

La Directiva 95/46/CE como criterio unificador

JESUS MARIA PRIETO GUTIERREZ

Licenciado en Derecho

INTRODUCCION

El panorama existente con anterioridad a la aprobación de la “Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos” -en adelante, Directiva-, era de absoluta carencia de criterios comunes por parte de los Estados miembros en la materia, hasta el punto de existir algunos países, como Italia¹ y Grecia, los cuales, ni siquiera disponían de una normativa interna, todo lo cual repercutía, no solo en la falta de unanimidad de criterios a la hora de proteger la Intimidad de las personas físicas como bien de especial protección, sino

■¹ En la Gaceta Oficial de la República Italiana de 8 de enero de 1997, se publica la “Ley de 31 de diciembre de 1996, n° 675 “Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali”. Así como la Ley de 31 diciembre 1996, n. 676 por la que “Delega al Governo in materia di tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali”, estableciendo el art. 45 de la Ley núm. 675 que la misma entrará en vigor a los veinte días de su publicación.

también, dificultando la transferencia de datos, no sólo a terceros países, sino entre los propios Estados miembros.

Por otra parte, la única norma internacional vinculante en materia de protección de datos personales -PDP-, era el “Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos con carácter personal”, hecho en Estrasburgo -en adelante, Convenio- el cual fue reconocido como el modelo a seguir por las legislaciones internas, contemplando un “núcleo irreductible” consistente en lograr un mínimo nivel equivalente de protección entre los Estados. Asimismo, marcó las bases de una nueva generación de normas de protección de datos -PD- en las legislaciones internas de los Estados miembros. No obstante y a pesar de resaltar estos aspectos positivos, con el transcurso del tiempo se comienza a plantear la insuficiencia de su contenido, dado el amplio margen de actuación que contempla para los Estados miembros y la tardanza de su incorporación al Derecho interno de éstos, así como la falta de concreción de su regulación, lo que unido al inimaginable desarrollo e incidencia que las “nuevas tecnologías”, especialmente la informática, iban a tener en la materia, provoca el que se forme una conciencia generalizada, que pasa por la ineludible necesidad de elaborar una norma de ámbito comunitario que responda a los problemas surgidos en el marco del panorama que acabamos de esbozar.

Esta inquietante realidad se intenta solventar con la aprobación de la Directiva, la que apunta en tal sentido al contemplar en sus Considerandos 7 a 11, los Principios Básicos de regulación normativa, procurando evitar las diferencias que en materia de protección de datos personales puedan surgir entre los Estados miembros (Considerando 7), pretendiendo un tratamiento equivalente entre los mismos (Considerando 8), sin que ello conlleve una minoración de la protección (Considerando 10). Sin embargo, para conseguir tales objetivos, no se pretende establecer una regulación exhaustiva, de modo que se prive a los Estados miembros de arrogarse ciertas facultades, sino que por el contrario, la Norma comunitaria contempla un “margen de maniobra” (Considerando 9) a fin de que éstos puedan establecer sus propias excepciones, limitaciones o simplificaciones, que les permita una eficaz regulación acorde a sus peculiaridades internas.

Dado el corto rodaje de la Directiva y la ausencia de transposición de su contenido al Derecho interno de los Estados miembros, hasta el momento no existe la experiencia suficiente que nos permita corroborar si dicha norma responde a las expectativas que tanto legisladores como estudiosos del tema,

esperan de ella. No obstante y dado su contenido, surgen ya algunos interrogantes que pueden hacer dudar de su plena efectividad. En este sentido, cabe preguntarse, si el margen de maniobra atribuido a los Estados miembros es lo suficientemente amplio como para permitirles adaptar la Directiva a sus circunstancias internas, o si por el contrario, estas facultades son demasiado amplias y, en consecuencia, puede conllevar el que las regulaciones internas que surjan en aplicación de la Directiva, diverjan de tal manera, que deje vacía de contenido la pretensión comunitaria de adoptar la Directiva como criterio unificador de dichas legislaciones y, por tanto, sin que suponga un verdadero reforzamiento de la protección de los Derechos y Libertades de las personas físicas, frente al TDP que les conciernen.

2. ESTUDIO COMPARADO DIRECTIVA 95/46/CE - CONVENIO 108

Resulta conveniente el estudio de estas normas de carácter internacional, por ser las que han influido de forma decisiva en el ámbito de la Comunidad Europea en materia de protección de datos.

Partiendo de lo establecido en el Considerando 11 de la Directiva, por el que se pone de manifiesto el carácter más amplio y la precisión de los principios de protección de derechos y libertades de las personas, con relación a la regulación contemplada por el Convenio; encontramos el primer punto de apoyo al considerar la Directiva, como norma que nace ante la insuficiencia del Convenio.

Siguiendo a Martín-Casallo², éste afirma, que tanto si se atiende al campo de aplicación de ambas normas, como al contenido de sus disposiciones, no se encuentra coincidencia alguna en el contenido de ambos instrumentos, constatando, que en cuanto al ámbito de aplicación, el Convenio tiene un mayor campo de aplicación que la Directiva, por supeditarse la aplicación de ésta, al hecho de que las actividades del responsable del tratamiento de datos personales se desenvuelvan dentro del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario

■² MARTÍN-CASALLO LOPEZ, Juan José “Implicaciones de la Directiva sobre protección de datos en la normativa española” Actualidad Informática Aranzadi, núm.. 20, pág. 2, Madrid, julio de 1996.

(Considerando 12). En este sentido y en atención al principio de aplicabilidad directa de las normas comunitarias se atribuye a los Estados miembros la responsabilidad de aplicar la Directiva, mediante la norma que al efecto establezcan, incluso mediante el establecimiento de normas específicas para determinados sectores (Considerando 68), contemplando toda una serie de supuestos que puedan plantearse en cuanto al responsable del tratamiento de datos personales (Art. 4 D.C.), entendemos, que con la finalidad de evitar un conflicto de competencias entre los Estados, que les pudiera dejar inermes ante la actuación de los responsables del tratamiento, al escudarse éstos en la ubicación de su sede o el lugar de desarrollo de sus actividades, a fin de eludir la aplicación de la norma comunitaria.

La Norma Comunitaria, en cuanto a su ámbito de aplicación, introduce en su art. 3 la importante novedad de referirse tanto al tratamiento automatizado o no de DP destinados a ser incluidos en ficheros, sobre la base de lo cual, deja bien claro que lo realmente importante es el TDP, independientemente de que dicho tratamiento sea automatizado o manual. Al respecto, establece una serie de excepciones, a las que no son de aplicación la Directiva (art. 3.2.). En cuanto a la utilización de la expresión “ficheros” hay que resaltar la apreciación que hace López-Muñiz³ en cuanto a la regulación establecida en la LORTAD, la cual exclusivamente hace referencia a ficheros, siendo que, desde el punto de vista técnico, hubiera sido más acertado haber empleado el término de base de datos, por ser más amplio. Apreciación que es extensible a la Directiva por utilizar, al igual que la LORTAD, exclusivamente el término de ficheros.

Por lo que respecta al Convenio, únicamente permite, con carácter general, excluir de su ámbito de aplicación aquellos ficheros que no estén sometidos a una legislación interna en materia de PD (art. 3.2.1.), dejando a las partes la posibilidad de regular los ficheros manuales (art. 3.2.c)), así como otras posibilidades contempladas dentro del amplio margen de actuación que permite a los Estados miembros.

Igualmente importante, por novedoso y por garantizar la figura de un sujeto al que le puedan ser atribuidas las responsabilidades que en su caso se

■³ LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel “La Ley de Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal” en *Informática y Derecho*, núm. 6-7, pág. 98, UNED Mérida 1994.

deriven del TDP, es la medida establecida en su art. 4, por el que se determina en cada supuesto, cuál sea el Derecho nacional aplicable, atendiendo para ello, al responsable del tratamiento o representante en el que éste delegue. El Convenio, en este sentido, no contiene regulación alguna.

Dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, se recoge, lo que para muchos autores, como Rafael Velázquez⁴, era imprescindible regular dada su incidencia en nuestro tiempo, nos estamos refiriendo al sonido y la imagen como datos relativos a las personas físicas, sobre los que pueda incidir cualquier manipulación (Considerando 14), si bien, hay que tener en cuenta, la limitación introducida por el Considerando 15, al limitar su aplicación a los supuestos en que el tratamiento sea automatizado o se encuentre en un archivo estructurado, o destinado a tal fin. Por otra parte, dichos datos no se entenderán incluidos dentro del campo de aplicación de la Directiva, cuando éstos se obtengan como consecuencia de la grabación por cámaras de vídeo, a fin de garantizar la seguridad pública, la del Estado o su defensa, así como a actividades relacionadas dentro del ámbito del derecho penal (Considerando 16). También se contempla una restricción en el Considerando 17 cuando dichos datos sean aplicados con fines periodísticos, lo que obedece a la pretensión comunitaria, de conciliar el derecho a la intimidad con la libertad de expresión (art. 9).

Cabe resaltar en este sentido, las reflexiones de Martín Casallo⁵, por la gran trascendencia que reconoce a esta innovación introducida por la Directiva, al expresar:

“El reconocimiento de la voz y el sonido como datos personales efectuado por la Directiva, va a potenciar los mismos en aras a la salvaguardia de la intimidad personal (...) lo que necesariamente supone dar plena eficacia al principio del dominio permanente establecido en favor de la persona a la que afectan las informaciones y a la necesidad del cumplimiento de la denominada obligación de seguridad”

■⁴ VELAZQUEZ BAUTISTA, Rafael “Protección Jurídica de Datos Personales Automatizados” pág. 217 Conclusiones, Ed. COLEX, Madrid 1993.

■⁵ MARTIN CASALLO-LOPEZ, Juan José “Implicaciones sobre la Directiva ...” ob. cit. pág. 6

Por lo que respecta a los llamados “datos sensibles” ambas normas, establecen una regulación similar, si bien no coinciden en su contenido, pues mientras la Directiva se refiere a los que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como los relativos a la salud o vida sexual. El Convenio establece la misma regulación, si bien omitiendo la referencia a los sindicatos y añadiendo lo relativo a condenas penales. También coinciden en establecer la imposibilidad de tratar dichos datos, salvo por las excepciones que se contemplan al respecto, remitiéndose el Convenio a las excepciones que puedan establecer los Estados miembros siempre que se contemplen las medidas adecuadas, a las que también se refiere la Directiva, si bien, añadiendo “por motivos de interés público” lo que no deja de ser una remisión en blanco. La Directiva contempla una amplia casuística de excepciones al principio general de prohibición.

Por lo que al objeto de protección se refiere, partiendo de lo establecido en el Art. 1 del Convenio 108, se habla de Derechos y Libertades Fundamentales de las personas físicas, haciendo hincapié en el término de privacidad, al señalar de forma expresa “...concretamente su derecho a la vida privada”. Término que según señala Marchena Gómez.⁶

“La superación de una visión de la intimidad centrada en la esfera personal resulta inevitable ante la constatación de un fenómeno en expansión de la privacy, que se traduce en una idea de privacy política, que reclama desde un significado garantista, la protección de otros bienes jurídicos, respecto de los cuales la garantía de privacy constituye una garantía de ejercicio efectivo”

Dicho término, ha dado lugar a no pocas interpretaciones doctrinales, considerándose por muchos, que el mismo es atribuible a la obra de Warren S. y Brandeis R “The right to Privacy” con la intención de esbozar el derecho de estar sólo (To be let alone). Pero no todos los autores comparten la oportunidad de diferenciar entre intimidad y privacidad, entre otras razones, como señala López-Muñiz⁷ porque “muchos datos personales pueden tener el carácter de íntimos

■⁶ MARCHENA GOMEZ, Manuel “Intimidad Informática: La Protección Jurisdiccional del Habeas Data” Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, núm. 1768, págs. 9 y 10 Madrid 1996.

■⁷ LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel “La Ley de Tratamiento Automatizado...” ob. cit. pág. 100.

para unas personas y carecer de tal para otras”. Por ello entendemos que todos los derechos y libertades de las personas físicas pueden ser objeto de protección frente al tratamiento de datos personales. En este sentido, la Directiva, también en su Art. 1, se refiere a las Libertades y Derechos Fundamentales de las Personas Físicas, pero a diferencia del Convenio, incide en el derecho a la intimidad.

En otro orden de cosas, para la Directiva no se considera incompatible el tratamiento posterior con los fines determinados, siempre que se utilicen con fines históricos, estadísticos o científicos y se establezcan las garantías adecuadas. El Convenio no se pronuncia al respecto.

Como particularidad introducida al regular el Derecho de Acceso, si bien con un margen de efectividad muy limitado, se contempla la posibilidad del Bloqueo de los datos, con la obligación de notificar el haber practicado tal actividad conforme a lo solicitado por el interesado, con una salvedad, que ello no resulte imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado. El Convenio se limita a hacer referencia tácitamente al derecho de acceso y expresamente al de rectificación y borrado.

La Sec. 7ª de la Directiva contempla el Derecho de Oposición del interesado, novedad que no es recogida por el Convenio, si bien la efectividad de tal derecho queda limitada a unos cuantos supuestos muy concretos. A su vez dentro de este derecho introduce un término nuevo de “la prospección” para el cual se establece una regulación del derecho de oposición con importantes garantías.

En cuanto al tratamiento, cada normativa establece una regulación diferente, en este sentido, el Convenio no establece distinción alguna en las medidas de seguridad aplicables al tratamiento automatizado de datos personales (TADP). En cuanto a la Directiva comunitaria, además de contemplar el reforzamiento del tratamiento de los datos especialmente protegidos, introduce una novedad, al hacerlo extensivo a la transmisión de datos dentro de una red. Para Martín Casallo⁸, esta diferente regulación obedece al tiempo en que cada

■⁸ MARTÍN-CASALLO LOPEZ, Juan José “Discurso Apertura” de la Conferencia sobre Seguridad, Privacidad y Protección de datos, celebrada en Madrid del 30 nov. al 1 dic., pág. 8, Agencia de Protección de Datos.

norma ha sido aprobada.

