

# BANCOS DE DATOS Y TUTELA DE LA PERSONA

Por VITTORIO FROSINI

## 1. DEL «RIGHT TO PRIVACY» A LA LIBERTAD INFORMÁTICA

Hace cien años se formuló por primera vez en términos jurídicos una nueva exigencia de libertad personal, desconocida hasta aquel entonces, y que emergía como característica de la sociedad contemporánea: el *right to privacy*. Esta expresión apareció como título de un artículo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, publicado en 1881 en la *Harvard Law Review* (1). La intención de los dos autores era de indicar con ella el «derecho de gozar de la vida, o sea el derecho de estar solo (*to be let alone*)»: un derecho amenazado y a veces hasta sofocado por las intrusiones que ocurren en la esfera de la vida privada, aun en la más secreta intimidad personal, en una sociedad dominada por la necesidad de informaciones y sometida al control de los medios de comunicación de masas.

Cuando se propuso y se invocó el nuevo derecho, estas estaban representadas por los diarios, cuya difusión era tan vasta y rápida que una noticia se hacía fácilmente de dominio público; de otra manera ésta hubiera podido ser reservada, o sea conocida por un grupo bastante limitado. En el caso de Warren fue un episodio de su vida privada que ocasionó su artículo y alentó su imaginación jurídica: casado con la hija del senador Bayard, Warren llevaba una vida lujosa y mundana, que por su carácter dispendioso y suntuoso suscitaba la curiosidad y la crítica de los diarios; para protestar contra lo que consideraba como una invasión ilícita de su vida privada, de la que no tenía que rendir cuenta a nadie, como un atentado contra

---

(1) S. D. WARREN y L. D. BRANDEIS: «The Right to Privacy», en *Harvard Law Review*, 4, 1890-91, 193-220 (cit. pág. 193).

su libertad, se asoció con un viejo compañero de estudio, Brandeis (quien luego fue un juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos), para pedir que los tribunales consideraran (en conformidad con el método de la *case law*) el *right to privacy* (derecho a la privacidad) y le dieran una forma de tutela jurídica.

Cien años después, el problema planteado en términos paradójicos por los dos estudiosos, como si se tratase de garantizar al individuo el derecho de convertirse en un Robinson en el corazón mismo de la vida social, es aún actual aunque su fisonomía sea más compleja; sin embargo, la fórmula del *right to privacy* ha sido, mientras tanto, consagrada oficialmente por sentencias, leyes y acuerdos internacionales (2).

Es cierto que el principio de la privacidad, como se lo concebía, a modo de un mito puritano, en una época caracterizada por el fuerte individualismo de un capitalismo en ascenso, ya no es más aceptado en la sociedad de masas actual. Se considera el derecho de crónica como una parte esencial de la libertad de prensa, que se basa en el derecho de información, considerado bajo su doble aspecto de derecho de ser informado y derecho de informar a los lectores. Al contrario, se fue delineando y tomando consistencia el derecho opuesto, llamado *right to publicity*, o sea el derecho de poder aprovechar la propia notoriedad, el propio nombre, la propia imagen, cediendo en exclusividad noticias e imágenes a las agencias de información o de publicidad. Es también cierto que la ramificación de los servicios sociales administrados por el Estado, su penetración cada vez más difusa en la vida de la sociedad civilizada, obliga al individuo a una participación mayor (incluso pasiva) en la organización administrativa de la colectividad, y reduce cada vez más la posibilidad de una gestión autónoma de la propia vida privada. Por otra parte se debe reconocer que el *right to privacy*, entendido según los términos exactos y absolutos enunciados por Warren y Brandeis como *right to be let alone*, no puede referirse a la esfera más íntima, por ejemplo la de las relaciones sexuales y familiares, en la que debe tomar evidentemente un significado distinto (3).

---

(2) F. RIGAUX: «L'élaboration d'un 'right of privacy' par la jurisprudence américaine», en la *Revue Internationale de Droit Comparé*, XXXIII, 1980, págs. 701-730. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, votada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en San Francisco, incluye la veda de toda «*arbitrary interference with privacy*» (art. 12).

(3) En 1928, L. D. Brandeis, juez de la Corte Suprema, afirmó otra vez que los autores de la Constitución de los Estados Unidos «*conferred as against the government the right to be let alone —the most comprehensive of rights, and the rightmost*

Sin embargo, existe un nuevo aspecto del mismo problema, que confirmó la importancia y la validez de su núcleo conceptual y que le confirió una nueva dimensión de actualidad en la sociedad tecnológica en la que vivimos. Entre los medios de comunicación de masa, a los diarios, se agregaron la radio, la televisión, el cine y por último llegó el ordenador. Al principio éste era un instrumento sofisticado de cálculo numérico, por esto su nombre de «calculador electrónico»; pero su evolución técnica y la introducción de los caracteres alfa-numéricos permitieron que en él se memorice, se procese y gracias a él se transmita y se difunda cualquier tipo de información. Este proceso se produce a una velocidad superior hasta a la del pensamiento humano, pues el tiempo de unidad operativa del ordenador se ha ido reduciendo hasta un millonésimo de segundo, y la información puede ser comunicada sin un intervalo de tiempo perceptible, o por lo menos apreciable, y sin límites de espacio, como si fuese puro pensamiento. El ordenador representa una prótesis electrónica de la inteligencia humana, por esto se habla de su «inteligencia artificial», por supuesto no creativa sino aplicativa, que actúa como una mimesis mecánica de la inteligencia humana: el ordenador como *simia hominis* (4).

La posibilidad de acumular informaciones en cantidad ilimitada, de compararlas y de agregarlas, de encontrarlas inmediatamente en una memoria inmensa e indefectible, de objetivarlas y transmitir las como una mercadería (en forma de cintas, rodillos, tambores o discos magnetizados), permite un nuevo poder de dominio social sobre el individuo, el poder informático. Se afirmó que la recopilación electrónica de datos representa un desarrollo respecto a la recogida manual precedente (tarjetas manuscritas, fascículos o *dossiers* archivos), pero mantiene su carácter principal. Pero esta opinión no tiene en cuenta el hecho que el ordenador permite efectuar una contracción de tiempo de las recopilaciones de datos en dimensiones extremadamente reducidas, la transcripción de estos datos en un metalenguaje de grabación magnética, una combinación elevadísima o «control cruzado» de los datos entre ellos; éstas constituyen novedades decisivas. Hasta hace poco, la identificación del dato, su agregación, su circulación, así como se efectúan en un sistema informático, eran sencillamente inconcebibles.

