

La LORTAD: breve análisis de sus antecedentes

JOSÉ JAVIER SANTAMARÍA IBEAS

*Licenciado en Derecho. Profesor Ayte. de Filosofía del Derecho
en la Universidad de Valladolid*

(ESPAÑA)

SUMARIO

1. INTRODUCCION
2. ANTECEDENTES DE LA LORTAD:
 - 2.1. Regulación constitucional.
 - 2.2. Jurisprudencia del TC.
 - 2.3. Convenios Internacionales.
 - 2.4. Proyectos legislativos españoles.
3. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCION

El contenido de la presente comunicación se refiere al Proyecto de Ley orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), que se halla esperando la aprobación de su texto definitivo por parte del legislador español⁽¹⁾. La comunicación se redactó en agosto de 1992, y ello quiere decir que si el texto definitivo de la LORTAD apare-

⁽¹⁾ El Proyecto fue remitido a las Cortes por el Gobierno y está publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 59-1, de 24 de julio 1991. Fue aprobado por el Pleno del Congreso el día 20 de marzo de 1992 y entró en el Senado del día 25 del mismo mes.

ciera en septiembre, al regreso de las vacaciones estivales ⁽²⁾, lo que en este trabajo se refiere al texto positivo de la LORTAD se habría de entender modificado, ya que, aunque no es previsible que el Proyecto sufra numerosas alteraciones en su paso por las Cámaras legislativas, dichas alteraciones pudieran resultar cualitativamente importantes, a la vista de las posiciones que han tomado y de las enmiendas que tratan de introducir determinadas organizaciones sociales en el texto definitivo de la LORTAD ⁽³⁾.

2. ANTECEDENTES DE LA «LORTAD»

2.1. Regulación constitucional.

La Constitución Española de 1978 (CE a partir de ahora), debido a la fecha en que se produce su elaboración, prevé de forma explícita lo que ya en la década de los años '70 comenzaba a ser evidente: la creciente utilización de la Informática para la gestión de los datos personales de los ciudadanos.

Así, la CE contiene dos preceptos básicos en el Capítulo II, Sección 1.^a («De los derechos fundamentales y de las libertades públicas»): por una parte, como salvaguardia general de estos derechos fundamentales, establece el apartado 2.^o del artículo 16:

«Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.»

Y, refiriéndose en concreto a la garantía del derecho a la intimidad personal, establece en el apartado 4.^o del artículo 18:

«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.»

A la vista de este artículo 18.4 CE es obvia —y creo que criticable— la aparente predisposición negativa del constituyente español respecto de la utilización de la Informática, desde el momento en que, con la perspectiva que tiene en 1978, no habla de «regular», sino de «limitar»; más aún si tenemos en cuenta que este art. 18.4. es uno de los preceptos básicos en los que se ha de fundamentar la promulgación de una ley reguladora de la gestión de los datos personales.

⁽²⁾ Aunque también pudiera suceder que el Gobierno no agotase su mandato, convocando la celebración de Elecciones Generales anticipadas, de modo que habrían de disolverse las Cámaras y quedaría el Proyecto sin tramitar, al menos en la presente legislatura.

⁽³⁾ Podríamos señalar incluso, un cierto paralelismo entre las desgarradas críticas que se vertieron en contra de la redacción definitiva de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana y las que ha recibido el Proyecto de LORTAD, en concreto sus artículos 19-22, por parte de organizaciones tales como la *Comisión de Libertades Informáticas*, que ha anunciado su intención de recurrir la LORTAD en el caso de que los debates que se celebren en el Congreso y en el Senado no modifiquen sustancialmente ciertos preceptos en la redacción definitiva (tal declaración de intenciones se recoge en el periódico «Diario 16» del viernes 8 de mayo de 1992). (La CLI está integrada por asociaciones tales como la Asociación de Técnicos en Informática, Asociación Pro Derechos Humanos, Unión General de Trabajadores, etc.)

Además de los señalados artículos, igualmente habrán de ser tenidos en cuenta otros preceptos no incluidos dentro de la Secc. 1.^a del Cap. 2.^o –derechos fundamentales y libertades públicas–. Así, el art. 81 CE., que establece la necesidad de que determinadas materias –como los derechos fundamentales– sean reguladas a través de Leyes orgánicas ⁽⁴⁾; y el art. 105, en el que se establece que la ley regule el denominado «derecho de acceso», es decir, la posibilidad que deben tener todos los ciudadanos de conocer los datos personales a ellos referidos que se contengan en los archivos de la Administración ⁽⁵⁾.