La Directiva en su Sec. 9ª, bajo el epígrafe “Notificación” viene a establecer con carácter general la necesidad previa de notificar a la Autoridad de Control la intención de realizar un tratamiento de datos personales, atribuyendo al responsable del tratamiento o, en su caso, al representante, la responsabilidad de cumplir con tal obligación. También dentro de la Sec. 9ª, en su art. 21, la Directiva alude a la Publicidad de los tratamientos, atribuyendo a los Estados miembros la obligación de velar por su cumplimiento, así como de cuidar por que la autoridad de control lleve un Registro en el que se inscriban las notificaciones que se vayan realizando y en consecuencia facilitar la consulta por cualquier persona que tenga interés. Respecto a estas obligaciones de notificación y publicidad a que se refiere la Directiva, el Convenio 108 guarda absoluto hermetismo.

En cuanto a los recursos, la Directiva en el art. 22, hace referencia a dos clases de recursos, los contemplados en vía administrativa y los relativos a la vía judicial, dejando libertad a los Estados para aplicar lo relativo a este tema y en concreto para determinar el procedimiento a sancionar. Asimismo contempla la reparación del perjuicio sufrido por el interesado atribuyendo tal responsabilidad al responsable del tratamiento, salvo que justifique que la causa del perjuicio es ajena a su actividad. El Convenio 108, alude a la necesidad de establecer recursos y sanciones, pero sin que especifique los mismos, remitiéndose a los Estados miembros para su regulación cuando vulneren las disposiciones de derecho interno.

La Directiva comunitaria en cuanto al “flujo transfronterizo de datos” establece una regulación bipartita, según se refiera la transferencia a la realizada entre los propios Estados miembros (Considerandos 3 a 9) o a terceros países (Arts. 25 y 26) atendiendo, en el primer supuesto, a un nivel de protección equiparable, que evite la obstaculización de la libre circulación entre los Estados miembros y, en cuanto a terceros países, se tiene en cuenta el nivel de protección adecuado de estos, estableciendo para su determinación un conjunto de consideraciones y atribuyendo a la Comisión su valoración, en colaboración con los Estados miembros (Art. 25 D.C.). La regulación contemplada por el Convenio es muy pobre, estableciendo como regla general la imposibilidad de oposición entre los Estados partes.

En cuanto a las excepciones a los principios en materia de transferencia

de datos, en que se basa cada norma, la Directiva establece una regulación muy permisiva, hasta el punto de contemplar la posibilidad de prescindir de las excepciones a que se refiere el art. 26.1 de la misma, cuando el responsable del tratamiento establezca las garantías suficientes, con la única condición, de que se informe a la Comisión y a los demás Estados miembros. Las excepciones enunciadas en el Convenio se centran en los supuestos para los que no se contemple una regulación equivalente entre los Estados miembros, o que la transferencia se lleve a cabo por el territorio de otra parte, con destino a un Estado no contratante.

La Directiva dedica una amplia regulación a los llamados Códigos de Conducta al referirse a los mismos tanto el Art. 27, como el Considerando 61, definiéndolos como acuerdos establecidos por las asociaciones profesionales y demás organizaciones representantes de responsables de tratamiento, para la correcta aplicación de las disposiciones nacionales adoptadas por los Estados miembros en aplicación de la presente Directiva. Dichos Códigos pueden ser sometidos a examen del Grupo de protección, sin que exista obligación de su registro. El Convenio guarda silencio al respecto.

Asimismo, el Convenio no establece regulación alguna respecto a otro órgano, la Autoridad de control, al que la Directiva comunitaria considera como un elemento esencial a contemplar por cada Estado miembro, haciendo hincapié en la necesidad de su independencia en el ejercicio de sus funciones, a fin de garantizar la protección de las personas en materia de tratamiento de datos personales, mediante el ejercicio de las labores de investigación e intervención y, procurando en todo momento, la transparencia del tratamiento y la ayuda mutua entre los Estados miembros (Considerandos 62 al 64 D.C.).

Otro órgano de gran importancia contemplado en la Directiva es el Grupo de protección, el cual, de responder a las expectativas depositadas en él por la regulación establecida en la norma comunitaria, estaría destinado a ser el gran catalizador entre los Estados miembros de la C.E., tal como esboza el Considerando 65 de la Directiva, al considerar, que actuará con total independencia, a fin de asesorar a la Comisión y contribuir a la importante misión, de la aplicación uniforme de las normas nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva y contribuir a la aplicación homogénea de la Directiva, evitando diferencias entre los Estados miembros. El Convenio, hace referencia al Comité consultivo, en unos términos similares al papel atribuido al Grupo de protección creado por la Directiva, si bien, con unas funciones no tan determinadas.

Por último la Directiva se refiere al Comité como órgano encargado de asistir a la Comisión en su función de ejecución de las medidas que en cada caso hayan de adoptarse. El Comité, formado por representantes de los Estados miembros y presidido por el representante de la Comisión, deberá pronunciarse sobre los proyectos de dichas medidas, mediante la emisión de un dictamen. Para el caso de que dichas medidas sean aplicadas en sentido contrario a lo establecido en el dictamen, se contempla la particularidad, en el Art. 31, único en este Capítulo, de que entren en juego tres órganos comunitarios, los dos ya citados, y el Consejo, que será el órgano encargado de dirimir la cuestión. El Convenio por el contrario no hace referencia alguna a este órgano.

3. LA DIRECTIVA 95/46/CE

3.0. INTRODUCCION

Como ya hemos tenido ocasión de exponer, los Principios Básicos de la Directiva aparecen contemplados en los Considerandos 7 a 11, los cuales hacen referencia a aspectos que, hasta el momento, constituían el caballo de batalla entre los Estados miembros de CE en materia de PD, dada la disparidad de criterios como consecuencia de la insuficiencia del Convenio 108 como única norma de carácter internacional, que si bien había sido ratificado por todos los Estados de la CE, sin embargo, dada la nueva realidad planteada con las nuevas tecnologías y la falta de concreción de conceptos, resultaba insuficiente, para lograr unos criterios de unidad entre los Estados ratificantes del Convenio en materia de PD.

La Directiva en principio nace con la vocación de unificar los Derechos internos de los Estados miembros, contemplando al efecto unos Principios básicos y dejando a los Estados un margen de maniobra para concretarlos en sus respectivas legislaciones, procurando en todo caso, que ello redunde en un reforzamiento de la protección de las personas físicas frente al TDP y evitando de este modo, que puedan ser alegados criterios de disparidad por los Estados miembros en materia de transferencia de DP entre los mismos y, ello, a pesar de que el legislador comunitario es consciente, de que el margen de maniobra atribuido a los Estados, puede ser motivo de disparidad en la aplicación de la Directiva (Considerando 9).

3.1. OBJETIVOS

Visto lo que resulta el estudio comparado realizado en el apartado anterior entre el Convenio 108 y la Directiva 95/46/CE y en congruencia con el conjunto de los Principios Básicos contemplados en los Considerandos 7 a 11 de la Directiva, a los que ya hemos tenido oportunidad de referirnos⁹. Por una parte y con carácter general, resulta evidente, que la regulación establecida en la Directiva responde al objetivo de cumplir con uno de sus principios básicos contemplado en el Considerando 11, pues la norma comunitaria precisa y amplía lo establecido en el Convenio. Por otra parte y limitándonos a lo establecido en el Considerando núm. 9, cuyo contenido hace referencia a “que los Estados miembros dispondrán de un margen de maniobra(...)dirigido a mejorar la protección que proporciona su legislación en la actualidad“, es obvio la doble finalidad de dicho considerando, con el que se pretende, de una parte, dejar un margen a los Estados para que, dentro del marco determinado por la Directiva, estos dispongan de la suficiente autonomía a fin de adaptar dicha norma, en la medida que les sea posible, a sus peculiaridades internas. Por otra parte, procurando que dicha potestad se ejerza de forma que suponga una mejora de la legislación hasta el momento existente, con objeto de establecer un mayor grado de protección de las personas físicas frente al TDP.

Para nivelar la relación existente entre las dos pretensiones señaladas, resulta imprescindible que, a su vez, la Directiva arbitre las garantías necesarias a fin de evitar el conflicto entre ambas y, en consecuencia, impedir que prevalezca una con el consiguiente menoscabo de la otra. Es decir, se trata de lograr un tratamiento equivalente entre los Estados miembros (Considerando 8), para evitar que surjan diferencias entre los mismos (Considerando 7). En este sentido cabe señalar como garantías fundamentales introducidas por la regulación establecida en la Directiva, amén de otras que resultaría prolijo relacionar, la que se sustenta básicamente en los Organos contemplados en la Directiva, los cuales, grosso modo, por un lado tienen la finalidad de llevar a buen fin la protección de las personas físicas en materia de TDP y, por otro, la de velar por una aplicación homogénea entre los Estados miembros evitando que surjan diferencias entre los mismos. También constituye una garantía de gran importancia, la de atribuir al

■⁹ Vid pág. 3 en el Capítulo 1. Introducción.

Responsable del Tratamiento o, en su caso, el Representante en que éste delegue, la responsabilidad que en cada supuesto pueda derivarse del tratamiento de datos personales.

3.2. PRINCIPIOS BASICOS DE PROTECCION DE DATOS Y DERECHOS

3.2.0. Introducción

El Convenio bajo los epígrafes “calidad de los datos” y “Garantías” viene a establecer de forma escueta el modelo básico, el cual, en términos generales, es seguido y ampliado por las legislaciones europeas, siguiendo también esta línea la Directiva, con la denominación de Principios y Derechos, a los que, con cierta ironía, se les podía haber añadido “y sus excepciones”, pues como luego analizaremos, son tal el número de las mismas en ambas normas, que hacen peligrar su efectividad, por lo que los Principios, que se constituyen como garantes para hacer valer los Derechos reconocidos a toda persona física, pueden resultar insuficientes si quedan anulados por las excepciones, motivo por el cual, la LORTAD está afecta de cuatro Recursos de Inconstitucionalidad aún pendientes de resolver y a los que la Directiva puede venir a dar respuesta.

Como decíamos, en cuanto a la calidad de los datos, el art. 5 del Convenio 108 los relaciona de forma escueta en los siguientes: que sean obtenidos y tratados leal y legítimamente, registrados con finalidades determinadas y legítimas, sin que puedan utilizarse de una forma incompatible con dichas finalidades; serán adecuados, pertinentes y no excesivos; exactos y puestos al día; conservados de forma que sea identificable la persona concernida... por un tiempo determinado que no exceda de las finalidades para las que fueron obtenidos.

Por lo que respecta a las Garantías, pues el Convenio no habla de Derechos, su art. 8 las relaciona también telegráficamente, al establecer que cualquier persona deberá poder conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad y residencia habitual de la autoridad controladora; obtener la confirmación de la existencia o no de un fichero automatizado de datos de carácter personal que concierna a dicha persona, su comunicación de forma inteligible, el derecho de rectificación o el borrado... y, por último, la posibilidad de hacer uso de un Recurso, para el caso de que no se hubiera atendido a las peticiones anteriores.

Sin embargo, estos Principios Básicos que para la protección de datos contempla el Convenio bajo la denominación “Calidad de los Datos y Garantías”, quedan a voluntad de cada parte, mediante la regulación que al respecto establezca en su derecho interno, queriendo suavizar tal prerrogativa de los Estados, fijando una fecha tope para su regulación (Art. 4). Para más abundamiento, en su Art. 9, a pesar de comenzar prohibiendo cualquier excepción al respecto, establece la posibilidad de una excepción tan amplia como vaga, al referirse en su apartado 2º, a la posibilidad de establecer excepciones por las partes a la Calidad y Garantías (Principios y Derechos) de los datos, con la fórmula “cuando tal excepción(...) constituya una medida necesaria en una sociedad democrática”, amén de otras excepciones que en términos generales coinciden con las establecidas en la Directiva y la LORTAD.

La Directiva al regular los Principios básicos de protección de datos y Derechos, a diferencia de la regulación establecida en el Convenio, donde los Principios y Derechos se recogen de forma separada, en la Directiva aparecen contemplados bajo el epígrafe “Condiciones Generales para la licitud del tratamiento de datos personales”, limitándose a establecer el marco dentro del cual los Estados miembros precisarán las condiciones de licitud. (Art. 5 DC). Dicho marco viene determinado por la distinción que al respecto establece la Directiva entre Principios relativos a la calidad de datos (Sec. 1ª), los relativos a la legitimación del tratamiento de los mismos (Sec. 2ª) y los que da en llamar, Categorías Especiales de tratamiento (Sec. 3ª), que no son otra cosa que los “datos sensibles” a que se refiere el Convenio 108, siguiendo la regulación con el principio de Información del Interesado (Sec. 4ª) dentro de la cual, cabe distinguir, entre los datos recabados del propio interesado y los que no lo han sido. Seguidamente y sin sucesión de continuidad, establece la regulación de los Derechos, haciendo referencia al Derecho de Acceso (Sec. 5ª), Excepciones y Limitaciones (Sec. 6ª), Derecho de Oposición (Sec. 7ª), Confidencialidad y Seguridad del Tratamiento (Sec. 8ª) y por último Notificación (Sec. 9ª). Regulación que en un principio no parece estar estructurada de forma clara, pues no se comprende el motivo por el que iniciada la regulación de los Derechos en la Sección Quinta, esta repentinamente se ve interrumpida en la Sección Sexta, para contemplar las excepciones y limitaciones a los Principios y Derechos sin haber finalizado de relacionar estos.