---

*valued by civilized men»* (opinión discordante en *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 473).

La jurisprudencia británica, contrariamente a la norteamericana, rehúsa la idea de un *right to privacy*: véase P. STEIN y J. SHAND: *Legal Values in Western Society*, Edinburgh Univ. Press, cap. VIII.

(4) V. FROSINI: *Cibernética, derecho y sociedad*, trad. cast. de C. Salguero y R. Soriano, con prólogo de A. E. Pérez Luño, Tecnos, Madrid, 1982.

En el marco de la civilización tecnológica, el «derecho a la privacidad» se presenta como una nueva forma de libertad personal, que ya no es más la libertad negativa de rehusar o prohibir la utilización de informaciones sobre la propia persona, pero se convirtió en la libertad positiva de ejercer un derecho de control sobre los datos concernientes a la propia persona, que hayan ya salido de la esfera de la intimidad para convertirse en elementos de un archivo electrónico público o privado. Esta es la «libertad informática» que consiste en el derecho de autotutela de la propia identidad informática: o sea el derecho de controlar (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales inscritos en las tarjetas de un programa electrónico (5).

El ciudadano tiene el derecho de disponer libremente de los propios datos personales, salvo los límites y las obligaciones previstos por la ley, así como tiene derecho de disponer libremente del propio cuerpo (en conformidad con el clásico principio del *Habeas Corpus Act* de 1679), y del propio pensamiento en sus distintas formas de expresión; pues, si alguien detiene abusivamente y utiliza a su arbitrio los datos concernientes a un ciudadano (que pueden también ser de naturaleza delicada, como aquellos sobre sus condiciones físicas o psíquicas), ejerce, en realidad, sobre éste un poder basado en la información.

La doctrina propuso y discutió varias veces la comparación entre el derecho a la privacidad de la vida privada, invocado por el hombre de nuestro siglo, y el derecho de propiedad privada, proclamado como un «derecho natural» en los siglos precedentes y al que podría aproximarse el *right to privacy* en la concepción de sus primeros autores, Warren y Brandeis. Por cierto, trátase de una analogía sugestiva que, sin embargo, no puede establecer un paralelismo preciso ya que, en las condiciones de la sociedad actual, el derecho a la intimidad no abarca sólo la esfera del Derecho privado y del interés patrimonial sino atañe más bien la esfera de los derechos políticos ejercitados por el ciudadano, respecto al poder público, que se convirtió en «poder informático» en cuanto detentor y administrador de los archivos electrónicos más complejos: basta pensar en el registro tributario, en el registro sanitario, en el registro judicial, y en los demás posibles. Por lo que no se trata más de una libertad aristocrática adecuada a unos pocos privilegiados que desean *to be let alone*, sino de una libertad democrática

---

(5) S. RODOTÀ: *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1973; V. FROSINI: «La protezione della riservatezza nella società informatica», en *Informatica e Diritto*, VIII, 1981, págs. 5-14; A. E. PÉREZ LUÑO: «Informática y libertad», en *Revista de Estudios Políticos*, 1981, núm. 24, págs. 31 y sigs.

concerniente a todos, en las relaciones sociales que tomaron nuevas formas, gracias a la civilización tecnológica.

## 2. NOTICIAS HISTORICAS DE LEGISLACION COMPARADA. EL VIRAJE DECISIVO DE 1970

El momento crucial en la historia jurídica del «derecho a la privacidad», a la «libertad informática», ha sido marcado por las actas legislativas que se sucedieron después de 1970 y que abrieron un camino nuevo a lo largo del cual avanzaron decisivamente las legislaciones de los países de civilización industrial avanzada. Además, las nuevas Constituciones democráticas de Portugal, en 1977, y de España, en 1978, han dado una consagración jurídica particularmente solemne al nuevo derecho de libertad. Por tanto, este último decenio ha sido decisivo para la introducción de la nueva forma de libertad en la civilización jurídica.

Hasta 1970, el ordenamiento jurídico italiano no reconocía específicamente el derecho a la privacidad en forma autónoma, o sea considerado como un derecho específico subjetivo a la intangibilidad de la esfera privada de la persona humana. Había que remontarse al principio fundamental sancionado por el artículo 15 de la Constitución italiana, según el cual «la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación son inviolables», y luego construir una estructura jurídica unitaria con las distintas formas de protección de cada uno de los derechos de la personalidad (como el derecho al nombre, a la imagen, al honor) (6). En efecto, varias normas de protección de la vida privada estaban en vigor, pero parecían más bien fragmentos esparcidos de una única forma de garantía jurídica: el Código Penal condenaba las distintas formas de ofensa y el Código Civil tutelaba algunos aspectos de la privacidad personal (7); una ley expresa protegía el secreto bancario (RDL 17 de julio de 1937, núm. 1.400, art. 10), otra ley imponía a los trabajadores domésticos

(6) El pacto internacional relativo a los derechos humanos (constituido por dos actas, la primera concerniente a los derechos económicos, sociales y culturales, la segunda a los derechos civiles y políticos), aprobado por la Asamblea General de la ONU con resolución 2200 del 16 de diciembre de 1966, y que contiene elementos importantes para la protección de la personalidad, se hizo ejecutivo en Italia sólo diez años después, con la ley del 25 de octubre de 1977, número 881.

(7) Véase el informe de T. A. AULETTA: *Riservatezza e tutela della personalità*, ed. Giuffrè, Milán, 1978. Incluidas las indicaciones bibliográficas acerca del debate importante que tuvo lugar en la doctrina, entre A. de Cupis y G. Pugliese sobre «derechos de la personalidad».