2.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Resulta conveniente señalar que el objetivo que han de pretender las normas de cualquier ordenamiento dirigidas a regular la utilización y manipulación de los datos personales, no es la protección en abstracto de esos datos, sino proteger y asegurar los derechos propios de la persona a la que se refieren los datos. Ello resulta obvio si analizamos cualquiera de las definiciones de «datos personales» que aparecen en distintos textos de Derecho comparado ⁽⁶⁾.

Desde este punto de vista de protección de los derechos de la persona a la que se refieren los datos, es desde el que podemos entender la posibilidad que otorga el art. 53.2. CE de acudir al TC a través del recurso de amparo, en el caso de que se produzca una transgresión del derecho a la intimidad.

Dentro del art. 18 CE, ya señalamos que es el apartado 4.^o el que hace una referencia expresa a la utilización de la Informática pero, dado que este apartado remite a un desarrollo legislativo posterior («la ley limitará...»), el TC no ha tenido oportunidad de conocer ningún recurso presentado con base en este apartado concreto, aunque sí en los tres restantes. De esta forma, las sentencias del TC a que aludiremos a continuación no se refieren al art. 18.4, pero son útiles porque delimitan un concepto fundamental para la regulación

⁽⁴⁾ Art. 81.1: «Son leyes *orgánicas* las relativas al desarrollo de los *derechos fundamentales* y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.»

⁽⁵⁾ Art. 105: «La Ley regulará: b) El *acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.*»

⁽⁶⁾ El Convenio n.º 108 del Consejo de Europa del año 1981, al que más adelante nos referimos, expresa en su art. 2 bajo la rúbrica de «Definiciones»: «Datos de carácter personal significa cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable (persona concernida).»

Igualmente, la Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (Francia 1978), define a los «Datos personales» en su art. 4.º: «... les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou par une personne morale.»

de la protección de datos personales: el concepto de intimidad, aunque sea aprovechando el análisis que se hace de los otros apartados del art. 18 CE:

a) STC 110/1984, de 26 de noviembre: Esta no es la primera STC que se refiere al art. 18 CE, pero es la primera que recogemos porque concreta el derecho a la intimidad referido a los datos personales al conocer un recurso de amparo interpuesto por una persona física que suplica al TC que anule una disposición de la Administración del Estado que autoriza la investigación de sus operaciones activas y pasivas en determinadas entidades bancarias, pretendiendo el recurrente que el TC declarase que dichos datos se refieren a su intimidad económica y, por lo tanto, forman parte de su «*intimidad constitucionalmente protegida*» (por el art. 18 CE). El TC, al conocer el recurso de amparo –denegado–, caracteriza el derecho a la intimidad:

«(...) La inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada, personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y del desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito de reservado de la vida. (...) «(Fundamento jurídico 3.º).»

«(...) Todo derecho tiene sus límites que en relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos.(...)» (Fundamento jurídico 5.º).

Vemos como el TC fundamenta la denegación del recurso de amparo –y, por lo tanto, la declaración de la licitud de la investigación llevada a cabo por la Administración sobre las cuentas bancarias del recurrente– en dos principios básicos de la jurisprudencia constitucional: a) los límites a los que están sometidos todos los derechos fundamentales recogidos en la CE ⁽⁷⁾ y, b) el conflicto entre derechos o entre bienes constitucionalmente protegidos ⁽⁸⁾.

b) STC 53/1985, de 11 de abril ⁽⁹⁾. El Tribunal, al conocer del recurso de inconstitucionalidad planteado, hace una nueva caracterización del conte-

⁽⁷⁾ En este caso, la intimidad estaría limitada «por el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de acuerdo con su capacidad económica.» (Fund. jco. 8.º).

⁽⁸⁾ Aquí chocarían el derecho fundamental a la intimidad y, «el bien constitucionalmente protegido que es la distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos» (Fund. jco. 5.º).

⁽⁹⁾ Esta STC responde al recurso previo de inconstitucionalidad (2 diciembre 1983) que

nido de los derechos fundamentales, de sus límites y, además, se refiere de modo expreso al mandato contenido en el art. 18.4:

«(...) la doctrina ha puesto de manifiesto –en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos– que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2, 17.4, 18.1 y 4, 20.3 y 27 de la Constitución). (...)

