europea de protección de datos de carácter personal y el respeto por el tratamiento de datos personales y la garantía de la libre circulación de los mismos (Directiva Comunitaria No. 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Octubre 24 de 1995).

La estructura, objetivos, ámbito de aplicación, principios, derechos y deberes de los titulares de datos y los responsables de la recolección, almacenamiento, registro, y comunicación de los datos personales, tanto de los bancos o ficheros de datos públicos como privados, siguen los postulados normativos establecidos en el Convenido de Estrasburgo de 1980, el texto normativo de la OCDE y las Directivas del Parlamento y Comisión Europea (95/46/CE, 97/66/CE, entre otras). En cuanto a la entidad homóloga a

---

(87) Transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Texto completo de la norma En: <http://www.informática-jurídica.com/legislación/>



La Agencia de Protección de datos de España, en el derecho portugués existe la “COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS” --CNPD--, la cual se ocupa, entre otras funciones, en controlar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias destinadas a la protección de datos personales, respetando en forma estricta los derechos del hombre y las libertades y garantías consagradas en la Constitución y la ley

La CNPD deberá ser consultada sobre cualquier disposición legal, así como sobre la preparación de cualquier instrumentos jurídico dirigido a las instituciones comunitarias o internacionales que tengan relación con el tratamiento de datos personales.

La CNPD, dispone de los siguientes poderes: (i) De investigación y requerimiento, pudiendo incluso acceder a los datos objeto de tratamiento y de recolectar todas las informaciones necesarias en el desempeño de sus funciones de control; (ii) De autoridad competente para ordenar el bloqueo, cancelación o destrucción de los datos, así como de prohibir, temporal o definitivamente el tratamiento de datos personales, cuando estén incluidos en redes abiertas de transmisión de datos, a partir de servidores situados en territorio portugués; (iii) De emitir conceptos previos al tratamiento de datos personales, asegurándose que sean publicados; (iv) En caso de reiterado incumplimiento de las disposiciones legales en materia de datos personales, la CNPD, podrá advertir o censurar públicamente al responsable del tratamiento, así como inquirirlo de acuerdo a las correspondientes competencias de la Asamblea de la República, del Gobierno o de otros órganos o autoridades; (v) La CNPD, está legitimada para intervenir en los procesos judiciales en caso de violación de las disposiciones de la ley de protección de datos personales y deberá denunciar por medio del Ministerio Público las infracciones penales de que tenga conocimiento, en ejercicio de sus funciones o por causa de ellas, así como practicar las medidas cautelares necesarias y urgentes para asegurar los medios de prueba relativas a dichas infracciones; y, (vi) la CNPD, estará representada judicialmente por el Ministerio Público, y estará exenta de costas en los procesos que intervenga.

### **2.3. EN LA CONSTITUCION EUROPEA DE 2004**

En estricto rigor jurídico, no existía para 1980, una Constitución Europea como tal, muy a pesar de que europeístas como el profesor alemán de la Universidad de MÜNSTER, Martin 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 folkore, 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 conocía como la Comunidad Económica Europea (CE), nacida de la segunda postguerra mundial <sup>[88]</sup> y que luego pasó a llamarse la “Unión Europea” (UE).

Sin embargo, para el año 2004 ese sueño de una Constitución para Europa, comenzó a ser realidad, pues los tratados de la antigua CE y los de la actual UE, aceptados la mayoría de estados miembros, fundadores, adherentes e invitados a la adhesión europeísta en estos últimos tiempos, empezaron a tener entronques normativos positivos y homologaciones también normativas entre los ordenamientos jurídicos internos de los Estados y dichos tratados, conjuntamente con las disposiciones normativas comunitarias (Directivas y recomendaciones, principalmente). De esa amalgama de normas nativas, internacionales y comunitarias, surgieron con el paso de los años y la convivencia pacífica de los Estados de la UE en medio de un ambiente propicio económico, social, cultural, político y de diversidad en la unidad de carácter idiomática, religiosa, étnica, filosófica, etc., una especie de nueva “panguea” compuesta por Estados que unían factores sociales, políticos y jurídicos y de la cual surgía una Constitución de Europa para los europeos.

La Constitución de Europa de 2004 <sup>[89]</sup>, incluye una *“carta de derechos fundamentales y la clara afirmación de los valores y objetivos de la Unión y de los principios básicos que regulan la Unión y sus Estados miembros nos permiten llamar constitución a este texto básico: ‘nuestra Constitución’. En ella, se lleva a cabo un claro reparto de competencias y una simplificación de los instrumentos y de los procedimientos. Por primera vez una ley europea será digna de ese nombre”*.