«mantener la discreción necesaria en todo lo que se refiere a la vida familiar» (L 2 de abril de 1958, núm. 339, art. 6); la doctrina estaba incierta o discordante sobre la atribución de los derechos de la personalidad.

Convendría subrayar cómo la primera formulación explícita del derecho a la privacidad, como se lo considera hoy, se hizo en relación a las exigencias productivas de la sociedad tecnológica y a las nuevas posibilidades ofrecidas por los dispositivos tecnológicos de control e intromisión en la esfera de la vida privada. Los artículos 4, 5 y 6 de la ley llamada «Statuto dei lavoratori» (Estatuto del trabajador) (L 20 de mayo de 1970, núm. 300) prohíben en efecto «la utilización de equipos audisivos y de otras instalaciones para controlar a distancia la actividad de los trabajadores» y limitan rigurosamente las visitas personales de control sobre el trabajador. El artículo 8 «prohíbe al empleador, en vista de la contrata, como en el curso de la relación de trabajo, investigar, aun por medio de terceros, no sólo sobre las opiniones políticas, religiosas o sindicales del trabajador sino también sobre hechos irrelevantes para la evaluación de la actividad profesional».

En el texto de ley que hemos ya citado, resulta evidente cierta preocupación de las nuevas formas de control organizado con instrumentos nuevos y con nuevos métodos de investigación, por supuesto el intérprete puede incluir entre ellos las computadoras y los programas electrónicos. Además, éstos no estaban mencionados explícitamente ni siquiera en la ley, que se considera como precursora de la nueva legislación sobre la libertad informática: la emanada en los Estados Unidos de Norteamérica con el título *Fair Reporting Act 1970* (Public Law 91-508 del 26 de octubre de 1970, 15 U.S.C.), destinada a proteger al cliente de las casas de crédito contra *difamation, invasion of privacy, or negligence* (art. 1681h [e]) por parte de agencias de información, *regardless of how the information is stored* (art. 1681a [g]), o sea como quiera que se recopile y conserve la información.

### 3. DE LA DEFENSA DEL INDIVIDUO A LA PROTECCION DEL «BANCO DE DATOS»

Sin embargo, la nueva problemática que se planteó no concernía tanto al control de las informaciones individuales como al método adoptado para la recopilación de los datos, o sea la posibilidad de recopilar las informaciones en un «banco de datos» electrónico. La nueva relación que se fue estableciendo entre la cibernética (la nueva ciencia generadora de las computadoras electrónicas) y el derecho que la doctrina ya había tomado en consideración, en Italia también; hasta hubo una acta administrativa del go-

bierno del Land de Bavaria (República Federal Alemana) que estableció una disciplina reglamentar para la «redacción de normas con sistemas automatizados» (ley 27 de agosto de 1969, núm. 1552-2-75), con carácter vinculante sólo para los órganos administrativos de ese mismo Land. Tratábase, sin embargo, de un documento sobre el nuevo interés por las innovaciones tecnológicas en el campo del procesamiento informático de los datos, y no de un reconocimiento abierto del nuevo problema de la tutela de la privacidad como control sobre los bancos de datos personales.

Fue el Land de Hesse el que con una iniciativa que se hizo histórica, el 7 de octubre de 1970, emanó la primera ley sobre la protección de los datos (*Datenschutzgesetz*, GCBI I S-625), limitada, sin embargo, a la esfera del control sobre los acuerdos y procedimientos de la administración pública del Land. Esta era bastante esquemática, ya que estaba compuesta por diecisiete artículos (el último de estos fijaba la fecha de la entrada en vigor), pero presentaba algunas novedades muy importantes: pues no sólo regulaba la utilización de los centros de información electrónica administrados por las autoridades públicas de Hesse, con una referencia precisa al respecto del secreto (art. 3), y al derecho de control sobre los datos (artículo 4), sino también instituía por primera vez un órgano de vigilancia adecuado, el *Datenschutzauftrager* o comisario para la protección de los datos (art. 7.15), es decir, un magistrado público con una competencia específica en el campo de la gestión pública de los ordenadores electrónicos y de la aplicación de la ley (8). Esta primera ley ha sido luego sustituida por otra en el marco general de la nueva legislación alemana en materia informática: esta nueva ley de 1978 incluye entre otras cosas, la nueva obligación de registro de los bancos de datos (art. 25), la extensión de la noción de bancos de datos también a los sistemas manuales, y la limitación del control jurídico de los datos personales a las personas físicas (9).

La ley originaria de Hesse proliferó en toda la Alemania Federal: el 24 de enero de 1974 también el Land del Rin-Palatinado promulgó una ley análoga; el 27 de enero de 1977 el Parlamento de la República Federal

---

(8) El primer «comisario encargado de la protección de los datos», aún en ejercicio, fue el profesor Spiros Simitis, de nacionalidad griega, profesor titular de Derecho Civil y del Trabajo en la Universidad de Francfort, autor del libro sobre la *Crisi dell'informazione giuridica ed elaborazione elettronica dei dati*, introducción italiana de V. Frosini, ed. Giuffrè, Milán, 1977.

(9) La nueva ley de Hesse, junto con las otras leyes de los Lander y de la República Federal Alemana, está citada en el libro de J. ORDEMANN y R. SCHOMERUS: *Bundesdatenschutzgesetz*, C. H. Beck, Munich, 2.ª ed., 1978; véase en la *Einleitung*, una comparación entre las leyes, pág. 35.

Alemana emanó la «Ley sobre la protección de los datos contra la utilización ilícita de los datos personales» (BGBl. I S.201); ésta comprendía cuarenta y siete artículos y un anexo, y luego fue seguida por otras diez leyes análogas de algunos Lander y de Berlín Oeste y —esto merece una nota especial— por una ley eclesiástica sobre la protección de los datos de la iglesia evangélica y un reglamento (*Anordnung*) sobre la misma materia de la Iglesia católica de Alemania Federal, en conformidad con el artículo 10 de la ley federal anteriormente mencionada (10). A pesar de sus límites de territorio y de contenido, la misma ley de Hesse suscitó mientras tanto un fuerte interés en el mundo del derecho, que había tomado forma concreta en las nuevas iniciativas de ley, fuera de Alemania Federal también.