3.2.1. Principios relativos a la calidad de los datos

Como ya he tenido oportunidad de señalar, cabe resaltar la novedad

introducida por la Directiva en su Art. 6, con relación al Convenio, al atribuir a los responsables del tratamiento la obligación de garantizar el cumplimiento de los principios generales reconocidos en toda norma de protección de datos, es decir, tratamiento lícito y leal, recogida de datos con fines determinados, explícitos y legítimos y que con relación a estos fines los datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos, así como exactos y conservados por un periodo no superior al necesario.

Parece deducirse, a nuestro modo de ver, que en cuanto al mantenimiento de la exactitud de los datos, en la Directiva no sólo se considera la posibilidad de que se establezca de oficio, como expresamente establece la LORTAD en su Art. 4.4, sino que por el contrario, cualquier interesado puede instar su actualización. De cualquier manera, la LORTAD igualmente viene a reconocer tal posibilidad a los afectados, si bien dentro de la regulación que al efecto establece, al contemplar los derechos de los interesados, pudiendo instar éstos su rectificación (Art. 15 LORTAD).

En otro orden de cosas, para la Directiva no se considera incompatible el tratamiento posterior con los fines determinados, siempre que se utilicen con fines históricos, estadísticos o científicos y se establezcan las garantías adecuadas. En este sentido, la LORTAD únicamente se refiere a los utilizados con fines históricos por lo que se hace necesario su ampliación a los otros dos supuestos. Surge la duda de los fines mencionados, distintos a los determinados inicialmente, constituyen una relación estanca, siendo los únicos admisibles o, si por el contrario, cabe entender que cualquier otro fin compatible con los fines determinados inicialmente es admisible.

3.2.2. Legitimación del Tratamiento

La Directiva, en el Art. 7, viene a establecer el principio general del consentimiento del interesado de forma “inequívoca”, si bien y según se deduce del tenor literal del artículo, parece dejar vía abierta a la posibilidad del consentimiento tácito. Sin embargo, lo realmente chocante, es el modo de establecer excepciones a tal principio, ya que no llega a utilizar tal expresión, sino la conjunción disyuntiva “o”, seguida de la frase, “cuando sea necesario para...” y haciendo uso de conceptos jurídicos indeterminados, tales como “interés vital”, “misión de interés público”, “interés legítimo perseguido”, conceptos estos, que habrán de ser concretados en cada caso por la Autoridad de Control, y sin que todo ello beneficie en modo alguno a los interesados, pues se les priva de la

garantía de saber a priori, qué limitaciones son las que se contemplan con la utilización de tales términos, los cuales, en realidad no son otra cosa, sino excepciones al principio general del consentimiento.

3.2.3. Categorías especiales de datos

Bajo este epígrafe se recogen los denominados “datos sensibles” regulados en la Sec. 3^a, Art. 8 DC., reconociendo como tales, el origen racial, étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como los datos relativos a la salud o la sexualidad. Esta relación amplía las anteriormente contempladas por el Convenio y la LORTAD, aunque no recoja los datos relativos a la religión y creencias a que se refiere esta última en su art. 7, sobre la base de lo establecido en el art. 16 C.E.

La Directiva, por otro lado, establece la particularidad de prohibir el tratamiento de los mismos, aunque posteriormente, flexibiliza tanto tal prohibición, que acaba convirtiéndola en la excepción, pues la misma queda desvirtuada cuando se obtiene el consentimiento explícito del interesado, atribuyendo a este respecto, una potestad a los Estados miembros, de impedir el levantamiento de tal prohibición, aunque se cuente con dicho consentimiento. Asimismo queda sin contenido, cuando se plantean supuestos como los ya calificados de conceptos jurídicos indeterminados, tal como el “interés vital” o recurriendo a ambigüedades como “cuando haya que respetar las obligaciones y derechos(...)del responsable del tratamiento en materia laboral”.

No obstante, entendemos que lo realmente peligroso dentro de estas excepciones a la prohibición inicialmente establecida, es lo relativo a las fundaciones y asociaciones de determinado carácter sin fin lucrativo, a las que conforme al Art. 18.4 de la DC, se les puede eximir de la obligación de notificar a la Autoridad de Control o simplificar la misma, lo que, a nuestro modo de ver, puede dar lugar a facilitar la actividad de las sectas que se amparen en alguna de la finalidades mencionadas en el Art. 8.2.d) DC.

Siguiendo con los supuestos que escapan a la prohibición del tratamiento de datos sensibles, el apartado 3º del mismo artículo, establece una excepción a la necesidad del consentimiento del interesado en cuanto a temas médicos, si bien estableciendo ciertas garantías que vienen a justificarla.

De excesivo se puede calificar el margen permitido a los Estados

miembros por la Directiva, al permitirles que amparados en “motivos de interés público importantes”, lo que no es más que una remisión en blanco, puedan establecer otras excepciones a las ya contempladas para el tratamiento de datos sensibles, eso sí, siempre que dispongan las garantías necesarias, las cuales no llega a especificar, y sean notificadas a la Comisión, pero sin determinar si ésta en su caso puede oponerse a las mismas, con lo que en definitiva viene a intentar suavizar esta prerrogativa de los Estados, consciente de que tal vez pueda ser un margen demasiado excesivo. Tampoco supone ninguna garantía el que dichas excepciones puedan establecerse mediante la legislación interna del Estado o por decisión de la Autoridad de Control, ya que en ambos casos estarán determinadas por influencias políticas, pues no conviene olvidar, que en nuestro país el Director de la APD es nombrado por el Gobierno (Art. 35.1 LORTAD).

Los registros de condenas penales, medidas de seguridad e infracciones, habrán de ser llevados bajo el control de los poderes públicos, así como las sanciones administrativas o procesos civiles. En la Lortad los datos relativos a dichas materias aparecen excluidas del ámbito de aplicación de la misma, aunque para el caso de que se hubieran incluido, a buen seguro que se hubiera hecho dentro de la regulación establecida para los Ficheros de titularidad pública, por lo que, en tal caso, cabría hablar del control de los poderes públicos respecto de dichos registros, en el sentido de que, tanto la titularidad, como su gestión, sería atribuida a dichas autoridades. Sin embargo, es ineludible preguntarse, qué quiere decir la Directiva, cuando emplea la expresión, “bajo el control”. A este respecto, cabe varias interpretaciones, por un lado, que los datos estén incluidos en ficheros de titularidad privada y que a la Administración le corresponda establecer las medidas de control; en otro sentido, que estos datos sean tratados en ficheros de titularidad pública y por lo tanto gestionados y controlados directamente por la Administración, o bien, que independientemente de que sean tratados en ficheros públicos o privados, lo cierto es que el control estaría atribuido en todo caso a los poderes públicos. La consecuencia más importante de este planteamiento, es que tácitamente estaría distinguiendo entre ficheros públicos y privados, lo que vendría a avalar la tesis, de que la Directiva no se opone a la existencia de tal distinción, sino que incluso la contempla indirectamente.

Dos novedades más introduce la Directiva, de una parte, el atribuir a los Estados miembros la potestad de establecer las condiciones de regulación en cuanto a los documentos de identificación, lo que significa que pueden ser objeto de tratamiento y por lo tanto sin que la Directiva se oponga a su existencia (Art. 8.7 DC). En este sentido y siguiendo la regulación que al respecto establece la

Constitución Portuguesa de 1976, en la que se prohíbe expresamente la posibilidad de identificar a sus ciudadanos por un número de identificación documentado, conforme a lo establecido en la Directiva, sus legisladores se verán obligados a reformar la Constitución al objeto de levantar tal prohibición, independientemente de que se llegara a identificar a sus ciudadanos con dicho documento, pues tampoco se deduce del tenor literal de la Directiva, que sea obligatoria la existencia del mismo.

Por otra parte y también como novedad en una norma sobre protección de datos, contempla la Directiva, la posibilidad de establecer excepciones y exenciones en cuanto al tratamiento de datos personales con fines periodísticos, artísticos o literarios, a fin de conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión (Art.9 DC). También se contempla una restricción en cuanto a los datos referentes al sonido e imagen (Considerando 17) cuando dichos datos sean aplicados con fines periodísticos, lo que obedece a esta misma pretensión comunitaria.

3.2.4. Principio de Información del interesado

Contemplado en la Sec. 4ª del Cap. II, se establece la distinción, entre los datos recabados del propio interesado y cuando éstos no lo han sido, sin que entre ambas regulaciones se establezcan grandes diferencias, atribuyendo al responsable del tratamiento o a su representante, la obligación de informar al interesado, salvo que ya hubiera sido informado, en el primer supuesto, en el momento de recabar los datos y en el segundo, en el momento del registro o de la primera comunicación a un tercero. Tal información consiste en poner en conocimiento del interesado una serie de aspectos que le garanticen la posibilidad de saber la finalidad que tiene la recogida de los datos que le son solicitados, quien sea el responsable del tratamiento de los mismos y, en definitiva, saber de la existencia de un fichero, en el que sus datos van a ser tratados y los derechos que puede ejercitar frente a ese tratamiento si a su derecho interesa.

Para este Principio, como viene siendo la regla general, también se contemplan algunas excepciones (Art. 11.2 DC), en concreto y con cierta justificación, cuando el tratamiento se realice con fines estadísticos o de investigación histórica o científica. Sin embargo, no se pueda predicarse lo mismo cuando añade “o resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados”, ya que puede servir en cualquier caso de excusa para eludir la obligación de informar al interesado dada la dificultad de demostrar lo contrario. También se excepcionan,

cuando el registro o la comunicación a tercero esté expresamente prescrito por la ley, y como suele ser lo habitual, con la obligación de establecer las garantías apropiadas, las cuales tampoco en este caso llega a especificar.

Resultaría incongruente, salvo para el caso en que se haya hecho uso de las excepciones mencionadas, contemplar la posibilidad de que el interesado no esté informado, pues es un deber, que como ya hemos dicho, atañe en todo caso al responsable del tratamiento o a su representante.

Llama poderosamente la atención, en cuanto a las excepciones mencionadas, el que las mismas se recogen exclusivamente para el supuesto en que los datos no se hayan recabado directamente del interesado, ya que en realidad, precisamente por no haber sido informado en el momento de la recogida de los datos, es lo que debería justificar, el que la Directiva hubiera puesto mayor empeño en que la información se hiciera efectiva en estos supuestos.

En este sentido, si como dice Martín-Casallo¹⁰, la distinción entre ficheros que establece la Directiva, es en función de que los datos sean recabados del propio interesado o de los obtenidos de forma distinta, sin que por otro lado, la Directiva haga referencia a la distinción entre ficheros de titularidad pública y los de titularidad privada, pero sin oponerse expresamente a tal distinción siempre que ello no conlleve una minoración de los derechos del interesado. Conforme a esta argumentación, cuya base emana de la propia Directiva, nos encontramos con que en la distinción recogida en la misma, se establecen unas excepciones que afectan sólo a los ficheros cuyos datos no son recabados directamente del interesado, por lo que en atención al razonamiento esgrimido por dicho autor para entender derogado el Art. 19.1 de la LORTAD, habría que predicar lo mismo de la distinción establecida por la norma comunitaria y, por lo tanto, dado que la excepción contemplada en el Art. 11.2 de la Directiva, provoca una minoración de los derechos del interesado en contraposición con los supuestos del Art. 10 de la misma norma, habría que considerar la revisión del Art. 11 o, en su caso, hacer extensible las excepciones contempladas en el mismo al Art. 10.

■¹⁰ MARTIN CASALLO-LOPEZ, Juan José “Implicaciones sobre la Directiva...” Ob. Cit. pág. 6

3.2.5. Derecho de acceso

La Directiva inicia la regulación de los Derechos en la Sec. 5ª con el Derecho de Acceso, ampliando con más detalle lo recogido en el Convenio y en la LORTAD, y siendo a su vez menos restrictiva que estas, en el sentido de que, al contrario de lo contemplado en la LO, no establece limitaciones en cuanto a su ejercicio, aunque haga referencia a una “periodicidad razonable”, pero sin que se concrete en un periodo de tiempo determinado. No se priva de incluir un concepto técnico al referirse al conocimiento de “la lógica utilizada” en los tratamientos automatizados.

Como particularidad introducida al regular el Derecho de Acceso, se contempla, lo que en la LORTAD aparece regulado de forma independiente como Derecho de Rectificación y Cancelación (Art.15), añadiendo además la posibilidad del Bloqueo de los datos y contemplando la obligación de notificar el haber practicado tales actividades conforme a lo solicitado por el interesado, con una salvedad, que ello no resulte imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado, con lo cual, queda en manos del responsable el practicar efectivamente la notificación, ya que siempre podrá escudarse en la dispensa mencionada, para eludir tal obligación.

3.2.6. Excepciones y Limitaciones

Como esbozábamos al comentar la estructura establecida en la Directiva, al determinar los Principios y Derechos de protección de datos personales, nos encontramos con que, seguidamente a la regulación del Derecho de Acceso, se contemplan, en la Sec. 6ª, las Excepciones y Limitaciones, particularidad que nos llamaba la atención, por no hallar un argumento que justificase plenamente tal proceder, pues parece que lo más oportuno hubiera sido finalizar la relación de Derechos y a posteriori establecer las excepciones. Tal vez pueda encontrarse cierta justificación en el hecho de que dichas excepciones y limitaciones se refieran en gran parte a determinados Principios y Derechos ya relacionados con anterioridad a éstas, pues tal referencia se centra en los recogidos en el Art. 6.1 (Calidad de los datos), Art. 10 (Información...datos recabados del propio interesado), Art. 11.1 (Información de datos recabados de forma distinta), Art. 12 (Derecho de Acceso) resultando, que el único no enunciado hasta el momento, es el contemplado en el Art. 21, referido a la Publicidad de los tratamientos.