(...) Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución, no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales ‘los impulsos y líneas directivas’, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa. (...)» (Fundamento jurídico 4.º).

Posiblemente, en esta STC es en la que mejor podemos observar como la jurisprudencia del TC recoge el mandato constitucional del art. 18.4. CE. El TC, acorde con el constitucionalismo actual inspirado en el Estado social de Derecho, declara que el respeto a los derechos fundamentales de la persona (en concreto, el derecho a la intimidad) no puede ser llevado a cabo por parte del Estado manteniendo una actitud pasiva o simplemente negativa, de no vulneración, sino que el Estado ha de desarrollar positivamente esos derechos, más aún cuando –como textualmente señala la STC– hay un mandato legal expreso, (el contenido en el art. 18.4. CE) ⁽¹⁰⁾.

c) STC 171/1990, de 5 de noviembre ⁽¹¹⁾: Analiza la colisión que se puede producir entre el derecho a la intimidad y el de libertad de información, dejando claro que ésta prima sobre aquél, aunque reconoce ciertas limitaciones derivadas del interés público que tenga o no tenga dicha información:

«Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor aquella goza, en general, de una posición preferente y las restricciones que de dicho conflicto pueden

interpuso el Grupo Popular del Congreso de los Diputados contra el «Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal», es decir, en contra de la reforma del Cp. despenalizadora de determinados supuestos de aborto.

⁽¹⁰⁾ De esta forma, el Estado adquiere para con sus ciudadanos un auténtico deber jurídico, semejante a una obligación de hacer –en este caso de legislar–, para fomentar el respeto de los derechos de la persona (y el art. 18.4 CE sería un claro ejemplo de este tipo de deber).

⁽¹¹⁾ Esta STC se dictó para resolver un recurso de amparo –estimado– interpuesto ante el TC por el director «El País», al considerar vulnerado el art. 20 de la CE –libertad de información– por la Sentencia del TS (Sala Primera) de 7 marzo 1988 –en casación– que condenaba a los diarios «El País» y «Diario 16» a publicar dicha Sentencia en primera página y a pagar, por la publicación de determinada información referida al piloto de un avión de pasajeros siniestrado en las cercanías del aeropuerto de Bilbao en 1985, una indemnización a sus herederos.

derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía institucional desnaturalizado ni incorrectamente relativizado. (...)

Tal valor preferente, sin embargo, no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general.

2.3. Convenios Internacionales.

El Estado español ha ratificado dos Convenios Internacionales que se refieren a la protección de la intimidad o, mejor, de la privacidad de los datos personales ⁽¹²⁾. Ambas ratificaciones se han producido con fecha posterior a la de la promulgación de la Constitución Española, por lo que habrá de ser tenido en cuenta lo que en ella se regula bien sea en lo referente a los Derechos y Libertades recogidos en la Sección 1.ª del Capítulo 2.º, como en lo relativo a la posición que ocupan los Convenios Internacionales en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 93 a 96 y, sobre todo, el 10.2. CE en lo referido a Derechos Fundamentales).

a) El primero de estos pactos es el Convenio Europeo para protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, redactado en Roma en el seno del Consejo de Europa y ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (Instrumento publicado en el B.O.E. de 10 de octubre de 1979).

Lógicamente, la fecha de redacción de este Convenio –1950– provoca un evidente desfase en lo relacionado con la regulación de la utilización de la Informática ya que, si resulta evidente que la tecnología ha progresado sustancialmente desde esta fecha, resulta obvio que la aplicación de la Informática al Derecho en general y a la gestión de datos personales en particular ha ido ganando protagonismo en la medida en que los equipos informáticos –hardware– y los programas de gestión –software– han evolucionado, resultando desde hace relativamente pocos años cada vez más operativos a la par que más rentables económicamente.

A pesar de este normal desfase cronológico del Convenio en lo relacionado con la Informática, es de destacar el apartado n.º 2 del artículo 8 en el que, refiriéndose al derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, se establece:

«No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad

⁽¹²⁾ A la distinción entre intimidad –concepto amplio– y privacidad –concepto restringido– se refiere el mismo Proyecto de Ley en el apartado I de su exposición de motivos.

nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.»