*“Ahora bien, jurídicamente la Constitución Europea seguirá siendo un tratado de modo que no entrará en vigor hasta que no sea ratificada por todos los Estados miembros. Ello supone que en varios de nuestros Estados se convocará a una consulta popular. De todos modos, cualquier posterior modificación también exigirá un acuerdo unánime de los Estados Miembros y, por lo general, su ratificación por todos y cada uno de ellos...”*

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*

---

(88) Vid. RIASCOS GOMEZ, Libardo O. **Los denominados recursos ante los Tribunales de Justicia de de la CE y Andino**. Ed. UNED, Universidad de Nariño, Pasto, 1995, pág. iii.

(89) Se advierte en la dirección electrónica que este no es un documento oficial y que solo es ofrecido a título informativo por los servicios de la Comisión Europea. En: <http://europa.eu/constitution/>

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.

### **2.3.1. 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<sup>[90]</sup>, y c) que no se limitará la aplicación de las directrices a la

---

(90) 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.

“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.

### **2.3.2. El Convenio de Estrasburgo o Convenio 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 (art.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), sirvió 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 <sup>[91]</sup>; y por su puesto, años después, fue el basamento de la Ley 15 de 1999 o Ley de Protección de datos personales de España.

---

(91) Las infidelidades de la LORTAD, fueron causa de recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Español. Esta inspiración normativa del contenido del Convenio de 1980 seguido por la LORTAD, se destaca por la doctrina ibérica. Vid. ORTI VALLEJO. Antonio. ***Derecho a la Intimidad e Informática***. Ed. Comares, Granada (Esp.), 1984, p. 17.

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”<sup>[92]</sup>. 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* sico-física, como persona humana dotada de cuerpo, mente e inteligencia, válido o validable en todo ámbito social, cultural, político, económico, y sobre todo jurídico o iusinformático. 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 subject*)”<sup>[93]</sup>.

---

(92) Memoria Explicativa (M.E. 28) del Convenio 108 de 1981. Compilados por HEREDERO HIGUERAS, Manuel. **Legislación informática**. Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 570

(93) *Ibidem.*, pág. 570.

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” <sup>[94]</sup>. 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 sería mejor denominarlo

---

(94) 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.

como lo hace la moderna informática de tratamiento informatizado <sup>[95]</sup>. 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 (art. 2, c). Este tratamiento de datos se extiende a los datos de carácter personal en los sectores público y privado (art. 3-1, del Convenio) <sup>[96]</sup>.

### **2.3.3. Las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE, sobre Datos de carácter personal informatizados.**

La Directiva 95/46/CE, en materia de *protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, contiene una estructura normativa *sui generis* muy propia de las normas comunitarias

---

(95) 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 MUÑOZ-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.

(96) 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 art. 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).



europas, pertenecientes a las fuentes de llamado Derecho Derivado Comunitario <sup>[97]</sup>.

Los distintos elementos característicos definidores de la identidad de una persona permiten además, a los Estados Miembros de la UE, estructurar en su normas reguladoras de la protección de derechos y libertades fundamentales y del proceso informatizado de datos personales, según se sostiene en el C. 27, de la Directiva, que se regule, entre otros aspectos importantes, el ejercicio del derecho de *habeas data*, en particular, el derecho acceso a dicho conjunto de datos; así mismo que, las carpetas y conjuntos de carpetas, así como sus portadas, que no estén estructuradas conforme a criterios específicos no están comprendidas en ningún caso en el ámbito de aplicación de la Directiva 95/46/CE.

El *Tratamiento de datos personales*, se considera a *cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicables a los datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción* (art.2-b). Esta definición cualificada, a diferencia de la actividad rehusada por el grupo de expertos del Convenio de 1981 para hacerlo, conlleva unos elementos técnicos, jurídicos y acciones informáticas con los denominados archivos