En 1972, se nombró en los Estados Unidos el *DHEW (Health, Education and Welfare) Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems* con la tarea específica de llevar a cabo una investigación sobre «*the impact of computers on record keeping about individuals*», cuyos resultados, publicados en julio de 1973, fueron determinantes para el *Privacy Act* de 1974, del que hablaremos luego. En febrero de 1970, el gobierno de Gran Bretaña ya había anunciado la nominación de un comité presidido por K. Younger, que publicó en julio de 1972 el *Report of the Younger Committee on Privacy*, sin que, por tanto, siguiese ninguna ley; en diciembre de 1975, el ministro del Interior presentó al Parlamento un «libro blanco» sobre *Computers and Privacy*; el 27 de julio de 1976 entró en función un nuevo *Committee on Data Protection*, presidido por N. Lindop, que concluyó sus labores con la presentación de un *Report* en diciembre de 1978; tampoco éstos tuvieron una continuación legislativa, no obstante se hubiesen presentado a la Cámara de los Comunes varios proyectos de ley (11).

---

(10) El *Beschluss der Landessynode zum Kirschengesetz der Evangelische Kirche in Deutschland* del 10 de noviembre de 1977 (ABIEKD 1978 S.2) y el *Anordnung uber den kirchlichen Datenschutz* del 5 de diciembre de 1977 (publicado por el Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, Bonn) están citados en el libro de K. KROGER: *Bundesdatenschutzgesetz*, Beck'sche Textausgaben, Munich, 1980, págs. 225-238.

(11) *Report of the Committee on Data Protection*, Her Majesty's Stationery Office, Londres, diciembre 1978, pág. 460.

El 19 de marzo de 1981, el ministro del Interior, Whietlaw, declaró en la Cámara de los Comunes que se tomarán en cuenta los documentos antedichos para la institución de un registro público de archivos informáticos, pero excluyó una ley orgánica sobre esta materia (véase *Official Report*; 19 marzo 1981, vol. 418, *Written Answers*, 161-162).



## 4. LA NUEVA LEGISLACION SOBRE LA TUTELA DE LA PRIVACIDAD

La primera ley realmente orgánica y completa sobre la protección de la privacidad y sobre el control de los bancos de datos, públicos y privados, fue emanada por el Parlamento sueco el 11 de mayo de 1973; la componían veinticinco artículos y varias disposiciones transitorias; luego, en 1979 (12), el mismo Parlamento la confirmó con algunas variaciones en el texto. No fue sin una razón histórica precisa que esta ley apareció por primera vez en Suecia, pues desde 1766 rige en este país una ley sobre la libertad de prensa, que incluye el así llamado «principio de la publicidad», o sea el libre acceso del ciudadano a todas las actas oficiales; un principio en parte limitado por una ley de 1937, modificada luego en 1976 (13).

Este precedente legislativo constituía de cualquier modo una importante premisa de carácter jurídico y político para una actualización del problema de las relaciones entre el ciudadano y la administración pública, que tuviese en cuenta adecuadamente el progreso tecnológico que se efectuó en la organización social.

En efecto, el problema de la distinción-conexión entre el sector público y el sector privado es uno de los puntos cruciales de la legislación sobre la libertad informática y los bancos de datos. El *Fair Credit Reporting Act 1970* de los Estados Unidos concentraba la atención sobre el primer sector; la *Datenschutzgesetz* de Hesse del mismo año sobre el segundo. El 26 de septiembre de 1973, el Comité de los Ministros del Consejo de Europa adoptó una «resolución» (núm. 22) sobre la «protección de la vida privada de las personas físicas respecto a los bancos electrónicos de datos en el sector privado», y sólo un año después, el 20 de septiembre de 1974, adoptó una resolución análoga (núm. 29) concerniente, esta vez, al sector de los bancos

---

(12) La ley sueca (*Datalagen 1973*, SFS 1973, núm. 289; 1979, SFS 1979, número 334) está citada en *Sverigesrikes Lag* de T. Nordstrom (ed.), P. A. Norstedt & Söners, Estocolmo, 1981, B.1209-B.1212. Entre las modificaciones efectuadas en el texto de la ley de 1979, señalamos: art. 2, p. 3: registro permitido sin autorización; artículo 3, p. 2: finalidad del registro; art. 3.a: carácter excepcional de la aprobación para ciertos datos personales; art. 6, p. 2: prohibición de informaciones concernientes a la evaluación; art. 10, p. 4: denegación de informaciones; art. 12, p. 2: aplazamiento; art. 18, p. 3: prohibición sobrevenida de registro; art. 20, últ. p. de la ley de 1973 sobre el carácter discrecional de la acción penal ha sido abrogado en la ley de 1979; art. 22: extensión de la sanción ya prevista en la ley de 1973.

(13) El texto actualizado por la ley de 1977, SFS 249, ha sido publicado en SGS 1976, núm. 611. En ésta, las variaciones contenidas en los artículos 13 y 18 se refieren a la ley de 1973.

de datos del sector público. Sin embargo, ambas resoluciones tenían sólo carácter de recomendación a los gobiernos, y, por tanto, no tenían carácter vinculante.

El año 1974 fue una etapa importante en la historia de la legislación en materia informática con la aprobación del Senado y del Congreso de los Estados Unidos, el 31 de diciembre, del *Privacy Act 1974* (Public Law 93-579); importante sobre todo porque los Estados Unidos eran ya el mayor productor de ordenadores y su red de servicio relativa a éstos era la más grande. Incluso esta ley, por la que la relación entre el ciudadano y la administración pública adquirió importancia, tuvo también, como en el caso de Suecia, una premisa significativa en el *Freedom of Information Act* (FOIA) de 1967 (5U.S.C.552), que reglamentaba el derecho al acceso del ciudadano a las actas oficiales. Recordemos que en el mismo año 1974 fue aprobado el *Family Educational Rights and Privacy Act* (FERPA, Public Law 93-380).