Este art. 8.2. comienza estableciendo el principio general de la no injerencia por parte de la Administración en la intimidad personal de los ciudadanos para, a continuación, establecer los casos en los que se admiten excepciones a dicho principio general y la reserva de ley para el establecimiento de dichas excepciones y limitaciones ⁽¹³⁾.

No es aventurado afirmar que el contenido de este art. 8 del Convenio Europeo responde a la misma delimitación material que el art. 18 de la CE, en cuyo apartado 4.º sí se hace una mención expresa al uso de la Informática; el lapso de tiempo de casi tres décadas que separa a un texto del otro (1950-1978) ha permitido la evolución tecnológica que ha desencadenado la existencia hoy de una nueva problemática a la que necesariamente han de responder las normas jurídicas.

En cuanto a la operatividad del Convenio, sucede con su contenido lo que en otros Pactos internacionales en los cuales, al pretender aglutinar a un número amplio de Estados para su ratificación, se pierde concreción en la regulación y, por consiguiente, efectividad práctica del mismo.

Por ello, las excepciones recogidas en este art. 8.2. posiblemente resulten en la práctica en exceso numerosas y difusas, permitiendo así interpretaciones del Convenio que provoquen la impunidad de determinados actos ilícitos que puedan llevar a cabo las Administraciones de determinados Estados firmantes, bien directamente en su actividad habitual (sobre todo en lo referido a la actividad de policía stricto sensu), o bien indirectamente, no evitando la incorrecta actuación de los particulares ⁽¹⁴⁾.

b) El segundo Convenio también se redactó bajo los auspicios del Consejo de Europa y su finalidad es, expresamente, la ordenación de la utilización de la Informática en la gestión de los datos personales de los ciudadanos. Es el Convenio Europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Convenio n.º 108), redactado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y ratificado por España el

⁽¹³⁾ Además, en el Convenio se prevé la creación de dos órganos (la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) que serán competentes para conocer de las demandas que particulares, asociaciones no gubernamentales o Estados interpongan contra los Estados ratificantes transgresores del Convenio (Títulos II, III y IV).

⁽¹⁴⁾ Recuérdese la ocasión en que la Comisión rechazó una demanda contra la entonces República Federal de Alemania por permitir su legislación la conservación indefinida de las fichas y los antecedentes penales en los ficheros y bancos de datos de los Cuerpos de seguridad del Estado, rechazo que la Comisión fundamentó en la afirmación de que tal posibilidad no era contraria a lo previsto en el Convenio desde el momento en que el apartado 2.º del art. 8 prevé la excepción relativa a la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983).

27 de enero de 1984, con entrada en vigor el 1 de octubre de 1985 (Instrumento publicado en el BOE de 15 nov. de 1985) ⁽¹⁵⁾.

El Convenio se aplica al tratamiento de datos de personas físicas que se realice en el ámbito público o privado, afectando a cualquier tipo de ficheros. El contenido material del Convenio se articula a través de un esquema tripartito:

- a) *Disposiciones generales y principios básicos para la protección de datos* (Cap. I y II),
- b) *Normas reguladoras del flujo de datos a través de las fronteras* (Cap. III) y
- c) *Organización de la ayuda mutua y de las consultas entre las partes.* (Cap. IV y V).

El art. 1 (Cap. I) de dicho Convenio establece bajo la rúbrica «Objeto y fin»:

«El fin del presente Convenio es garantizar, en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona (“protección de datos”).»

Es interesante comparar, al igual que hicimos con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, lo dispuesto en este art. 1.º con lo previsto en el 18.4. de la CE (anterior cronológicamente). El Convenio matiza lo dispuesto explícitamente por la Constitución, de forma que ya no se trata tanto de «limitar» el uso de la Informática para garantizar al ciudadano la intimidad personal y el ejercicio de sus derechos, como de «garantizar» el respeto de los derechos fundamentales en relación con la gestión informática de los datos personales, incluyendo el derecho a la vida privada; de modo que se hace una inversión de los términos transitando de lo genérico a lo concreto en vez de lo concreto a lo genérico (HEREDERO HIGUERAS, 1.986).

Además, en este Convenio se reitera el mandato dirigido al legislativo establecido en el art. 18.4. CE, en el sentido de que se regule –limite– a través de una Ley la utilización de la Informática en la gestión de datos personales ya que, el art. 4 del Convenio, iniciando el Capítulo II del mismo, establece bajo la rúbrica «Principios básicos para la protección de datos»:

«1. Cada Parte tomará, en su derecho interno, las medidas necesarias para que sean efectivos los principios básicos para la protección de datos enunciados en el presente capítulo.