---

(97) Este derecho escrito es el creado por los organismos comunitarios (El Parlamento, La Comisión y El Consejo, especialmente). Comprende en primer término, los actos jurídicos expresamente previstos en los Tratados de creación de la CE (hoy UE, Unión Europea); actos que contienen reglamentaciones obligatorias para los Estados Miembros. Estos son: los Reglamentos, LAS DIRECTIVAS, y las Decisiones dirigidas a particulares y al Estado Respectivo; así como las Recomendaciones o razones que emanan del Tratado de la CECA, y los Acuerdos Internacionales que conciernen a la Comunidad Europea. Mis trabajos: **Las fuentes del derecho comunitario europeo** Ed. UNED, Univ. de Nariño, Núm. 15, Pasto, 1988, pág.65-75; y, **Los denominados recursos ante los Tribunales de Justicia de la CE y Andino**. Ed. UNED, Universidad de Nariño, Pasto (Colombia), 1995, pág. 11 *Datos Personales*, se considera toda información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado); se considera identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social (art.2-c). Esta definición, incorpora elementos de forma y de fondo empleados en la identificación plena de una persona humana, a efectos de evitar al máximo el error, la indeterminación o la confusión del titular de unos datos personales que le conciernen o le puedan concernir si se reputa identificable directa o indirectamente, o lo que es lo mismo, la persona interesada. Esta definición cualificada de persona física a la que le corresponde una información de carácter personal, elimina las dificultades generadas en torno identificabilidad, no sólo por medios documentales tradicionales (DIN o DNI, etc.), sino por elementos característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social; vale decir, por las caracteres relevantes de la identidad heredo-biológica de la persona, su hábitat social y cultural y hasta su nivel socio-económico. Se crea así una especie de derecho a la identificación como garantía de los derechos fundamentales asignados a una persona humana, cuando sean sometidos a tratamiento informatizado o manual datos personales.

o registros informáticos (o, *file*), incorporados o por incorporar en una base de datos (*data-base*) o ficheros informatizados (*fichiers*), que en su conjunto conforman el proceso o “procedimiento automatizado” de datos personales.

En efecto, son etapas o fases de un procedimiento informatizado de datos, la recolección, almacenamiento, registro, conservación y comunicación (por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión. Aspectos técnicos idóneos que posibilitan el nuevo fenómeno tecnológico de la comunicación y la información: TIC). Las acciones de consulta, extracción, bloqueo, supresión o destrucción, modificación incorporadas en la definición de tratamiento de datos personales, que bien pueden hacerse con medios informáticos, electrónicos o telemáticos sobre archivos o registros (o simplemente datos) contenidos en ficheros informatizados o bien con medios mecánicos o manuales en ficheros de idéntica índole, engloban el concepto genérico de “tratamiento” previsto en la Directiva en forma multicomprendiva.

*El Fichero de datos personales, se entiende todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado o descentralizado o repartido en forma funcional o geográfica (art. 2-c).*

Cabe resaltar de la definición que los “criterios determinados”, son aquellos establecidos en la correspondiente normativa estatal sobre el tratamiento informatizado de datos personales, el ámbito de aplicación de dicha normativa, y sobre todo, los elementos característicos de la persona identificable que antes puntualizábamos, pues ellos indicarán la menor o mayor cobertura de protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona. Una normativa miope en éstas lides sería la que estipula la identificabilidad de la persona por el sólo criterio documental v.gr. El D.N.I. o DIN.

En igual forma, la definición *fichero* amplía los criterios de ámbito de aplicación de la normativa a los aspectos de distribución de competencias por servicios (centralizado o descentralizado), territorial (o geográfico) y funcional, teniendo en cuenta la estructura estatal de los Estados Miembros de la UE (Estados Unitarios, Federales o Comunitarios, como el Español).

El *Responsable del tratamiento*, es quizá con el de “tratamiento de datos personales” dos de los conceptos más elaborados en la Directiva, por su íntima correspondencia temática, los efectos jurídicos y materiales y las implicaciones en los ámbitos de tutela, garantía, régimen de responsabilidades y sanciones y derechos y deberes de los sujetos

intervinientes en el proceso o procedimiento informatizado (el titular de datos, “*encargado del tratamiento*”<sup>[98]</sup>, el responsable del fichero, “*el tercero*”<sup>[99]</sup> y “*el destinatario*”<sup>[100]</sup>).

Así, se considera *Responsable del Tratamiento* (Institución jurídica más amplia y precisa que la de “*responsable del fichero*”, utilizada por la Ley española reguladora de los datos Personales informatizados o LORTAD de 1992<sup>[101]</sup>), es *la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios de tratamiento de datos personales*; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario (art. 2-d)<sup>[102]</sup>.

(98) El “encargado del tratamiento”, es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento (art. 2-e)

(99) El “Tercero”, es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento (art. 2-f).

(100) El “*Destinatario*”, es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que reciba comunicación de datos, se trate o no de un tercero. No obstante, las autoridades que puedan recibir una comunicación de datos en el marco de una investigación específica no serán considerados destinatarios (art. 2-g).