Sin embargo, con ese impulso de actualización continua, típico de la vida norteamericana, el Congreso de los Estados Unidos nombraba, ya en septiembre de 1975, una *Privacy Protection Study Commission*, presidida por D. F. Linowes, que emprendió solícitamente un examen crítico de la ley de 1974, y presentó el 12 de julio de 1977 su propio *Report* (14). Tomadas en cuenta las observaciones hechas en el *Report*, siguieron, por tanto, nuevas leyes en el campo de la legislación federal; el *Right to Financial Privacy Act* del 10 de noviembre de 1978 (Public Law 95-630) y el *Privacy Protection Act* del 13 de octubre de 1980 (Publ. L. 96-440). En los años setenta, cada Estado establecía mientras tanto una legislación, amplia y diversificada, sobre la materia (por no hablar de la rica jurisprudencia de las Cortes de Justicia), y de ésta nos limitaremos a recordar aquí el Senate Bill, número 170, aprobado el 8 de septiembre de 1977 por el gobernador de California, R. Reagan, el *Information Protection Act of 1977*.

A mediados de los años setenta, ya era tiempo para un reconocimiento jurídico de la nueva forma del derecho a la discreción sobre los datos, que de manera sintética llamamos «libertad informática», al nivel más alto de la conciencia política, y jurídica, así como está expresado en las cartas constitucionales. En efecto, la nueva Constitución portuguesa de 1977 enuncia el principio que cada ciudadano tiene el derecho de conocer sus datos

---

(14) *Personal Privacy in an Information Society*, U.S. Government Printing Office, Washington D.C. 1977, pág. 654. El capítulo 13 está dedicado al Privacy Act de 1974 (págs. 497-536). Se publicaron también cinco volúmenes de apéndice; el número 4 se titula *The Privacy Act of 1974: An Assessment*.

personales recopilados en los bancos de datos y su utilización, y de pretender su corrección y su actualización (art. 35). La Constitución española de 1978 prescribe que una ley especial limite la utilización de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el completo ejercicio de sus derechos (art. 18).

En la segunda mitad de los años setenta se suceden en los varios Parlamentos de las naciones europeas las presentaciones de proyectos orgánicos de ley, y se realizan con su aprobación las nuevas formas de garantía jurídica. A estas iniciativas legislativas pueden agregarse también la de dos países pertenecientes a la Commonwealth británica: Nueva Zelanda, que en 1976 aprobó el *Wanganui Computer Centre Act*, y Canadá, donde el 2 de junio de 1977 entró en vigor el *Human Rights Act*. En 1978 se sucedieron en Europa las leyes siguientes: el 6 de enero, en Francia, la ley relativa a la informática, a los archivos y a la libertad, núm. 8-17; el 8 de junio, en Dinamarca, la ley sobre los registros privados, núm. 293, seguida por la de los registros públicos; el 9 de junio, en Noruega, la ley sobre los registros de datos personales, núm. 48 (sancionada por el rey el 21 de diciembre de 1979 y vigente desde el 1 de enero de 1980); el 18 de octubre, en Austria, la ley sobre la protección de los datos personales, precedida y preparada por un proyecto de ley gubernativo presentado en el Parlamento en diciembre de 1975; el 31 de marzo de 1979, el Gran Ducado de Luxemburgo también emanó la ley para reglamentar la utilización de los datos nominativos en los procesamientos informáticos. En 1976, se prepararon en Bélgica y en Holanda proyectos orgánicos que, sin embargo, no han sido convertidos todavía en leyes formales.

Un examen comparativo de las legislaciones nacionales de Europa, que hemos citado, muestra la correspondencia y, a veces, la convergencia de las orientaciones seguidas respecto a algunas líneas fundamentales. Estas han sido puestas de relieve en una «recomendación» aprobada el 23 de septiembre de 1980 (15) por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE), del que forman parte todos los países citados; este es un documento muy significativo dada la importancia política y cultural del órgano que lo emanó, como representante de un conjunto de países con civilizaciones tecnológicas, más amplio que el de los países europeos. El Consejo de Europa, representado por su Comité de ministros,

---

(15) *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, OCDE, Paris, 1981 (existe también una versión en inglés). El texto de la «recomendación» fue elaborado por un grupo de expertos presidido por M. D. Kirby.

llevó a una plena actuación jurídica de las «resoluciones» de 1973 y 1974 anteriormente mencionadas, y, contemporáneamente, aprobó, el 22 de septiembre de 1980 una «convención sobre la protección de las personas respecto al procesamiento automatizado de los datos de carácter personal», abierta a la firma de cada Estado a partir del 28 de enero de 1981. Este acontecimiento marcó realmente una fecha en la historia aún reciente de la legislación sobre la libertad informática, ya que constituye un punto común esencial entre las distintas iniciativas legislativas y asume el valor emblemático de la toma de conciencia de los nuevos derechos de libertad como el fruto de una tradición de civilización europea y como el presupuesto de la futura convivencia política comunitaria de los Estados y de los ciudadanos en Europa.

En lo que se refiere a Italia, ésta aún no ha podido suscribir la convención (agosto de 1981), porque el artículo 4 de la misma establece que cada país adherente tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para hacer operantes en el propio ordenamiento los principios fundamentales para la protección de los datos establecidos en la convención, y que la aceptación de dichos principios ha de efectuarse, a lo más tardar, al momento de la entrada en vigencia del acuerdo; sin embargo, en Italia aún falta una legislación orgánica sobre la libertad informática, que una comisión de expertos, nombrada por el ministro de Gracia y Justicia, está elaborando actualmente (16).

##### 5. DIALECTICA DE LOS PROBLEMAS Y ELECCIONES DECISIONALES

La nueva relación que se estableció entre los ciudadanos, y entre los ciudadanos y el Estado, ha originado en la sociedad tecnológica actual el poder informático y la libertad informática como derecho subjetivo. Por tanto, se planteó de nuevo el problema fundamental de cómo reglamentar la relación entre poder y libertad en esta forma nueva, y por esto se adoptaron distintas soluciones que corresponden a distintas elecciones decisionales en la determinación del límite establecido entre poder público de control

---

(16) El 1 de abril de 1981 se aprobó la ley sobre el nuevo ordenamiento de la administración de la Seguridad Pública, núm. 121, que disciplina la institución de un Centro de Procesamiento de Datos en el ministerio del Interior (art. 6.12) y constituye la primera ley en materia de protección de los datos personales, limitándose «a la tutela del orden, de la seguridad pública y a la prevención y represión de la criminalidad». Para un comentario crítico, referirse a V. FROSINI: «Riforma della P.S. e automazione», en *Il Tempo*, 7 de marzo de 1981, pág. 17.

y de intervención y libertad privada de iniciativa para la recopilación y la tutela de las informaciones. Por tanto, la problemática relativa se articula y se compone en nudos y enlaces más o menos estrechos.