⁽¹⁵⁾ El Consejo de Europa, además de propiciar la redacción del Convenio n.º 108, ha dirigido desde el año 1985 varias recomendaciones a los Estados miembros en lo relativo a la protección de los datos personales, con un contenido material más concreto: campañas de publicidad directa (1985), datos utilizados por la Seguridad Social (1986), por la Policía (1987), comunicación a terceros de datos en poder de organismos públicos (1991).

2. Dichas medidas deberán adoptarse a más tardar en el momento de la entrada en vigor del presente Convenio con respecto a dicha parte.»

El Capítulo II del Convenio, que comienza con este art. 4, supone la *regulación mínima* que debe ser desarrollada por las normas internas que cada Estado parte dicte después de la ratificación y así, vemos cómo el Proyecto de LORTAD lo que pretende es, al fin, cumplir los compromisos del Estado español, tanto en lo relativo al mandato constitucional contenido en el art. 18.4. CE como al del art. 4 del Convenio de 1981, cubriéndose el vacío legal que supone la inexistencia de un texto que sistematice todas las normas jurídicas referentes al Derecho Informático o, mejor, referentes a la utilización de la Informática en la gestión de los datos personales de los ciudadanos.

En tanto en cuanto que no se promulga la LORTAD, nuestra regulación actual seguirá siendo escasa, asistemática, y estará dispersa en diversas normas de distinto rango legal y contenido material cada una y, lo que es más peligroso desde el punto de vista de la seguridad y de la efectividad jurídica, se seguirán manteniendo importantes lagunas en el ordenamiento jurídico que provocan la indefensión del ciudadano ante la actuación ilícita de la misma Administración o de organizaciones privadas, que operan en ocasiones como auténticos «delincuentes informáticos», impunes necesariamente por falta de regulación legal o de tipificación que sancione su comportamiento ⁽¹⁶⁾.

2.3. Proyectos legislativos españoles.

Desde 1980 hasta hoy se han producido en la actividad parlamentaria numerosísimos actos que tienen como objeto la regulación legal de la utilización de la informática en la gestión de datos personales de los ciudadanos ⁽¹⁷⁾. Estos actos han sido «preguntas» dirigidas al Gobierno —orales y escritas—, «comparencias» de distintos ministros —ante el Pleno y en Comisiones—, «Proposiciones no de ley» y «Proposiciones de ley». Para no desbordar el tema propuesto y por ser los más claros antecedentes de la LORTAD de entre toda la actividad parlamentaria, nos referiremos únicamente a estas últimas ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ No debe confundirse nuestra situación actual con la opción elegida por algunos Estados, prefiriendo una regulación sectorial, a través de varias normas, en vez de una legislación global, en una sola, ya que ello es fruto de una decisión legislativa racional, y no de la simple falta de previsión.

⁽¹⁷⁾ La primera actividad parlamentaria de este tipo publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales data de 1980, y fue una pregunta escrita presentada por el diputado D. Manuel Fraga Iribarne sobre la necesidad de un proyecto de ley de protección de datos o de ordenación y control del uso de la informática. (BOCG del Congreso de los Diputados, Serie F, n.º 1024-I y 1024-II, de 24 de julio y 5 de noviembre de 1980).

⁽¹⁸⁾ a) Proposición de la ley protección al honor y a la intimidad de las personas frente a la utilización de las Bases de Datos, presentada por el Grupo parlamentario de Coalición Popular en el Congreso de los Diputados el día 27 de abril de 1987 (debatida en Pleno y rechazada el día 12 abril 1988).

b) Proposición de ley orgánica para la protección de los derechos y libertades en relación con el uso de la informática y las telecomunicaciones, presentada por el Grupo parlamentario

Distinguimos dos «grupos»: las que son auténticos «proyectos de ley», al acompañarse de un texto articulado cuya aprobación supondría la aparición en el ordenamiento de una nueva norma encargada de regular lo relativo a la protección de datos personales frente al uso de la Informática (todas menos la del Grupo Parlamentario CDS) y las que suponen simplemente la reforma de alguna de las normas ya existentes (la del GP CDS, que pretende la reforma del Código penal, en aras de la tipificación el delito informático a través de la adicción de dos nuevos artículos, el 535 bis y el 535 ter.).