Entendemos, que con tales medidas se trata de salvaguardar una serie de intereses, tanto de carácter general, como particular, justificando las relativas a la Seguridad del Estado, la Defensa y la Seguridad Pública, en cuanto son intereses generales que deben prevalecer por encima de los particulares en beneficio del conjunto de la Comunidad. Sin embargo, no compartimos tal justificación, al privar al interesado de unos derechos y de unas garantías con relación al tratamiento de sus datos personales, los que pueden afectar, entre otros Derechos, a su propia Intimidad, frente a unos intereses que afectan a infracciones penales o deontológicas, intereses económicos o financieros “importantes” o a funciones de control, inspecciones o reglamentarias relacionadas con las anteriores. Intereses estos, que habría que examinar caso por caso, a fin de determinar si realmente han de prevalecer por encima del Derecho del interesado o no.

También es excepcional, a fin de garantizar la protección del interesado o de los derechos e intereses de otras personas, es decir, se limita unos derechos, que pueden ser Fundamentales, para proteger otros, que en principio no aparecen definidos.

Por último, en el número 2 del mismo Art. 13 D.C. y, por si fueran pocas las excepciones contempladas, se deja la vía abierta a los Estados miembros para limitar, mediante una disposición legal, los Derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación, Bloqueo y Notificación del Art. 12, con fines de investigación científica o, en su caso, sean guardados en forma de archivos de carácter personal con fines estadísticos, sin establecer una limitación temporal concreta, ya que se limita a referirse a un periodo que no supere el tiempo necesario.

3.2.7. Derecho de Oposición

Enlazando de nuevo con la regulación de los Derechos, la Sec. 7ª contempla el Derecho de Oposición del interesado, novedad introducida por la Directiva en cuanto a su regulación con carácter general, pues la ley francesa de “Informática, Ficheros y Libertades” contemplaba ya la posibilidad de oposición del sujeto afectado, siempre que no se tratara de ficheros de titularidad pública.

Este derecho sería de gran importancia si realmente se contemplara en el sentido amplio de la palabra, sin que así sea, pues nada más iniciar la redacción del Art. 14 donde se recoge el mismo, se dice “Oponerse al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del Art. 7... a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento...” lo cual sugiere, ya de entrada, la limitación de la

efectividad de tal derecho a unos cuantos supuestos muy concretos, y, tal vez, con el ánimo de mitigar el amplio margen contemplado como excepción al principio del consentimiento del Art. 7 donde, como decíamos, se utilizan expresiones muy vagas de amplio contenido.

La deficiencia mencionada no es la única tacha en cuanto al margen de efectividad del Derecho de Oposición contemplado por la Directiva, pues también otorga a los Estados miembros la potestad de dejarlo sin contenido si en la legislación interna de los mismos se decide establecer otra cosa. Después de lo mencionado y a pesar del reducidísimo ámbito de aplicación a que queda limitada la oportunidad de hacer efectivo este derecho, la Directiva, como con cierta ironía, recoge la imposibilidad de tratar los datos sobre los que se haya mantenido una oposición justificada.

El párrafo b) del Art. 14 correspondiente al Derecho de Oposición que acabamos de analizar, hace referencia, de forma más amplia y facilitando la actividad del interesado, a los datos recabados y que le conciernan destinados a la “prospección”, término que según el Diccionario de la Real Academia Española es definido como “...exploración de posibilidades futuras basada en indicios presentes. Prospección de tendencias de opinión...” Actividad desarrollada por el responsable del tratamiento o por un tercero al que le son cedidos los datos con dicha finalidad y la cual es contemplada por la Directiva con cierta cautela, pues no es lo habitual otorgar tal amplitud y facilidades de acción al interesado, incluso, obligando a los Estados miembros a establecer las garantías necesarias para garantizar a los interesados su conocimiento, lo que no deja de resultar, cuanto menos, curioso, dado, que según la línea seguida por la Directiva, parece como si las limitaciones sólo estuvieran contempladas para imponerlas al interesado, si bien, previo el reconocimiento de unos derechos o principios.

Dentro de la regulación del Derecho de Oposición y bajo el epígrafe “Decisiones individuales automatizadas” en el que se contempla el reconocimiento al interesado de no verse sometido a una decisión con efectos jurídicos basada en el tratamiento automatizado de datos destinados a evaluar su personalidad, derecho que será garantizado por los Estados miembros, salvo que ello se haya contemplado en un contrato, con ciertas condiciones, o también, que el Estado lo autorice legalmente siempre que establezca medidas que justifiquen el interés legítimo del interesado. La LORTAD al respecto, reconoce tal Derecho en el art. 12 sin que por el contrario establezca excepciones al respecto, por lo que en este sentido es más restrictiva la Directiva.

3.2.8. Confidencialidad y Seguridad del tratamiento

La Directiva en su art. 16, dentro de la Sec. 8ª correspondiente a la Confidencialidad y Seguridad del tratamiento, viene a resaltar nuevamente la figura del responsable del tratamiento como el catalizador de la responsabilidad que pueda dimanar de todo lo relativo al tratamiento de los datos personales, limitando la actuación de terceras personas al mandato de éste o salvo que por imperativo legal se establezca otra cosa.

3.2.8.1.- En cuanto a la Seguridad del Tratamiento recogido en el Art. 17 de la Directiva, los legisladores comunitarios, conscientes de la limitación de los conocimientos técnicos y del alto coste que supone un sistema de seguridad, hacen referencia a una “seguridad adecuada” a los riesgos del tratamiento y a la naturaleza de los datos.

Esta problemática viene a ponerse de manifiesto en la “Conferencia sobre Seguridad, Privacidad y Protección de Datos...” donde en el discurso de apertura, el Director de la APD, Martín-Casallo¹¹, expone, que si bien en toda la normativa que venimos analizando se hace referencia a las medidas de seguridad, sin embargo, ninguna de dichas normas (Convenio, LORTAD y Directiva) da una definición de lo que deba entender por las mismas, ni en qué número deben establecerse, lo que viene motivado, en cierto modo, por el carácter provisional que siempre tendrá la medida de seguridad.

Steve Mathews,¹² en la misma Conferencia, resalta el contraste entre la ley y las tecnología de la información, pues mientras la primera se establece por encima del tiempo, con frases vagas y que lo engloben todo, de modo que duren en el tiempo, sin embargo, las T.I. tienden a ser muy precisas tanto en su definición como en su utilización. Sobre la base de ello, la normativa existente se limita a contemplar unos “tipos legales abiertos” que permitan todo tipo de reglas

■¹¹ MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, Juan José “Discurso Apertura” de la Conferencia...loc. cit.

■¹² Mr. MATHEWS, Steve “Protección de Datos ¿Proceden Nuevos Estándares de Seguridad?”, La Conferencia sobre Seguridad, Privacidad y Protección de Datos, celebrada en Madrid del 30 nov. al 1 dic., pág. 121, Agencia de Protección de Datos.

dirigidas a evitar la destrucción accidental o ilícita, la pérdida accidental y la alteración, difusión o acceso no autorizado, como medidas prioritarias.

3.2.8.2.- En cuanto al tratamiento, cada normativa establece una regulación diferente, en este sentido, el Convenio no establece distinción alguna en las medidas de seguridad aplicables al tratamiento automatizado de datos personales.

La LORTAD, por su parte, viene a reforzar las medidas de seguridad en cuanto a los datos especialmente protegidos o “datos sensibles” remitiéndose a un desarrollo reglamentario, que efectuado, en principio, por Real Decreto 1332/94¹³, no ha respondido a las expectativas creadas, en cuanto no incide en las medidas de seguridad, por lo que la falta de desarrollo reglamentario en este sentido, impide la aplicación del régimen sancionador previsto en el Tít. VII de la LORTAD y en consecuencia la imposibilidad de llevar a cabo una tutela efectiva de la intimidad personal. De cualquier manera, independientemente de que por vía reglamentaria aún no se halla desarrollado el art. 9 de la LORTAD, hay que resaltar, como se establece en la Memoria de la APD de 1994¹⁴, el que dicha ley sí

“proporcione un sistema de objetivos y criterios en materia de seguridad de datos personales compatible con los principios y criterios generalmente aceptados en el mundo de la seguridad de los sistemas de información y que, aplicado de modo sistemático y complementado en lo necesario con las reglas, técnicas y procedimientos imperantes en dicho mundo, puede permitir discernir la aceptabilidad del conjunto de medidas de protección adoptadas en cada caso, hasta tanto no se plasmen criterios en una regulación detallada como la prevista en los apartados 2 y 3 del Art. 9 de la Ley Orgánica”.

En cuanto a la Directiva comunitaria, además de contemplar el reforzamiento del tratamiento de los datos especialmente protegidos, introduce una novedad, al hacerlo extensivo a la transmisión de datos dentro de una red.

■¹³ Agencia de Protección de Datos “Análisis y valoración de diversos problemas de la protección de datos a escala Nacional - Problemas relativos a las Medidas de Seguridad-” vid. Pág. 189 y ss de la Memoria de 1995.

■¹⁴ Agencia de Protección de Datos “La seguridad en el tratamiento de datos personales” vid. Pág. 62 y ss de la Memoria de 1994.

Para Martín Casallo,¹⁵ esta diferente regulación obedece al tiempo en que cada norma ha sido aprobada, de este modo, la Directiva apuesta por seguir luchando en favor de la privacidad frente a los recientes avances tecnológicos y en concreto hay que referirse a los Pcs, los que según Steve Mathews,¹⁶ constituyen el aparato de almacenamiento y procesado de datos más poderoso de todos los procesadores de datos personales, sin que por otro lado, exista una normativa que los regule, ni tampoco una postura consensuada sobre los mecanismos criptográficos y su gestión, a fin de procurar la confidencialidad de la información.

3.2.9. Notificación

Por último y dando por concluido el Capítulo II, la Directiva en su Sec. 9ª, bajo el epígrafe “Notificación” viene a establecer con carácter general la necesidad previa de notificar a la Autoridad de Control la intención de realizar un tratamiento de datos personales, atribuyendo nuevamente al responsable del tratamiento o, en su caso, al representante, la responsabilidad de cumplir con tal obligación.

Siguiendo la línea marcada habitualmente por la Directiva, se contempla la posibilidad de suavizar tal obligación, mediante su simplificación o incluso llegando a su omisión, atribuyendo tal posibilidad a los Estados miembros, dentro de unos supuestos que, en principio, no aparecen bien delimitados, pues cuando se hace referencia a “categorías de tratamientos que no puedan afectar a los derechos y libertades de los interesados” se está dejando a los Estados vía abierta para su libre interpretación, cuando, de cara a la protección de los interesados, hubiera resultado más seguro el establecimiento de un número cerrado de supuestos, evitando así el uso de tal expresión. Asimismo, se contempla la misma potestad estatal, cuando el responsable del tratamiento tenga un encargado de la protección de los DP y actúe con arreglo al Derecho nacional al que esté sujeto.

Siguiendo con las excepciones a la obligación de notificación, también se contempla tal posibilidad para los supuestos, a los que la LORTAD da en llamar “fuentes accesibles al público”, a que parece referirse el Art. 11, 2, b) de la

■¹⁵ MARTÍN-CASALLO LOPEZ, Juan José “Discurso Apertura” loc. Cit. pág. 17.

■¹⁶ Mr. MATHEWS, Steve “Protección de Datos...” ob. Cit. pág. 132.

LORTAD, los cuales, si bien la LO las excluye de su ámbito de aplicación, la Directiva no sólo las contempla, sino que además, dado su carácter, otorga a los Estados la posibilidad de dispensarlos, no sólo de la obligación de notificación del art. 18.1, sino también, de la obligación de publicidad a que se refiere el Art. 21.1. Excepción esta, esgrimida por Martín-Casallo¹⁷, como uno de los argumentos que vienen a imponer la eliminación de la exclusión del ámbito de aplicación de la LORTAD de los ficheros automatizados de titularidad pública cuyo objeto legalmente establecido sea el almacenamiento de datos para su publicidad con carácter general (Art. 2.2.a) LORTAD) y a los ficheros de información tecnológica y comercial a que se alude el art. 2.2.c) del mismo cuerpo legal. Considerando dicho autor, que si cabe establecer excepciones para estos ficheros con relación a estas obligaciones, implícitamente, la Directiva está admitiendo la aplicación del resto de su contenido a esta clase de ficheros.

Por último y dentro de la Sección dedicada a la notificación, en su art. 21 la Directiva alude a la Publicidad de los tratamientos, atribuyendo a los Estados miembros la obligación de velar por su cumplimiento, así como de cuidar por que la autoridad de control lleve un Registro en el que se inscriban las notificaciones que se vayan realizando y en consecuencia facilitar la consulta por cualquier persona que tenga interés. En tal sentido, la LORTAD crea el Registro General de Protección de Datos (Art. 38 LO) como órgano integrado en la Agencia de Protección de Datos a cuyo cargo está la autoridad de control, que no es otra, que el Director de la Agencia de Protección de Datos.

3.3. RECURSOS

En cuanto a los recursos, tanto la LORTAD en su art. 47, como la Directiva en el art. 22, hacen referencia a dos clases de recursos, los contemplados en vía administrativa y los relativos a la vía judicial. La Directiva deja libertad a los Estados para aplicar lo relativo a este tema y en concreto para determinar el procedimiento sancionador. Asimismo, ambas normas contemplan la reparación del perjuicio sufrido por el interesado, la Directiva atribuyendo tal responsabilidad al responsable del tratamiento, salvo que justifique que la causa del perjuicio es ajena a su actividad. En tal sentido se pronuncia la LORTAD respecto del responsable del fichero, pero sin dejar claro quién sea el que ha de hacer efectiva

■¹⁷ MARTIN CASALLO-LOPEZ, Juan José “Implicaciones sobre la Directiva...” loc. cit.

la indemnización (Art. 17,3). El Convenio 108 alude a la necesidad de establecer recursos y sanciones, pero sin que especifiquen los mismos, remitiéndose a los Estados miembros para su regulación cuando vulneren las disposiciones de derecho interno.