En la legislación federal de los Estados Unidos, coherentemente con las tradiciones y los intereses de esa sociedad civilizada, se afirmó en práctica el principio según el cual «todo está permitido, salvo lo que está prohibido» por una interdicción expresa y motivada de la ley; falta una autoridad pública cuya tarea específica sea ejercitar un poder de control y de restricción en materia de gestión de datos informáticos; se establecen los derechos de los ciudadanos, quienes se encargan de su tutela por medio de la acción judicial, también respecto a los órganos de la administración pública. Además, los Estados Unidos son el único país en el que la sanción prevista para la violación de la privacidad es exclusivamente pecuniaria; todos los demás países prevén, por lo menos de forma alternativa, una sanción carcelaria por el mismo delito.

En el otro extremo, la ley federal de la República Alemana parece basada, al contrario, en la regla según la cual cualquier actividad relativa al procesamiento de datos personales «está siempre prohibida, salvo cuando está permitida» por una autorización expresa del poder público. El Estado tutela los derechos del ciudadano por medio de un público oficial, quien también garantiza el respecto de los deberes de los órganos administrativos encargados de la gestión de los bancos de datos (17).

Las soluciones de los problemas particulares, de los que examinaremos los más significativos, se encuentran entre estas dos posiciones límite.

a) Todos los países con legislaciones sobre la protección de los datos personales han instituido la obligación de efectuar una registración de los bancos de datos; incluso el *Privacy Act* de los Estados Unidos lo prevé, pero concerniente sólo a los órganos de la administración federal. Existen, sin embargo, distintos niveles de control, o supervisión, de las obligaciones asumidas por las personas o los organismos que cumplieron con la obligación preventiva de la registración. La ley sueca, que puede considerarse como ejemplar ya que constituye un punto de referencia para todas las leyes sucesivas (en efecto la ley de Hesse de 1970 no preveía aún la obligación de registrar), dispone que se pida una autorización preliminar; que ésta pueda ser negada a los privados, teniendo en cuenta la calidad de los datos «sen-

---

(17) La ley alemana sobre la protección de los datos ha sido precedida, acompañada y seguida por una amplia literatura: nos limitaremos a señalar los informes críticos de W. BERG: «La Ley federal sobre la protección de los datos», en *Administrare*, 1978, págs. 396-409, y de O. KIMMINISH: *idem et ibidem*, 1979, págs. 179-191.

sibles» (\*); que se nombre a un responsable de la teneduría del registro, quien responderá a la Inspección de los Datos; a éste se conferirá el poder de intervención para la protección de los derechos. También en Francia, en Austria y en Dinamarca realiza una actividad de vigilancia de forma análoga un órgano especial, mientras que en Noruega se requiere una autorización de la Corona para ejercitar un poder reglamentario y, en otros países (República Federal Alemana, Canadá, Luxemburgo), los órganos de control tienen sólo un poder consultivo respecto a las autoridades gubernamentales que tutelaban directamente las leyes.

Existen, por tanto, tres formas distintas de intervención de la autoridad pública: o de la judicial, a petición directa del ciudadano, o de la administrativa, tras la iniciativa de un órgano especializado, o de la gubernativa.

b) Como ya lo hemos dicho, la reglamentación prevista para la teneduría de los bancos de datos puede concernir al sector público, al privado o ambos. La primera ley de Hesse, la ley norteamericana, la canadiense y la neozelandesa conciernen sólo al sector de la administración pública; las leyes de los demás países conciernen a órganos públicos y organizaciones privadas.

A esta distinción puede relacionarse también, como subdistinción, otra según la cual ciertos países protegen sólo los datos de las personas físicas, con referencia a su utilización por la administración pública: es el caso de Francia, Suecia, República Federal Alemana, Estados Unidos, Canadá y Dinamarca (ley danesa para el sector público); otros, en cambio, tutelán también los datos de las personas jurídicas privadas, por ejemplo Austria, Noruega, Luxemburgo y Dinamarca (ley para el sector privado).

c) La composición del órgano competente para la protección de los datos se diferencia mucho según los distintos países. La primera ley de Hesse creó la figura jurídica de un nuevo magistrado encargado de la vigilancia, pero sin la facultad de intervención directa; este modelo ha sido adoptado también por las leyes de los demás Lander alemanes y hasta por la misma República Federal; Canadá tiene también un *Privacy Commissioner* con deberes similares, pero que hace parte de una Comisión. En los demás países se recurrió a soluciones distintas: en Suecia y Dinamarca existe un órgano especial de la administración pública, la Inspección de Datos (*Datainspektionen*, en Suecia, y *Registertylsynet*, en Dinamarca); en Norue-

---

(\*) Se llaman «datos sensibles» los que atañen de manera sensible la privacidad personal. No lo son los que se refieren a la condición sanitaria (por ejemplo, en el caso de la ley sueca, haberse sometido a un tratamiento de desintoxicación de alcoholismo), a los precedentes penales, a la inscripción a asociaciones políticas o religiosas.

ga hay un órgano de control, compuesto por siete miembros nombrados por la Corona y en Luxemburgo existe uno similar compuesto por cinco miembros; en Austria, hay una comisión de cuatro miembros, nombrada por el Gobierno, tomando en cuenta las proposiciones de la Corte constitucional y de los Lander, y asistida por un Consejo de quince miembros, que representa a los partidos, los sindicatos y la administración pública. En Francia, la Comisión Nacional de Informática y Libertad está compuesta por diecisiete miembros que han sido elegidos o nombrados por distintos organismos estatales. Incluso los poderes conferidos a cada uno de los órganos citados se distinguen unos de otros.