(101) En la Doctrina Ibérica, se ha sostenido la deficiente definición de la figura del responsable del fichero realizada por la LORTAD en 1992; entre otras, por las siguientes razones: a) la determinación de este sujeto se realiza conforme a *varios criterios*, sin determinar cuál es de aplicación en cada caso, por lo que se plantea el problema de si el titular del fichero puede optar entre uno u otro criterio a la hora de señalar quién es dicho responsable --con la consiguiente posibilidad de manipulación y utilización estratégica de las distintas posibilidades que se contienen en la definición legal del responsable del fichero, para eludir la propia potestad sancionadora con el correlativo compromiso de la funcionalidad general del sistema--; b) la particular y no menos deficiente descripción del responsable del fichero en el ámbito público que determina la imposibilidad de aplicar los criterios legalmente previstos a determinados ficheros que, por el contrario, sí se encuentran sometidos al ámbito de aplicación de la ley --como es el caso de los órganos constitucionales-- que por su especial estructura jurídica no tienen fácil acomodo en ninguna de las categorías contempladas en la definición legal; y, c) la falta de distinción entre el responsable del fichero y el encargado del tratamiento, sujeto que, sin perjuicio de realizar actividades con indudable incidencia en el campo que analizamos --que determinan su sumisión específica al deber de guardar secreto (art.10 LORTAD)-- no se encuentre sujeto a responsabilidad alguna. Vid. DE LA SERNA BILBAO, María Nieves. ***La agencia de protección de datos española: con especial referencia a su característica de independencia.*** En: Actualidad Informática Aranzadi. Ed. Aranzadi, S.A., Núm. 22 de Enero, Pamplona, 1997, pág. 3.

(102) La Ley de Protección de Datos de carácter personal, en el artículo 3, literal d, de la Ley 15 de 1999, redefine el concepto el concepto de responsable del fichero por el de “Responsable del fichero o tratamiento”, así: “*Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento*”.

Por su parte, la Directiva 97/66/CE, relativa a la *protección de los datos personales y de la intimidad en relación con el sector de las telecomunicaciones y, en particular, la red digital de servicios integrados (RDSI) y las redes móviles digitales públicas*, constituye la protección jurídica a una de las fases más delicadas del procedimiento informatizados de datos: la fase de las comunicaciones o telecomunicaciones vía electrónica o informatizada de datos de carácter personal que han sobrevenido por el desarrollo constante y revolucionario de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), los cuales día por día, se van especializando de cara a los intereses, derechos y libertades fundamentales dignos de protección y garantía por parte del Estado y de los mismos particulares, sin perder de vista el principio que equilibra esta protección: “*La libre circulación de los datos y la confidencialidad de las comunicaciones*”, que es el eje central de la presente Directiva Europea.

#### **2.4. Colofón: Cualificación de la etapa de comunicación o “flujo transfronterizo” de datos entre Estados de la UE y del mundo**

Europa continental, ya tiene su Constitución a la “medida” de los ciudadanos europeos. Tiene igualmente una legislación homologada, convalidada o “transpuesta” en los diferentes aspectos sociales, políticos, económicos, culturales, científicos y políticos, principalmente, conforme a los parámetros, lineamientos, estrategias y directrices planteadas por los organismos comunitarios: La Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeos. En materia de protección de datos o informaciones personales, la mayoría de los países han cumplido con la labor de transposición de las Directivas comunitarias emitidas para la efectiva, oportuna y eficiente comunicación de los datos personales y el respeto al pleno de los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la intimidad de las personas, especialmente las Directivas 45/95/CE y 97/66/CE.

En tal virtud, lo que ahora les preocupa a los europeos, no es tanto si los recientes países que ingresaron a la UE, ya han cumplido con la transposición de sus normas en los diversos aspectos, negocios y actividades de cobertura de la misma, incluida lo atinente a la transposición de las normas sobre protección de los datos personales y la intimidad, pues se entiende que para los últimos Estados adherentes a la UE, la normatividad de la Unión Europea es aceptada en bloque la de tipo general, y en la ámbito particular según los períodos de tiempo prefijados en el Tratado de Adhesión. Esto no es de tanta preocupación, cuanto más lo es de la convalidación y homologación de cuerpos normativos estatales de países de cualquier parte del mundo externo a la UE, que no reúnan los requisitos tecnológicos, constitucionales y legales que faciliten, protejan,

garanticen y viabilicen eficiente, oportuna y eficazmente el flujo internacional o comunicación de datos o informaciones personales entre dos o más Estados del mundo. Esa sí es la verdadera preocupación de los Estados europeos, pues las implicaciones en dicho flujo, según su normatividad comunitaria, no son de poca monta, pues no olvidan que después de la segunda guerra mundial, la información es más poder que nunca, como lo demostramos en nuestra tesis doctoral en 1999, varias veces citada en este pequeño ensayo jurídico.