Dentro del primer grupo, todos los Proyectos de ley (es decir, el de Coalición Popular y el de Izquierda Unida) señalan como fundamento de su ser el vacío legal que provoca la inexistencia de una norma jurídica que regule el tratamiento automatizado de los datos personales de los ciudadanos, además de referirse a los mandatos del ya analizado art. 18.4 CE y del art. 4 del Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, que veremos posteriormente.

El contenido material de estos dos Proyectos es variado y ambos, en menor o mayor medida, reciben influencias de las legislaciones vigentes de Derecho comparado, anteriores a la presentación material del Proyecto. La distribución de dicho contenido material es distinta, pasando de los aparentemente escasos 10 arts. del Proyecto de Coalición Popular del año 1987 a los 42 artículos del Proyecto de IU-IC de 1988 y de 1989 (El Proyecto gubernamental de LORTAD contiene 48 artículos).

Cada uno de ellos aporta soluciones distintas a los problemas que plantea el uso de la Informática en el tratamiento de los datos personales y únicamente señalaré aquí, como novedad, el órgano de nueva creación que prevé la Proposición de IU-IC: la denominada Comisión Nacional para la telemática y la protección de los derechos y libertades, que podríamos comparar con la Agencia de protección de datos que recogen los arts. 34 y ss. del Proyecto de LORTAD.

3. CONCLUSIONES

Desde hace ya varios años, doctrinalmente se distinguen varias generaciones referidas a los Derechos Fundamentales ⁽¹⁹⁾, de tal manera que en el

Mixto-Agrupación Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya en el Congreso de los Diputados el día 23 de junio de 1988 (debatida en Pleno y rechazada el día 14 de abril de 1989).

c) Proposición de ley sobre el delito informático, presentada por el Grupo parlamentario del Centro democrático y Social en el Congreso de los Diputados el día 10 de marzo de 1989 (debatida en Pleno y rechazada el día 23 de junio de 1989).

d) Proposición de ley orgánica para la protección de los derechos y libertades en relación con el uso de la informática y las telecomunicaciones, presentada por el Grupo parlamentario Mixto-Agrupación Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya en el Congreso de los Diputados el día 22 de diciembre de 1989 (debatida en Pleno y rechazada el día 30 de abril de 1990). Este texto y el anterior son idénticos en cuanto a su contenido; simplemente, fueron presentados en dos momentos políticos distintos.

⁽¹⁹⁾ Así, la 1.ª generación de DF sería la nacida de los movimientos sociales revolucionarios.

derecho a la intimidad –DF clásico de 1.^a generación– aparece una nueva dimensión como consecuencia de la aplicación de la Informática a la gestión de los ámbitos personal y familiar del individuo.

De la misma forma que distinguimos generaciones en los DF, también se distinguen generaciones en las normas reguladoras de la protección de datos personales –Derecho comparado–. El Proyecto de LORTAD pertenece a la 3.^a generación de este tipo de normas, generación que se habría iniciado con el Convenio n.º 108 del Consejo de Europa (PÉREZ LUÑO, A. E., 1989).

Precisamente, la principal virtud de la LORTAD radica en que, debido a su redacción tardía (las primeras normas aparecieron en Europa en la década de los '70), ha sido posible conocer no sólo la legislación vigente en otros países, sino también su desarrollo y efectividad, es decir, ha sido posible analizar las soluciones propuestas por otros legisladores a problemas similares con una cierta perspectiva, de modo que se han podido adoptar los aciertos y eliminar los defectos.

En cuanto a las características «novedosas» de la LORTAD que nos permiten colocarla dentro de la 3.^a generación, podemos señalar:

–La finalidad, que es, como dice su Exposición de motivos «hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad puede suponer el acopio y tratamiento de datos por medios informáticos». Es decir, se trata de asegurar que las garantías de los DF en general y del derecho a la intimidad en concreto no se vean modificadas por la aparición de nuevas técnicas de comunicación, de modo que la estructura «tradicional» de los DF no sea alterada ni, lo que es más importante, reducida respecto de lo que ha sido su normal desarrollo desde el siglo XVIII.