3.4. FLUJO TRANSFRONTERIZO DE DATOS (FTD)

Como dice el profesor, Ripoll Carulla¹⁸, “la característica común a todos los textos sobre protección de datos, es la de contemplar el movimiento internacional de datos como una cuestión autónoma, en la que se establece un principio general, modulado por circunstancias especiales y acompañado de determinadas excepciones”. Asimismo, añade, “que la solución jurídica arbitrada, es la de admitir que la información deberá circular tan libremente cuando el nivel de protección otorgado sea similar”.

3.4.1. FTD a Terceros Países.

La Directiva Comunitaria establece como requisito para hacer posible la transferencia de datos personales a países terceros, el que dicho país garantice un nivel de protección adecuado, atendiendo para su determinación a un conjunto de consideraciones y atribuyendo a la Comisión su valoración, en colaboración con los Estados miembros (Art. 25 D.C.), en este sentido cabe destacar lo dicho por Mensbrugghe:¹⁹

“Los Estados miembros y la Comisión se informarán recíprocamente de los casos en que consideren que un tercer país no garantiza un nivel de protección adecuado. Así la Comisión puede constatar este hecho, sin la demanda del Estado interesado. Una vez que el Estado notifique esta situación a la Comisión o que la misma lo compruebe, bloqueará toda transmisión de datos del país tercero con la Unión Europea. La Comisión así después de haber comunicado a los otros

■¹⁸ RIPOLL CARULLA, Santiago “El Movimiento Internacional de Datos en la Ley Española de Protección de Datos” *Informática y Derecho* 6-7, La Protección de Datos Personales, pags. 314 y 315, UNED, Mérida 1994.

■¹⁹ MENSBRUGGHE, Patricia van der “Flujos transfronterizos de datos en la Directiva 95/46 de las Comunidades Europeas” *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 20 pág. 14, Ed. ARANZADI, Madrid julio de 1996.

Estados comunitarios la situación, entrará a decidir si el Estado tercero cumple o no el nivel de protección adecuado”

El principio del “nivel de protección adecuado” no es inexpugnable, ya que la Directiva admite la posibilidad de que los Estados miembros dispongan la transferencia a terceros países, aún sin contar con dicho requisito, condicionándolo al hecho de que se den determinadas circunstancias, enumeradas como excepciones en el Art. 26.1 de la norma comunitaria, incluso, se contempla la posibilidad de prescindir de dichas excepciones, cuando el responsable del tratamiento establezca las garantías suficientes, con la única condición, de que se informe a la Comisión y a los demás Estados miembros (Art. 26.2. D.C.), los cuales pueden oponerse a la transferencia, siempre y cuando justifiquen debidamente los motivos, correspondiendo a la Comisión la determinación de las medidas a adoptar sobre la base de lo establecido en el Art. 31.2 de la Directiva.

A nuestro modo de ver, no encontramos suficientemente justificado el hecho de establecer una serie de excepciones al principio general cuando la transferencia se refiera a determinadas circunstancias, en algunos casos, referidas a relaciones contractuales, lo que es admisible, pero en otras, a la salvaguardia de un interés público importante o a un interés vital y, más aún, para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho, en las cuales, precisamente por la importancia de estos intereses y derechos, lo razonable es que se dieran todas las garantías por parte de los terceros países y por lo tanto sin que se admitiera excepción alguna si no se da el nivel de protección adecuado. En otras palabras, es cierto que el nivel de protección adecuado se establece, entre otras razones, para proteger unos derechos y en concreto el Derecho a la Intimidad, pero no es menos cierto, que con la excepción a la efectividad de dicho principio, se trata de permitir el ejercicio de otros derechos, los cuales, pudiendo ser en su caso tanto o más importantes que el propio derecho en principio protegido, sin embargo, no cuenta con las mismas garantías que éste, puesto que al establecer la excepción, se está partiendo de la base de que el país tercero no garantiza un nivel de protección adecuado, lo que puede conllevar a la falta de efectividad del derecho que se pretende ejercitar por vía de acudir a la excepción o a vulnerar el protegido por el Principio general o, incluso, a la vulneración de ambos.

Punto de vista que, entendemos, es compartido por Mensbrugge²⁰ al manifestar:

Así, si bien la Directiva se explica por razones de protección de la vida privada de las personas, nos parece evidente que existen también intereses estatales para proteger las informaciones de las personas más allá de la frontera europea o, si es el caso, impedir su salida del territorio comunitario. Nos referimos de una parte a motivos de seguridad pública, de defensa y de seguridad del Estado...”

Con ello, la autora parece mostrarse a favor del flujo transfronterizo de datos siempre que se respete un nivel mínimo de protección, sin embargo, entiende que éste debe ceder a intereses estatales en los que se puede justificar la transferencia, ahora bien, se está refiriendo a datos que quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma comunitaria, dada su trascendencia, como pueden ser los relativos a la seguridad pública, la defensa y seguridad del Estado, por lo que fuera de estos supuestos, debemos entender que no admite excepciones al nivel mínimo de protección exigible.

Tal vez una omisión ciertamente criticable en la regulación de la Directiva, la cual ya se detectaba en la LORTAD y el Convenio, siguiendo las palabras de Ripoll Carulla²¹, sea el hecho de que sólo se contemple el supuesto de la exportación de datos, sin que se haga alusión alguna a los casos de importación de los mismos, lo que puede llevar a ciertas incongruencias.

3.4.2. FTD entre Estados Miembros

Expuesto lo relativo a la parte dispositiva de la norma comunitaria respecto al flujo transfronterizos de datos, también los Considerandos de la Directiva recogen ampliamente este tema, no sólo respecto a lo establecido respecto a terceros países, Considerandos 56 a 60, en los que se viene a predecir prácticamente la regulación establecida en el articulado de la Directiva, sino que también resulta interesante adentrarnos en su contenido, por contemplar

■²⁰ MENSBRUGGHE, Patricia van der “Flujo transfronterizo de datos...” *ibid.* pág. 13.

■²¹ RIPOLL CARULLA, Santiago, “El Movimiento Internacional de Datos...” *ob. cit.* pág. 317.

ampliamente el tema desde la perspectiva exclusiva de los Estados miembros (Considerandos 3 al 9).

En atención al establecimiento de un mercado interior, que entre otras cosas, implicará un aumento de los flujos transfronterizos de datos personales, se debe garantizar la libre circulación de los mismos, incidiendo en el respeto de los Derechos Fundamentales de las personas y contemplando las nuevas tecnologías, así como la coordinación de las nuevas redes de telecomunicaciones, como medios que faciliten el intercambio de datos personales. Para el logro de todo lo cual se considera necesario que la Comunidad intervenga a fin de superar la disparidad de criterios, mediante el establecimiento de un nivel de protección equiparable, que evite la obstaculización de la libre circulación entre los Estados miembros, y ello, independientemente de que se contemple un margen de maniobra para estos, siempre que se desarrolle en el contexto de la Directiva. Al respecto, el legislador comunitario es consciente de que dicho margen puede implicar el resurgimiento de disparidad de criterios al interpretar la norma.

Por nuestra parte y respecto a este margen de maniobra, entendemos, que puesto que el legislador comunitario es consciente de la disparidad de criterios que pueden surgir entre los Estados miembros como consecuencia de no establecer al respecto una regulación taxativa y siendo una de las pretensiones de la Directiva, el no obstaculizar la libre circulación de datos y el lograr una regulación equivalente entre los Estados, lo más prudente hubiera sido no contemplar dicho margen, evitando así la incertidumbre de futuros conflictos.

3.5. CODIGOS DE CONDUCTA

Tanto el Art. 27, como el Considerando 61 de la Directiva, vienen a definir lo que dan en llamar Códigos de Conducta, como acuerdos establecidos por las asociaciones profesionales y demás organizaciones representantes de responsables de tratamiento, para la correcta aplicación de las disposiciones nacionales adoptadas por los Estados miembros en aplicación de la presente Directiva. En este sentido, la LORTAD, adoptando la denominación de Códigos Tipo, con el que encabeza la regulación del Art. 31, habla de acuerdos sectoriales o decisiones de empresa, a los que califica de códigos deontológicos o de buena práctica profesional, recogiendo todo un conjunto de aspectos en los que se puede concretar su contenido, pero circunscribiéndolo exclusivamente a los responsables de ficheros de titularidad privada, circunstancia no contemplada por la Directiva.

Por otra parte, la Directiva recoge la posibilidad de que los Códigos puedan ser sometidos a examen del Grupo de protección a que se refiere el art. 29 de dicha norma, pudiendo la Comisión efectuar una publicidad adecuada de los que hayan obtenido el directamente favorable de dicho Grupo, pero sin que establezca la obligación de su registro. La LORTAD en cambio, no sólo contempla la obligación del registro de los Códigos tipo, sino también, el supuesto de que el Director de la APD pueda requerir a los solicitantes, para que efectúen las correcciones oportunas.

Vista la disparidad de criterios entre la regulación establecida en la Directiva y la LORTAD, es evidente que la regulación más inquisitiva y sectorial prevista por la LORTAD, deberá acoplarse a la más flexible establecida por la Directiva en el momento de la transposición de ésta al Derecho interno español.

3.5.1. Efectividad práctica de los Códigos de Conducta

La experiencia de la efectividad práctica de los Códigos tipo en nuestro Derecho, conforme a las inscripciones realizadas, de las cuales se hacen eco las Memorias de la APD de los años 94, 95 y 96²², publicadas hasta el momento, refleja la escasa actividad en este sentido por parte de las asociaciones profesionales y demás organizaciones. Así, en el año de 1994 se presentaron para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos dos proyectos de códigos tipo, uno por Telefónica de España S.A., el cual resultó ser el único inscrito, y otro por la asociación ASEICO, justificando dichas peticiones, la primera por el importante volumen comercial y la incidencia de su actividad en el tema de protección de datos y, la otra, por desenvolver su actividad en materia de prestación de servicios sobre solvencia patrimonial y crédito recogida en el Art. 28 de la LORTAD. Esta actividad de registro, si de por sí había resultado escasa en el año de 1994, se vio en decremento durante 1995, al haberse solicitado e inscrito un único código tipo, precisamente el presentado por la Asociación de Empresas de Servicios de Informes Comerciales (ASEICO), la que no había logrado la inscripción en el año anterior. Siendo nula dicha actividad durante el año de 1996,

■²² Agencia de Protección de Datos, “Códigos Tipo” págs. 89, 141 y 179 de las Memorias de 1994, 1995 y 1996 (respectivamente)

en el que no se produjo ninguna inscripción.

La escasa efectividad reseñada anteriormente de los Códigos Tipo, es achacada por la APD, de una parte, a la falta de efectividad de la imposición sancionadora y de otra, a la escasa aceptación por parte de los grupos afectados. Por lo que, si a esto unimos el carácter voluntario que con la transposición de la Directiva tendrá su inscripción, es predecible, salvo que se establezcan otros mecanismos de motivación, la desaparición de los mismos.

3.6. AUTORIDAD DE CONTROL

La Directiva Comunitaria, ya en sus Considerandos, resalta la importancia de la Autoridad de Control, al considerarla como un elemento esencial a tener en cuenta en la regulación de cada Estado miembro, haciendo hincapié en la necesidad de su independencia en el ejercicio de sus funciones, a fin de garantizar la protección de las personas en materia de tratamiento de datos personales, mediante el ejercicio de las labores de investigación e intervención y, procurando en todo momento, la transparencia del tratamiento y la ayuda mutua entre los Estados miembros (Considerandos 62 al 64 D.C.).

La parte dispositiva de la Directiva, en el Capítulo VI, dedica el extenso Art. 28, a reiterar lo ya plasmado en los considerandos de la misma respecto a la Autoridad de control, matizando ciertos aspectos, como lo relativo a la posibilidad de que cada Estado pueda establecer varias autoridades, o determinando lo que haya de entenderse por la capacidad de investigación e intervención. También contemplando otras funciones como la capacidad procesal para el supuesto de producirse infracciones a la normativa de transposición, así como entender de aquellas solicitudes planteadas por cualquier persona, especialmente en cuanto a la licitud del tratamiento.

Asimismo se contemplan una serie de obligaciones, como la de presentar un informe periódico sobre sus actividades, el secreto profesional, incluso después de su cese y, por último, el ejercitar las competencias que se le hayan atribuido dentro del territorio de su Estado, con la particularidad, de que ante una posible pasividad de ésta, podrá ser instada por la autoridad de otro Estado, para ejercer sus funciones.

Es reprochable al legislador comunitario, el que no haya aprovechado la extensa regulación de la Autoridad de Control, para haberse pronunciado sobre

un tema tan controvertido como el de la independencia de la Autoridad de Control, limitándose a resaltar la importancia de tal característica.

La regulación establecida al efecto por la LORTAD, se ciñe a la Directiva, atribuyendo la consideración de autoridad de control a la Agencia de Protección de Datos, personalizada por el Director, el cual la dirige y representa. Dedicó todo el Título VI, desarrollado a su vez por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos, el cual, determina a su vez la estructura orgánica, conforme al mandato del Art. 34.2 y Disposición Final Primera de la Ley Orgánica.