*d)* Se plantea además un problema de carácter aparentemente tecnológico y no político, que concierne a cada uno de los distintos criterios reguladores de la protección de datos, como los que ya hemos examinado: ¿la ley debe concernir sólo a los archivos electrónicos de datos, o debe también abarcar los de uso manual, no automatizados, por lo menos en la parte esencial? La ley originaria de Hesse, modificada luego en el texto de 1978, y las de Suecia, Austria y Luxemburgo se limitan a regular la gestión de los archivos de datos de procesamiento electrónico, o sea, los «bancos de datos informáticos». Al contrario, otras leyes abarcan también la recopilación de informaciones a carácter manual, previendo para éstas, sin embargo, una reglamentación a veces distinta, como en Francia y en Noruega. Pero el problema sigue siendo de reconocer o no el carácter nuevo y distintivo del procesamiento electrónico de los datos, que requiere una legislación nueva y adecuada que proteja la libertad informática.

## 6. LA PROTECCION JURIDICA DE LOS DATOS EN EL CICLO OPERATIVO

Para definir y presentar sintéticamente los criterios adoptados en las legislaciones sobre la protección de los datos personales procesados electrónicamente, utilizaremos un esquema simplificador referido al ciclo operativo de la automatización informática, y que se efectúa en cuatro fases principales: *a)* la recopilación de los datos; *b)* su procesamiento (comparación, agregación, análisis finalizado); *c)* el resultado obtenido y puesto a disposición, y *d)* su transmisión en redes informáticas y su difusión.

*a)* Se establecen los límites lícitos para la recopilación de datos de carácter personal: se pueden distinguir límites de origen subjetivo (petición de consenso del interesado) y de orden objetivo (exclusión de ciertas categorías de datos según su calidad). Se exige, además, que los datos sean ve-

rídicos, exactos, completos, obtenidos lealmente y concernientes a las finalidades indicadas. Se prohíbe la recopilación de datos «sensibles» a fines discriminatorios (raza, opinión política, religión), o que pueden tomar este carácter; por ejemplo, los datos referidos al estado de salud o a precedentes judiciales.

Sin embargo, se han alegado objeciones y reservas críticas sobre este último punto; en efecto, la investigación científica requiere, sobre todo para los exámenes estadísticos, la utilización de ciertas categorías de datos «sensibles», cuya recopilación autorizada no puede atribuirse y limitarse sólo a la autoridad pública, sino que su carácter y su finalidad científica deben ser garantizados cuando esté confiada a privados (18).

b) La seguridad y la transparencia constituyen dos requisitos esenciales en el procesamiento de los datos. La *seguridad* debe tutelar el carácter secreto de los datos adquiridos por el conocimiento o la manipulación o la supresión por parte de personas no autorizadas a efectuar su procesamiento. Por esto se regula el derecho al acceso a los bancos de datos y se prohíbe su procesamiento con finalidades distintas de las establecidas. La *transparencia* consiste en la posibilidad de controlar los procesamientos, de que responde el responsable de los archivos personales magnetizados; por tanto, éste debe ser identificable, fácil de encontrar y disponible para las indicaciones requeridas.

Este criterio de vigilancia y de aplicación correcta de la ley es particularmente importante cuando la automatización de los datos compete a la autoridad administrativa (sector público); por esto, algunas legislaciones prevén disposiciones especiales para el funcionario público responsable.

c) Por lo que se refiere al resultado del procesamiento, ha de ponerse de relieve que es en esta fase en la que la libertad informática toma consistencia como derecho de control sobre los propios datos personales (libertad de informarse). Esta afirmación no es conforme a la definición corriente de la *privacy*, considerada como protección de los propios datos personales en la fase de su circulación (19). En el cuadro de una legislación sobre los

---

(18) El problema fue planteado por la European Science Foundation con un documento redactado por un grupo de expertos presidido por el profesor S. Simitis y aprobado por la Asamblea el 12 de noviembre de 1980: *Déclaration sur la protection de la vie privée et l'utilisation de données à caractère personnel à des fins de recherche*, ESF, Estrasburgo, 1980. V. Frosini representaba a Italia.

(19) Según la célebre definición de A. F. WESTIN (*Privacy and Freedom*, 1967), la *privacy* es la «pretención de individuos, grupos o instituciones a determinar por ellos mismos cuándo, cómo y hasta a qué punto la información que los concierne vaya comunicada a los otros».



bancos de datos, el derecho de libertad informática se refiere, en cambio, al momento de su composición y rectificación en el banco; en efecto, éste comprende la facultad conferida al sujeto de un control preventivo sobre los datos precedentes; las operaciones de comunicación a terceros, que se refiere a la correspondencia de los datos en salida con los datos en entrada de un programa informático (que pueden haberse alterado durante el procesamiento), y a la correspondencia entre el procesamiento efectuado y la finalidad requerida.

Este derecho ha sido garantizado de esta manera específica por el artículo 10 de la ley sueca, y ya había sido sancionado por el *Fair Credit Reporting Act* de 1970, en el artículo 1681 g; éste consiste en la facultad de controlar, corregir, actualizar y (bajo condiciones especiales) borrar los datos personales.

d) No cabe duda que el momento más delicado es en el que se ponen los datos en circulación interna, o sea al interior de un circuito de transmisión (como los datos que se transmiten de una oficina pública a otra) o externa, o sea divulgados de cualquier forma y, por tanto, disponibles para ser utilizados con fines distintos de los previstos desde un principio.

Es en este momento en el que se verifica una dispersión de los datos de carácter personal respecto a la personalidad concreta del individuo, cuando el ciclo puede considerarse concluso, y la ley salvaguarda la utilización de los datos destinados a una circulación interna y reprime los abusos cuando están destinados a circular externamente.