–El establecimiento de los principios de «congruencia» (supone que los datos personales recogidos en ficheros informáticos han de ser veraces –congruentes con la realidad a que se refieren–); de «racionalidad» (supone que los datos sólo podrán ser utilizados para el fin con el que fueron obtenidos

rios acaecidos en el siglo XVIII en Norteamérica y, sobre todo, en Europa (Revolución Francesa). Estos DF de 1.^a generación se caracterizan por ser derechos civiles y políticos, es decir, derechos de defensa de la individualidad de la persona frente a la actividad del Estado.

La 2.^a generación de DF aparecería en el primer tercio del s.XX y hallaría su consolidación hacia la mitad del mismo, como reacción a los abusos cometidos por los beligerentes en la II Guerra Mundial. En esta generación aparecen los derechos económicos, sociales y culturales y, frente a la 1.^a generación, se caracterizan por ser consecuencia de una nueva concepción de la persona, entendiéndola no sólo como individuo, que garantizan la 'inactividad' del Estado en determinados ámbitos personales, sino que son una exigencia de actividad positiva que un colectivo –el grupo social– dirige al Estado, al que se ve como la cristalización política de dicho grupo.

Si la 1.^a generación de DF es consecuencia del paso del 'Estado absolutista' al 'Estado liberal' y la 2.^a generación lo es del paso del Estado liberal al 'Estado social', la 3.^a generación podríamos afirmar que es hija del 'Estado del bienestar', de modo que la característica de estos derechos es, por una parte, la solidaridad y, por otra, la reacción contra la degradación paulatina sufrida en este final de siglo por los DF contenidos en las otras dos 'generaciones'.

o solicitados); de «consentimiento» o «autodeterminación» (que suponen, por una parte, la necesidad de que la persona otorgue su consentimiento expreso para la obtención de determinados datos –los denominados «datos sensibles»– y, por otra, la posibilidad de elegir el nivel de protección de que gozan los datos a ella referentes) y los denominados derechos de acceso, de rectificación y de cancelación (posibilidad que tiene toda persona de conocer en cualquier momento los datos contenidos en ficheros informáticos que se refieran a ella y de solicitar la modificación o anulación de los datos que resulten falsos o inexactos).

–La regulación de lo que se ha dado en denominar ‘«flujos» o «transferencias» internacionales de datos’, estableciendo determinados requisitos a cumplir por parte de los Estados receptores exceptuando de dichas transferencias datos con un especial carácter de privacidad –los ya señalados «datos sensibles»–.

Por último, el establecimiento de la Agencia de Protección de Datos; a ella se dedica todo el Título Sexto del Proyecto, y se configura como un órgano administrativo independiente –en la medida en que su Director es nombrado por un plazo de 4 años y no puede ser apartado del puesto sino por causas tasadas legalmente– que está encargado, entre otras funciones, de velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación [art. 36, a)], de procurar la cesación de los tratamientos de datos y la cancelación de los ficheros que no se ajusten a la Ley [art. 36, f)], y de ejercer la potestad sancionadora [art. 36, g)].

Como un órgano integrado dentro de la Agencia, se crea el Registro General de Protección de Datos, en el cual se habrán de inscribir, para que su utilización sea lícita, los ficheros, los datos identificativos de los propietarios y usuarios de los mismos, las autorizaciones de uso otorgadas por la Agencia, etc. (art. 38). Es decir, este Registro opera como un cauce de publicidad de los ficheros, de modo que se trata de evitar la indefensión de la persona, primero a través del control de los datos contenidos en los ficheros y, segundo, a través del conocimiento de los responsables del archivo y de la utilización de dicho contenido, canalizándose a través de la Agencia las posibles reclamaciones de los afectados.

BIBLIOGRAFIA

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. et al., «El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Madrid, *Civitas S. A.*, 2ª ed., 1983, 695 pp., p. 101.

HEREDERO HIGUERAS, M., «La Informática y el uso de la información personal», en AAVV, *Introducción a la Informática Jurídica*, Actas del Congreso *Introducción a la Informática Jurídica*, Granada, 8-10 mayo 1985, al

cuidado de RIVERO, A. M. y SANTODOMINGO, A., Madrid, *Fundesco*, 1986, 167 pp., p.38.

LOSANO, M. G., PÉREZ LUÑO, A. E., GUERRERO MATEUS, M. F., «Libertad Informática y leyes de protección de datos personales», Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 213 pp., p. 148 y 149.

**MESA N.º 3.-PROTECCION DE DATOS III.
(Situación Internacional)**