3.6.1. Independencia de la Autoridad de Control

Dada la extensión de su regulación, no consideramos oportuno realizar un análisis pormenorizado de su contenido, aunque sí es ineludible hacer referencia a la “independencia” predicada de la autoridad de control por la Directiva y la LORTAD. En este sentido, la Lortad, tal como establece en su articulado, atribuye la referida independencia a la APD, al señalar en su Art. 34.2 “... que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones...”, reiterado en el Art. 1.2 del Estatuto, el cual añade “y se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia”.

Desde nuestro punto de vista, difícilmente se puede predicar la independencia de un órgano que es nombrado por el Gobierno, lo cual, si bien no se recoge expresamente en la LORTAD, sí se deduce de su contenido, cuando establece que el nombramiento se hará mediante Real Decreto (Art. 35.1 LO y 14.1 R.D.). También se atribuye al Ejecutivo la potestad de cesarlo, si bien, mediante la instrucción del correspondiente expediente y en los limitados supuestos ya previamente determinados (Art. 35.3 LO y 15.2 R.D.). A este mar de sospechas que planea sobre la predicada independencia, hay que añadir que la relación del Director con el Gobierno se hará a través del Ministerio de Justicia (Art. 1.2 R.D.), por lo que, tácitamente, se está sometiendo a este órgano, al conducto de procedimiento reglamentario y por lo tanto dentro del orden jerarquizado de la Administración.

Por todo ello e independientemente de que se trate de un Ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada (Art. 34.2. LO) y tenga la consideración de alto cargo (Art. 35.4), resulta incuestionable que la independencia política de la APD cuanto menos, quede en

entredicho.

Por lo expuesto y con relación a este aspecto concreto, la obligada transposición de la Directiva al Derecho interno español, brinda la oportunidad de aclarar las dudas que planean sobre este polémico tema.

No obstante lo dicho, hay autores que entienden perfectamente determinada la independencia de la Agencia de Protección de Datos, tal es el caso de la profesora De la Serna Bilbao²³, la cual, partiendo de la regulación legal establecida en los Arts. 34.2 de la LORTAD y 1.2. del Estatuto, incluye a la APD dentro de la clasificación de Administración Independiente, encuadrándola concretamente en lo que el profesor Parejo Alfonso, citado por la misma, califica de novedoso tipo de organizaciones “administrativas”, las cuales surgen para y en sectores clave, caracterizados por un fuerte dinamismo.

Asimismo, De la Serna toma en consideración las ideas de los entes independientes de supervisión del profesor Betancor Rodríguez, las cuales pueden resumirse por una parte en que “Todas las Administraciones independientes participan de dos características comunes: ...que sus miembros ... no pueden ser removidos discrecionalmente ni recibir órdenes o instrucciones del Gobierno...por lo que gozan de un estatuto jurídico que garantiza su independencia...lo que permite que su gestión sea políticamente neutral” y por otra en que “... uno de los elementos que permite calificar un ente público de independiente es la no sujeción de sus actos a instrucciones de ningún otro órgano...ausencia de un control jerárquico...sólo cabe un control de legalidad por parte de los órganos de la jurisdicción y por los limitados supuestos en los que se puede destituir al director”.

Pues bien, sobre la base de dichas consideraciones, la profesora entiende que lo más relevante es la fijación de una relación cerrada de hipótesis de cese anticipado del Director de la APD, limitando la posibilidad de instrucción del expediente a los supuestos c), d) o e) del art. 15.2 del Estatuto, de todo lo cual deduce una estabilidad del Director de la Agencia que en palabras de la profesora

■²³ DE LA SERNA BILBAO, María Nieves “La Agencia de Protección de Datos Española: con especial referencia a su característica de independencia” Actualidad Informática Aranzadi, núm. 22, enero 1997, Ed. ARANZADI.

“... es el principal y más importante mecanismo de garantía de independencia”. A lo cual añade la importancia del Consejo Consultivo, en cuanto el Director tiene que ser nombrado por el Gobierno de entre sus miembros, así como la independencia de carácter funcional de la Agencia, en cuanto a que las decisiones del Director cierran la vía administrativa, dejando abierta la contenciosa administrativa y por último, como corolario de la independencia predicada de la APD, la contemplada legalmente en materia presupuestaria.

A la vista de la resumida exposición de la defensa del carácter independiente de la APD que realiza la mencionada profesora, nos mantenemos firmes en nuestra posición de entender que la misma no es predicable en la regulación actual de la LORTAD y el Estatuto de la APD, por entender, aparte de lo ya expuesto, que si bien es cierto que el Estatuto establece unos supuestos concretos ya predeterminados por los que el Gobierno puede cesar al Director de la APD, no es menos cierto que dichos supuestos no sólo no aparecen bien delimitados, sino que además, esta falta de concreción, puede servir de base para entender que la discrecionalidad del gobierno se recoge de forma subrepticia en las letras a) y b) del art. 15.2 del Estatuto. Con lo cual, no queda demostrada la pretendida estabilidad de la autoridad y por consiguiente su independencia, por más que se pretenda abundar en otros aspectos como la importancia atribuida al Consejo Consultivo por ser nombrado el Director de entre sus miembros, lo que a juicio de la profesora implica una mayor independencia. Al respecto, no cabe olvidar que dicho Consejo está formado por miembros de entidades públicas y privadas. Asimismo, la pretendida independencia de naturaleza funcional, en cuanto a que las decisiones del Director de la Agencia ponen fin a la vía administrativa, sería ingenuo pensar la adopción de un acto por la Agencia en contra de la política gubernamental, si el Director no quiere verse inmerso en un expediente por incurrir en causa de cese, pues aunque han de ser oídos los miembros del Consejo, nada dice la Ley Orgánica o el Estatuto, sobre el carácter vinculante del informe que éste emitiera.

3.7. GRUPO DE PROTECCION

Organo, que de responder a la misión que la Directiva le atribuye, está destinado a ser el gran catalizador entre los Estados miembros de la C.E., tal como esboza el Considerando 65 de la Directiva, al considerar, que actuará con total independencia, a fin de asesorar a la Comisión y contribuir a la importante misión, de la aplicación uniforme de las normas nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva.

La Directiva dedica dos artículos, el Art. 29, a fin de determinar la formación y funcionamiento de tal órgano y el Art. 30, en el que se determinan las funciones. En cuanto al primero, resaltar únicamente que la composición estará integrada por el representante de la autoridad o autoridades de control designada por cada Estado miembro.

Lo importante de su regulación, se centra en las funciones reconocidas en el Art. 30, principalmente por atribuir al Grupo, en su n.º1.a), el velar por el cumplimiento de uno de los Principios básicos de la Directiva, como es, contribuir a la aplicación homogénea de la Directiva, mediante el estudio de toda cuestión relativa a la aplicación de las disposiciones nacionales destinadas a hacer efectiva el cumplimiento de la misma, con lo que, a su vez, se cumple con otro de los principios básicos como es el evitar diferencias entre los Estados miembros.

Otras funciones atribuidas, de menor relevancia, pero no por ello dejan de ser importantes, son las de emitir dictámenes sobre el nivel de protección existente y sobre los códigos de conducta elaborados, formular recomendaciones sobre cualquier asunto sobre protección de datos, funciones estas, que se tramitarán por el Comité y la Comisión, a la cual asesorará e informará, en caso de apreciar divergencias entre lo establecido en la Directiva y la práctica de los Estados miembros. Estableciendo como obligación del Grupo, la elaboración de un informe anual sobre el nivel de protección existente.

La LORTAD, dentro de las funciones atribuidas a la APD, en su Art. 36.1), al atribuirle el desempeñar las funciones de cooperación internacional en materia de protección de datos personales y, por extensión, a lo establecido en el Art. 9,2 del Estatuto de la APD, si bien refiriéndose al Convenio 108, por el que se establece la obligación de prestar asistencia a las autoridades designadas, lo que por Real Decreto 156/96, de 2 de febrero, que modifica el Estatuto de la APD, a fin de designar a ésta como representante español en el Grupo de protección de personas a que se refiere la Directiva y atribuyendo al Director de la APD la potestad de designar a la persona encargada de personalizar dicha representación, adicionando al Art. 9 del Estatuto el Apartado 3 a fin de recoger dicha modificación.

3.8. MEDIDAS DE EJECUCION

Ya el último Capítulo de la Directiva, el VII, hace referencia al Comité como órgano encargado de asistir a la Comisión en su función de ejecución de las medidas que en cada caso hayan de adoptarse, se entiende, para cumplimiento de lo establecido en la Directiva. El Comité, formado por representantes de los Estados miembros y presidido por el representante de la Comisión, deberá pronunciarse sobre los proyectos de dichas medidas, mediante la emisión de un dictamen. Para el caso de que dichas medidas sean aplicadas en sentido contrario a lo establecido en el dictamen, se contempla la particularidad, en el Art. 31, único en este Capítulo, de que entren en juego tres órganos comunitarios, los dos ya citados, y el Consejo, que será el órgano encargado de dirimir la cuestión.

El papel que desempeña el Comité en el orden comunitario, viene a corresponderse con el atribuido en la LORTAD (art. 37) y el Estatuto (art. 18) al Consejo Consultivo, pero a diferencia de lo que ocurre con los dictámenes no tomados en consideración por la Comisión en el plano comunitario, los informes emitidos por el Consejo a propuesta del Director no vinculan a éste, ni dan lugar a arbitrio de un tercer órgano, de lo que se deducen las amplias facultades en todos los órdenes que la LORTAD atribuye al Director de la APD.

3.9 MARGEN DE MANIOBRA, GARANTIAS Y DEFICIENCIAS

3.9.0. Introducción

En congruencia con el conjunto de los Principios Básicos contemplados en los Considerandos 7 al 11 de la Directiva y en especial atendiendo a lo establecido en el nº 9, cuyo contenido hace referencia a “que los Estados miembros dispondrán de un margen de maniobra(...)dirigido a mejorar la protección que proporciona su legislación en la actualidad”, resulta evidente la doble finalidad de dicho considerando, con el que se pretende, de una parte, dejar un margen a los Estados para que, dentro del marco determinado por la Directiva, estos dispongan de la suficiente autonomía a fin de adaptar dicha norma, en la medida que les sea posible, a sus peculiaridades internas. Por otra parte, procurando que dicha potestad se ejerza de forma que suponga una mejora de la legislación hasta el momento existente, con objeto de establecer un mayor grado de protección de las personas físicas frente al TDP. Para nivelar el ínter relación

entre las dos pretensiones señaladas, resulta imprescindible que, a su vez, la Directiva arbitre las garantías necesarias a fin de evitar el conflicto entre ambas y, en consecuencia, impedir que prevalezca una con el consiguiente menoscabo de la otra.

Un tercer aspecto debe tenerse en cuenta a fin de evitar que el equilibrio pretendido, entre el margen de maniobra y las garantías, pueda verse desestabilizado. Nos estamos refiriendo, a la necesidad de determinar las posibles deficiencias de que adolece la norma comunitaria, las cuales pueden plantearse dada la dificultad práctica de concretar determinados conceptos o ideas, lo que puede dar lugar a interpretaciones dispares que no sólo afecten al equilibrio al que nos referimos, sino también a la unificación de criterios entre los Estados miembros.

3.9.1 Margen de maniobra atribuido por la Directiva a los Estados miembros

Como ya se ha puesto de manifiesto, el margen de maniobra contemplado para la transposición de la Directiva al Derecho interno de los Estados miembros, es reconocido por el Considerando 9 de la Directiva, siendo desarrollado de forma amplia a lo largo de su articulado, en los términos que pasamos a enunciar:

En cuanto al ámbito de aplicación, se atribuye a los Estados miembros la responsabilidad de aplicar la Directiva, mediante la norma que al efecto establezcan, incluso mediante el establecimiento de normas específicas para determinados sectores (Consid^o. 68), contemplando toda una serie de supuestos que puedan plantearse en cuanto al responsable del tratamiento de datos personales (Art. 4 DC).

En cuanto a los Principios básicos de protección de datos y Derechos, que en la Directiva aparecen contemplados bajo el epígrafe “Condiciones Generales para la licitud del tratamiento de datos personales”, la norma comunitaria se limita a establecer el marco dentro del cual los Estados miembros precisarán las condiciones de licitud. (Art. 5 DC).

La Directiva, en cuanto a los datos sensibles que regula bajo el epígrafe “Tratamiento de categorías especiales de datos” (art. 8) establece la particularidad de prohibir el tratamiento de los mismos, aunque dicha prohibición puede quedar desvirtuada cuando se obtiene el consentimiento explícito del interesado, si bien a este respecto, se atribuye a los Estados miembros la potestad, de impedir el

levantamiento de tal prohibición, aunque se cuente con el consentimiento del interesado. Asimismo, en el punto 4 del mismo artículo, se contempla de forma amplia otra posibilidad de levantar la prohibición al tratamiento de datos sensibles, aún prescindiendo del consentimiento del interesado, al permitir a los Estados que amparados en “motivos de interés público importante”, puedan establecer otras excepciones a las ya contempladas para el tratamiento de datos sensibles, siempre que dispongan las garantías necesarias y sean notificadas a la Comisión. Dichas excepciones puedan establecerse mediante la legislación interna del Estado o por decisión de la Autoridad de Control.

Se deja la vía abierta a los Estados miembros para limitar, mediante una disposición legal, los Derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación, Bloqueo y Notificación del Art. 12, con fines de investigación científica o, en su caso, sean guardados en forma de archivos de carácter personal con fines estadísticos, sin establecer una limitación temporal concreta, ya que se limita a referirse a un periodo que no supere el tiempo necesario.

Dentro de la regulación del Derecho de Oposición y bajo el epígrafe “Decisiones individuales automatizadas” (art. 15.2) en el que se contempla el reconocimiento al interesado de no verse sometido a una decisión con efectos jurídicos basada en el tratamiento automatizado de datos destinados a evaluar su personalidad, derecho que será garantizado por los Estados miembros, salvo que el Estado lo autorice legalmente siempre que establezcan medidas que justifiquen el interés legítimo del interesado.