## 7. EL CONTROL DEL FLUJO DE DATOS PERSONALES TRANSFRONTERAS

La transmisión de datos personales de un país a otro (*transborder flow*) es un aspecto importante de la nueva problemática que ha de ponerse de relieve, dada su importancia creciente. El problema del flujo de datos personales transfronteras fue tomado en consideración ya desde la primera ley sueca de 1973, que establecía una autorización especial para el procesamiento automático de los datos en el extranjero (art. 11). Sin embargo, el mismo año la Convención Internacional de las Telecomunicaciones de Torremolinos (Málaga), del 25 de octubre de 1973, estableció el principio que el flujo internacional de datos (incluso personales), se efectuase sin obstáculos e interrupciones, y bajo condiciones de seguridad (o sea de secreto) entre los países firmatarios.

Existe, por tanto, un contraste de principios, que también es un con-

traste de intereses. Pues la relación entre los países productores y los países consumidores de datos informáticos constituye uno de los problemas más importantes de la civilización informática, que sí se extiende ya sobre todo el planeta, aunque en condiciones muy desiguales en los distintos países. En efecto, los países con civilización tecnológica avanzada son capaces de coleccionar, acumular y distribuir informaciones con los sistemas informáticos; mientras que los países con civilización tecnológica atrasada sólo pueden recibir y consumir las informaciones. En algunos casos ni siquiera pueden utilizarlas, ya que la información automatizada requiere equipos especiales para poder ser aprovechada, pues no se trata de un conjunto de datos, sino del programa electrónico que los relaciona, no en un léxico sino en un lenguaje. El libro de J. J. Servan-Schreiber, *El desafío mundial* (20), llamó la atención de un público vasto sobre el contraste entre las naciones; este libro, que contiene una imaginativa propuesta de colaboración internacional para la difusión de datos en los países del Tercer Mundo, mediante la telemática, o sea de los sistemas de transmisión y distribución a distancia de datos informáticos. Debemos, sin embargo, considerar que el contraste de fondo tiene un carácter económico, pues la informática es un nuevo tipo de riqueza, ya que gracias a ella la información se ha convertido en una mercadería o casi en una materia prima que puede aprovecharse, venderse o atesorarse: por esto, los países productores están interesados en mantener una supremacía garantizada por la libertad de intercambios entre países en condiciones desiguales; los países consumidores y desprovistos de una organización informática piden, al contrario, que el país de origen de los datos, en el que se captan y se recopilan, pueda ejercitar un control o casi un derecho aduanero, sobre el flujo de datos transfronteras.

Esta pretensión topa con un principio generalmente aceptado: el principio de la libertad de información, de la libre utilización de los datos y de una utilización *discreta* de los conocimientos. En los campos de la información científica y periodística, este principio no sólo está admitido sino también está considerado como esencial para llevar a cabo esas actividades. Pero la cuestión adquiere una importancia particular cuando concierne a los datos relativos a la *privacy* o privacidad de la vida individual, ella también expuesta a la posibilidad de un procesamiento informático: o sea de sufrir una investigación continua y minuciosa, en cuanto a todas las oportunidades y necesidades que tiene el ciudadano de un país industrializado de utilizar o someterse al procesamiento informático de sus datos personales, como en el caso del registro tributario.

---

(20) J. J. SERVAN-SCHREIBER: *Le défi mondial*, Paris, 1980.

Un ejemplo muy significativo de las diferentes situaciones entre países productores y países informadores nos fue dado por una ponencia en el Simposio organizado en Viena en septiembre de 1977 por la OCDE y dedicado justamente al «flujo de datos transfronteras y a la protección de la privacidad» (21). El delegado de un Estado de Europa oriental reveló que su país, al no disponer de un sistema adecuado de equipos electrónicos, se valía para las reservaciones de viajes aéreos de una conexión internacional con una agencia con sede allende el Atlántico, ésta desempeñaba su actividad mediante la transmisión telemática. Por esto, se conocía mejor en el extranjero que en el país mismo la fecha, la destinación y los acompañadores eventuales de los viajes de los hombres políticos de ese país.

La transferencia de un archivo electrónico de un país a otro puede causar inconvenientes varios y graves, que un ciudadano podría deber enfrentar sin una defensa jurídica.

Mientras que en el sector del derecho interno se puede lograr, en efecto, una protección adecuada de la privacidad de la persona, cuando se efectúa un flujo de datos transfronteras, puede verificarse un pasaje de los datos mismos de un Estado provisto de garantías jurídicas a un Estado desprovisto de ellas, o sea cuya legislación permite la ocultación o la manumisión de los datos (los susodichos paraísos informáticos, por analogía con los «paraísos fiscales» que permiten la ocultación de capitales financieros). Por ello, el procesamiento y el análisis cruzado de los datos (aunque aparentemente «neutros» o «insensibles», si tomados aisladamente, uno por uno, y provenientes de distintos países) logran *evitar* las cautelas jurídicas dispuestas para tutelar a los interesados.

Por esto, la antedicha Convención europea de 1980 prescribe que la libertad de transferencia de datos de un país a otro sea condicionada a la equivalencia de protección de los datos entre los dos países (art. 12). Pero esta condición es válida sólo para los países europeos firmatarios de la Convención, concerniente a las relaciones entre las naciones que ya están recíprocamente vinculadas por sujeciones jurídicas y económicas, y por una solidaridad política. El caso de las relaciones con otros países fuera de la zona europea es distinto; es por esto por lo que en la primera reunión del grupo de trabajo instituido para el estudio de la protección de los datos informáticos y el Derecho Internacional, que se celebró el 25 y el 26 de mayo de 1981 en Roma por la iniciativa de la Oficina Intergubernamental para la Informática (IBI), la delegación italiana emitió la proposición, unánime-

---

(21) Los actos del Symposium son estados publicados con el título *Transborder Data Flows and the Protection of Privacy*, OCDE, París, 1979.

mente aceptada, que el IBI mismo sea el promotor de una Convención internacional encaminada a establecer normas homogéneas de protección de la privacidad de los datos. Este objetivo común tendría el carácter emblemático de una afirmación de la libertad informática como principio unitario y universal de la sociedad tecnológica (22).

---

(22) Para una prospectiva general del problema, V. FROSINI: *Il diritto nella società tecnologica*, ed. Giuffrè, Milán, 1981.