La Directiva, contempla la posibilidad de suavizar la obligación de notificar a la Autoridad de Control la intención de realizar un tratamiento de datos personales mediante su simplificación o incluso llegando a su omisión, atribuyendo tal posibilidad a los Estados miembros, dentro de unos supuestos.

También se contemplan excepciones para los supuestos “fuentes accesibles al público”, la Directiva, dado su carácter, otorga a los Estados la posibilidad de dispensarlos, no sólo de la obligación de notificación del art. 18.1, sino también, de la obligación de publicidad a que se refiere el Art. 21.1

Dentro de la Sección dedicada a la notificación, en su art. 21, la Directiva alude a la Publicidad de los tratamientos, atribuyendo a los Estados miembros la obligación de velar por su cumplimiento, así como de cuidar por que la Autoridad de Control lleve un Registro en el que se inscriban las notificaciones que se vayan

realizando y en consecuencia facilitar la consulta por cualquier persona que tenga interés.

En cuanto a los recursos, la Directiva en el art. 22, hace referencia a dos clases de recursos, los contemplados en vía administrativa y los relativos a la vía judicial. La Directiva deja libertad a los Estados para aplicar lo relativo a los Recursos y en concreto para determinar el procedimiento sancionador.

La Directiva establece como requisito para hacer posible la transferencia de datos personales a países terceros, el que dicho país garantice un nivel de protección adecuado, atendiendo para su determinación a un conjunto de consideraciones y atribuyendo a la Comisión su comprobación (Art. 25 D.C.). Pero el principio del “nivel de protección adecuado” no es ineludible, ya que la Directiva admite la posibilidad de que los Estados miembros dispongan la transferencia a terceros países, aún sin contar con el requisito del nivel de protección adecuado, condicionándolo al hecho de que se den determinadas circunstancias.

En cuanto a la TDP entre los Estados miembros de la CE, se considera necesario, que la Comunidad intervenga a fin de superar la disparidad de criterios, mediante el establecimiento de un nivel de protección equiparable, que evite la obstaculización de la libre circulación entre los mismos, y ello, independientemente de que se contemple un margen de maniobra para los Estados miembros, siempre que se desarrolle en el contexto de la Directiva.

El Art. 28 de la Directiva, en el que se regula la Autoridad de Control, establece la posibilidad de que cada Estado pueda establecer varias autoridades de control.

Asimismo la Directiva en su art. 29, establece que la composición del Grupo de protección estará integrada por el representante de la autoridad o autoridades de control designado por cada Estado miembro.

También atribuye a estos el designar a su representante para integrar el Comité contemplado en el art. 31.1 de la Directiva.

3.9.2. Garantías establecidas en la Directiva

Las garantías que a nuestro entender tienen más consistencia y de las

cuales va a depender el equilibrio a que hacíamos referencia al iniciar este capítulo, se sustentan básicamente en los Organos contemplados por la Directiva, los cuales, grosso modo, por un lado tienen la finalidad de llevar a buen fin la protección de las personas físicas en materia de TDP, por otro, la de velar por una aplicación homogénea entre los Estados miembros evitando que surjan diferencias entre los mismos y, por último, la de asistir a la Comisión en su función de ejecución de las medidas que en cada caso hayan de adoptarse para cumplimiento de lo establecido en la Directiva. Nos estamos refiriendo, respectivamente a las actividades mencionadas, a la Autoridad de control (art.28), el Grupo de protección (art. 29) y al Comité (art.31).

También es una novedad introducida por la Directiva, la de atribuir al Responsable del Tratamiento o, en su caso, el Representante en que éste delegue, la responsabilidad que en cada supuesto pueda derivarse del tratamiento de datos personales, hasta el punto de establecer como condición indispensable para la aplicación de la Directiva, el hecho de que las actividades del responsable del tratamiento de datos personales se desenvuelvan dentro del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario (Considerando 12), contemplando toda una serie de supuestos que puedan plantearse en cuanto al responsable del tratamiento de datos personales (Art. 4 D.C.),

Asimismo y en cuanto al responsable del tratamiento, la Directiva en su Art. 6 atribuye a los responsables del tratamiento la obligación de garantizar el cumplimiento de los principios generales reconocidos en toda norma de protección de datos.

Se atribuye al responsable del tratamiento o a su representante, la obligación de informar al interesado, salvo que ya hubiera sido informado, de los datos recabados a fin de ser tratados.

En cuanto al mantenimiento de la exactitud de los datos, parece deducirse del tenor literal de la Directiva, que dicha actividad no sólo pueda realizarse de oficio, sino que por el contrario, cualquier interesado puede instar su actualización.

Los registros de condenas penales, medidas de seguridad e infracciones, habrán de ser llevados bajo el control de los poderes públicos, así como las sanciones administrativas o procesos civiles.

La Directiva inicia la regulación de los Derechos en la Sec. 5ª con El Derecho de Acceso, el que regula de forma más detallada que el Convenio y la LORTAD, y siendo a su vez menos restrictiva que éstas, en el sentido de que al contrario de lo contemplado en la LO, no establece limitaciones en cuanto a su ejercicio, aunque haga referencia a una “periodicidad razonable”, pero sin que se concrete en un periodo de tiempo determinado.

Como particularidad introducida al regular el Derecho de Acceso, se contempla, lo que en la LORTAD aparece regulado de forma independiente como Derecho de Rectificación y Cancelación (Art. 15), añadiendo además la posibilidad del Bloqueo de los datos y contemplando la obligación de notificar el haber practicado tales actividades conforme a lo solicitado por el interesado

La Directiva comunitaria, además de contemplar el reforzamiento del tratamiento de los datos especialmente protegidos, introduce una novedad, al hacerlo extensivo a la transmisión de datos dentro de una red.

Dentro de la regulación establecida en la Directiva de la obligación de notificación, se contempla la posibilidad de establecer excepciones para las “fuentes accesibles al público”, lo cual quiere decir que implícitamente está reconociendo la aplicación de la norma comunitaria a este tipo de datos.

En su art. 21 la Directiva alude a la Publicidad de los tratamientos, atribuyendo a los Estados miembros la obligación de velar por su cumplimiento, así como de cuidar por que la autoridad de control lleve un Registro en el que se inscriban las notificaciones que se vayan realizando y en consecuencia facilitar la consulta por cualquier persona que tenga interés, sin limitar a plazo alguno.

En cuanto a los recursos, la Directiva en el art. 22, hace referencia a dos clases de recursos, los contemplados en vía administrativa y los relativos a la vía judicial. La Directiva deja libertad a los Estados para aplicar lo relativo a este tema y en concreto para determinar el procedimiento sancionador. Contempla la reparación del perjuicio sufrido por el interesado, atribuyendo tal responsabilidad al responsable del tratamiento, salvo que justifique que la causa del perjuicio es ajena a su actividad.

La Directiva Comunitaria establece como requisito para hacer posible la transferencia de datos personales a países terceros, el que dicho país garantice un nivel de protección adecuado, atendiendo para su determinación a un conjunto de

consideraciones y atribuyendo a la Comisión su valoración, en colaboración con los Estados miembros (Art. 25 D.C.).

Tanto el Art. 27, como el Considerando 61 de la Directiva, hacen referencia a los Códigos de Conducta, los que tienen por cometido la correcta aplicación de las disposiciones nacionales adoptadas por los Estados miembros en aplicación de la Directiva, así como la posibilidad de que los Códigos puedan ser sometidos a examen del Grupo de protección a que se refiere el art. 29 de dicha norma, pudiendo la Comisión efectuar una publicidad adecuada de los que hayan obtenido el directamente favorable de dicho Grupo, pero sin que establezca la obligación de su registro.

3.9.3. Deficiencias de que adolece la directiva

Con carácter general, a lo largo de la regulación establecida en la Directiva se abusa de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, así como de la falta de especificación de las garantías en los supuestos para los que éstas se contemplan, amén de otras deficiencias y carencias que iremos desglosando.

3.9.3.1. Utilización de Conceptos jurídicos indeterminados

En cuanto a lo que en la Doctrina Jurídica se conoce como conceptos jurídicos indeterminados, podemos hacer referencia a supuestos como el contemplado en el Art. 7, el cual evoca el principio general del consentimiento del interesado de forma “inequívoca”. Sin embargo, en el modo de establecer excepciones a tal principio, acude al uso de conceptos jurídicos indeterminados, tales como “interés vital”, “misión de interés público”, “interés legítimo perseguido”, conceptos estos que habrán de ser concretados en cada caso por la Autoridad de Control, sin que todo ello beneficie en modo alguno a los interesados, pues se les priva de la garantía de saber a priori, que limitaciones son las que se contemplan con la referencia a tales términos.

La Directiva, en el art. 8 al establecer la particularidad de prohibir el tratamiento de los datos sensibles, flexibiliza tanto tal prohibición, que acaba convirtiéndola en la excepción; así independientemente del margen permitido a los Estados miembros puede quedar sin contenido, cuando se plantean supuestos como los ya calificados de conceptos jurídicos indeterminados, tal como el “interés vital” o recurriendo a ambigüedades como “cuando haya que respetar las

obligaciones y derechos(...)del responsable del tratamiento en materia laboral”.

En su momento calificamos de excesivo el margen permitido a los Estados miembros por la Directiva, al permitirles, que amparados en “motivos de interés público importantes”, lo que no es mas que una remisión en blanco, puedan establecer otras excepciones a las ya contempladas para el tratamiento de datos sensibles.

En el Derecho de Acceso, la obligación de notificar el haber practicado tales actividades conforme a lo solicitado por el interesado, con una salvedad, que ello no resulte imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado, con lo cual, queda en manos del responsable el practicar efectivamente la notificación, ya que siempre podrá escudarse en la dispensa mencionada, para eludir tal obligación.

En el Derecho de Acceso no establece limitaciones en cuanto a su ejercicio, aunque hace referencia a una “periodicidad razonable”, pero sin que se concrete en un periodo de tiempo determinado.

En cuanto a la Seguridad del Tratamiento recogido en el Art. 17 de la Directiva, los legisladores comunitarios, hacen referencia a una “seguridad adecuada” a los riesgos del tratamiento y a la naturaleza de los datos.

La Directiva en su Sec. 9^a, bajo el epígrafe “Notificación” viene a establecer con carácter general la necesidad previa de notificar a la Autoridad de Control la intención de realizar un tratamiento de datos personales, También se contempla la posibilidad de suavizar tal obligación, mediante su simplificación o incluso llegando a su omisión, atribuyendo tal posibilidad a los Estados miembros, dentro de unos supuestos que, en principio, no aparecen bien delimitados, pues cuando se hace referencia a “categorías de tratamientos que no puedan afectar a los derechos y libertades de los interesados” se está dejando a los Estados vía abierta para su libre interpretación.

El principio del “nivel de protección adecuado” establecido en la TDP no es ineludible, en este sentido, la Directiva contempla la posibilidad de prescindir de las excepciones a que se refiere el art. 26.1, cuando el responsable del tratamiento establezca las garantías suficientes, con la única condición, de que se informe a la Comisión y a los demás Estados miembros (Art. 26.2. D.C.), los cuales pueden oponerse a la transferencia, siempre y cuando justifiquen debidamente los motivos

3.9.3.2. Falta de especificación de las garantías contempladas

La obligación de notificación por parte del responsable del fichero puede quedar vacía de contenido cuando añade “o resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados”, ya que puede servir en cualquier caso de excusa para eludir la obligación de informar al interesado dada la dificultad de demostrar lo contrario. También se excepcionan, cuando el registro o la comunicación a tercero esté expresamente prescrito por la ley, y como suele ser lo habitual, con la obligación de establecer las garantías apropiadas, las cuales no especifica.

En cuanto al margen de maniobra permitido a los Estados miembros por la Directiva, en cuanto que al contemplar la posibilidad de que amparados en motivos de interés público importantes, puedan establecer otras excepciones a las ya contempladas para el tratamiento de datos sensibles, añadiendo, siempre que dispongan las garantías necesarias, las cuales no llega a especificar, y sean notificadas a la Comisión, pero sin determinar si ésta en su caso puede oponerse a las mismas.

Las excepciones contempladas en la Directiva al regular, dentro de la Sección 7ª el Derecho de Oposición, las “Decisiones individuales automatizadas” en las que se atribuye a los Estados miembros la garantía de su correcta aplicación, salvo que ello se haya contemplado en un contrato, con ciertas condiciones, o también, que el Estado lo autorice legalmente siempre que establezca medidas que justifiquen el interés legítimo del interesado.

3.9.3.3. Otros supuestos

Dentro de las excepciones a la prohibición inicialmente establecida del tratamiento de datos sensibles, puede resultar realmente peligroso lo relativo a las fundaciones y asociaciones de determinado carácter sin fin lucrativo, a las que conforme al Art. 18.4 de la DC, se les puede eximir de la obligación de notificar a la Autoridad de Control o simplificar la misma, lo que, como ya expusimos en su momento, a nuestro modo de ver, puede dar lugar a facilitar la actividad de las sectas que se amparen en alguna de la finalidades mencionadas en el Art. 8.2.d) DC.

En la regulación establecida en la Directiva al contemplar en el art. 13 lo relativo a las excepciones y limitaciones, ya dejamos de manifiesto en su

momento, que no compartíamos el margen permitido a los Estados miembros de limitar el alcance de las obligaciones y derechos, cuando dicha limitación se efectúe en los supuestos a que dicho artículo se refiere en los apartados d) al f), al privar al interesado de unos derechos y de unas garantías con relación al tratamiento de sus datos personales, los que pueden afectar, entre otros Derechos, a su propia Intimidad, frente a unos intereses que afectan a infracciones penales o deontológicas, intereses económicos o financieros “importantes” o a funciones de control, inspecciones o reglamentarias relacionadas con las anteriores. Intereses estos, que habría que examinar caso por caso, a fin de determinar si realmente han de prevalecer por encima del Derecho del interesado o no. También se establece igual limitación, a fin de garantizar la protección del interesado o de los derechos e intereses de otras personas, es decir, se limitan unos derechos, que pueden ser Fundamentales, para proteger otros, que en principio no aparecen definidos.

En el número 2 del Art. 13 D.C., se deja la vía abierta a los Estados miembros para limitar, mediante una disposición legal, los Derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación, Bloqueo y Notificación del Art. 12, con fines de investigación científica o, en su caso, sean guardados en forma de archivos de carácter personal con fines estadísticos, sin establecer una limitación temporal concreta, ya que se limita a referirse a un periodo que no supere el tiempo necesario.

En cuanto al margen de efectividad del Derecho de Oposición, si bien la Directiva tiene el acierto de introducirlo como una novedad que redundaría en beneficio del interesado; dado el margen a que queda reducido, hubiera sido preferible omitir su regulación, pues no es de recibo que se permita a los Estados miembros la potestad de dejarlo sin contenido, si la legislación interna de los mismos, se pronuncia en este sentido, siendo extraño que haya algún Estado que reconozca este Derecho dada las implicaciones que de él se derivan.

El cuanto al principio del “nivel de protección adecuado” respecto a la TDP la Directiva admite la posibilidad de que los Estados miembros dispongan la transferencia a terceros países, aún sin contar con dicho requisito, condicionándolo al hecho de que se den determinadas circunstancias, enumeradas como excepciones en el Art. 26.1 de la norma comunitaria.

En los Considerandos 3 al 9 de la Directiva se hace referencia a la TDP entre los Estados miembros, estableciendo que se debe garantizar la libre circulación entre los mismos. La Comunidad debe intervenir a fin de superar la

disparidad de criterios, independientemente de que se contemple un margen de maniobra para estos, siempre que se desarrolle en el contexto de la Directiva. Al respecto, el legislador comunitario, es consciente de que ello puede implicar el resurgimiento de disparidades en la aplicación de dicha norma.

La Directiva omite cualquier referencia a la importación de datos de terceros estados.

Si bien la Directiva predica la independencia de la Autoridad de control igual que lo hace la LORTAD, esta voluntad queda desvirtuada desde el momento en que la Autoridad de control está formada por miembros elegidos por la Autoridad de control de cada Estado miembro, en el caso español, la APD representada a su vez en la persona del Director, quien a su vez es nombrado por el Gobierno, incluso puede ser cesado. Por todo lo cual, independientemente, al estar impregnada de interferencias políticas, queda en entredicho. Todo lo cual se puede hacer extensible a la independencia predicada igualmente del Grupo de protección, por iguales motivos que los mencionados para la Autoridad de control

4. ANALISIS DE LAS LEGISLACIONES SOBRE P.D. DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA C.E. CON ANTERIORIDAD A LA DIRECTIVA 95/46/CE

4.0. INTRODUCCION

Como ya esbozamos en su momento²⁴, uno de los problemas más acuciantes en el panorama existente, previo a la aprobación de la Directiva 95/46/CE, entre los Estados miembros, era fundamentalmente la disparidad de criterios en materia de protección de datos, que incidía de forma negativa en varios aspectos, entre ellos, en la pretensión comunitaria de establecer un mercado único europeo sin fronteras, para lo cual se hacía necesario establecer un nivel equiparable de protección de los derechos y libertades de los ciudadanos comunitarios, especialmente atendiendo a la protección del Derecho a la intimidad. Esta falta de unanimidad de criterios, no sólo venía determinado por las distintas regulaciones establecidas por las leyes de protección de datos (LPD), sino también por la carencia de las mismas en determinados países, como era el

■²⁴ Vid. Pág. 3, 1. Introducción.

caso de Italia y Grecia, lo cual impedía entre otros objetivos comunitarios, la posibilidad de garantizar el flujo transfronterizo de datos entre los propios Estados miembros, motivando regulaciones restrictivas al efecto, como era el caso noruego en que se prohibía toda exportación de datos relacionados con informaciones crediticias, o el caso sueco, que impedía la exportación de cualquier tipo de datos personales a países que no fueran parte del Convenio 108, salvo que existiera consentimiento expreso del afectado.

Partiendo de la importancia que el Convenio 108 tuvo en su momento, contribuyendo a acelerar la aprobación de leyes sobre PDP y a revisar las ya existentes, siendo su objetivo el de lograr un mínimo nivel equivalente de protección procurando, por un lado, que los particulares de los Estados miembros tuvieran un mínimo de protección y, por otro, permitir la libre circulación de los datos, el llamado “núcleo irreductible”; dando como resultado, el que la totalidad de los Estados miembros aprobaran el Convenio 108, a pesar de que no todos lo ratificaron. Lo cierto es que dicho Convenio, con el paso de los años y el imparable avance de las “nuevas tecnologías” resultaba insuficiente por caduco y falto de precisión en su regulación y lo más grave de todo, en palabras de Lazpita Gurtubay ²⁵:

“ ... es la posibilidad que ofrece a los países ratificantes de excluir categorías enteras de archivos automatizados, lo que significa que dichos datos no están protegidos por las leyes que los han excluido, haciendo necesario conocer el criterio adoptado por cada una de las leyes nacionales para valorar la protección ofrecida en cada situación concreta, resultando particularmente difícil en un contexto internacional“.

Lo cual impedía que pudiera ser tomado como paradigma, en materia de protección de datos, a fin de unificar criterios entre los Estados miembros, de ahí la necesidad cada vez más acuciante de establecer una norma que viniera a superar todas estas deficiencias en el marco de la Comunidad Europea.

■²⁵ LAZPITA GURTUBAY, María “Análisis Comparado de las Legislaciones sobre Protección de Datos de los Estados Miembros de la Comunidad Europea” *Informática y Derecho* 6-7, La Protección de Datos Personales, pág. 413. UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida 1994.

Visto desde otro ángulo, la falta de regulación unitaria entre los Estados miembros, igualmente hacía peligrar la efectividad de los acuerdos elaborados entre algunos de los Estados miembros, en este sentido cabe mencionar el Acuerdo de Schengen de 1985²⁶, con el que se pretendía suprimir los controles de las fronteras comunes para concentrarlos en las fronteras exteriores, a fin de crear un “espacio interior común” para lo que se hacía necesario un modo uniforme de controlar el cruce en las fronteras exteriores, creando a tal fin el Sistema Informático de Schengen (S.I.S.). que supone el soporte para la transmisión automatizada de los datos necesarios para la consecución de los objetivos propuestos.

Es precisamente en la protección de datos personales, donde surge el principal escollo, pues son las legislaciones nacionales las que deben asegurar en este sentido los derechos y libertades fundamentales, especialmente el derecho a la intimidad, tal y como se recogía en el art. 8 del Convenio 108, que como decíamos constituía la norma internacional tomada como paradigma en materia de PDP Pero dada la diferencia de criterios entre los Estados firmantes a la hora de establecer el nivel de protección de los derechos mencionados, en palabras de Sánchez Bravo²⁷ “Esta disparidad supone un serio obstáculo a la realización de esa finalidad protectora perseguida. Es por ello que se impone que el nivel de protección sea equivalente en todos los Estados miembros...”

4.1. EVOLUCION DE LA PRIMERA A LA SEGUNDA GENERACION

Como señala Lazpita Gurtubay²⁸:

■²⁶ Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, firmado por Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y la antigua República Federal Alemana en la ciudad que lleva su nombre. Acuerdo completado posteriormente por el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, firmado el 19 de junio de 1990.

■²⁷ SANCHEZ BRAVO, Alvaro “La Protección de los Datos Personales en la Europa de Schengen” Informática y Derecho núm. 12 al 15, Segundo Congreso Internacional, Actas (Volumen II) pág. 1424, UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1996.

■²⁸ LAZPITA GURTUBAY, María “Análisis Comparado de las Legislaciones sobre...” ob. cit. pág. 404.

“ Desde una perspectiva exclusivamente europea, todas las leyes de protección de datos tienen en común los aspectos siguientes: el reconocimiento del carácter excepcional (Unique Nature) del procesamiento de datos personales; la inequívoca manifestación de los propósitos de los requerimientos para procesar informaciones personales; la continua revisión actualizadora de las normas y la previsión de una autoridad independiente de control”

Partiendo de estas características comunes de las leyes sobre PDP y previamente a efectuar un análisis más pormenorizado de las mismas, consideramos conveniente perfilar la evolución que estas normas han experimentado desde sus inicios. En este sentido, mencionaremos como primera norma en la materia la del Länden de Hesse²⁹ de 1970, en Alemania Federal, siendo a partir de la misma cuando los Estados conscientes del peligro que la informática podía revestir para los derechos de sus ciudadanos, comienzan a aprobar leyes sobre protección de datos.

Esta primera oleada de leyes de PDP constituyeron lo que se dió en llamar leyes de la “primera generación”, siendo la sueca de 1973 la pionera, estableciendo una regulación en la que se contemplaba a la vez tanto los datos relativos al sector público, como al privado, caracterizada por basarse en un sistema de registro masivo con el que se pretendía en esencia como su propio nombre indica la constitución de un registro central de todos los bancos de datos del país, atribuyendo a la Autoridad de Protección de Datos la potestad de autorizar a los responsables de los bancos de datos existentes el tratamiento de los llamados “datos sensibles”, si bien reconociendo un conjunto de derechos y garantías a los ciudadanos, tales como los derechos de información, acceso, rectificación. Dada la influencia de esta ley en el entorno europeo, siguieron otras leyes en Francia, Dinamarca, Noruega y Austria de 1978 y la de Luxemburgo de 1979. Estas leyes se caracterizaban por ser rígidos instrumentos basados en una ley general con un órgano de control, las cuales se crean como reacción al nacimiento de la informática.

■²⁹ La primera norma europea tutelar de datos fue promulgada en Hesse en 1970, su breve articulado preveía la regulación del acceso a la información de los bancos de datos públicos y la supervisión de su funcionamiento a un ombudsman especializado, el Comisario para la protección de datos.

La Ley alemana de 1977, si bien pertenece a esta primera generación, establece una serie de innovaciones con respecto a las de su tiempo, que la colocan en una posición a caballo entre las de la primera y segunda generación. Así, a diferencia de las que siguen el modelo sueco, la alemana se basaba en el sistema de registro de auto regulación, dejando prácticamente inexistente el registro central. La característica principal de esta ley, es la de permitir el procesamiento de datos personales, no porque se realice bajo la vigilancia de una autoridad central como ocurría en las de la primera generación, sino porque el Derecho así lo contemple o porque se cuente con el consentimiento del particular. Establece, al igual que las anteriores, un conjunto de garantías, pero ampliándolas a supuestos como el de información de la existencia de ficheros con datos que le conciernen, la obligación de la cancelación de datos inexactos, así como los que ya no tengan valor para los fines para los que se recogieron, así como el introducir la necesidad de contemplar medidas de seguridad para la protección de los datos y por último, contemplando la figura del Controlador de Datos, como persona responsable del control de los bancos de datos.

Con el Convenio 108, se inicia la “Segunda Generación” que trae consigo la aprobación de nuevas leyes y la revisión de las correspondientes a la primera generación. Se caracterizan por procurar una simplificación, abandonando los mecanismos previos de control y procurando la autorregulación mediante la posibilidad de imponer sanciones administrativas a fin de hacer efectiva la protección de datos. Esencialmente se procura un equilibrio entre la protección de los derechos de los ciudadanos, especialmente el derecho a la intimidad, con el desarrollo de las nuevas tecnologías en el ámbito de la información, estableciendo a tal fin la figura de una Autoridad de Control.

4.2. NORMATIVA DE LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE PDP

En este apartado haremos un breve estudio del conjunto de las leyes del ámbito europeo comunitario, con especial hincapié en aquellas que han destacado, bien sea por suponer el inicio de una época, como es el caso de la sueca, por sus peculiaridades, casos francés y británico o por su influencia en otras normas, caso alemán.

4.2.1. Suecia.

Ley sobre Datos, n°. 289, de 11 de mayo de 1973, (DATALAG-) reformada por las leyes 334/79 y 442/82, así como otras reformas posteriores de

27 de mayo de 1992, 22 de diciembre de 1993, 1 de diciembre de 1994 y 8 de junio de 1995.

En cuanto a su ámbito de aplicación, va dirigida a cualquier persona física de cualquier nacionalidad siempre que se encuentre residiendo en el país. Su objeto es tanto los archivos públicos como los privados. Respecto a los bancos de datos, contempla la obligación de inscripción ante la autoridad de aplicación, quien expedirá una licencia al efecto, salvo en el supuesto de que por ley se establezca otra cosa o refieran a datos sensibles y médicos. También se regula la obligación de hacer público qué datos se recogen y procesan, debiendo ser conformes a la finalidad del banco de datos y mantenerse seguros, los cuales, una vez cumplida la finalidad para la que fueron recogidos deben ser eliminados.

En cuanto a los derechos del particular a quien afecta la recogida de datos, cabe señalar que una vez al año puede conocer si sus datos aparecen registrados y cuáles son éstos. Derecho de corrección y que se notifique a terceros la misma, así como el Derecho de integración, a fin de que la información sea correcta.

Existe un régimen especial para determinada categoría de datos, a los que califica de sensibles, como los que hagan referencia a condenas penales, reincidencia, salud, sexo y ayudas sociales. Cumpla dentro de este régimen igualmente los datos muy sensibles que se refieran a la raza, opinión política, credo y convicciones. Por último y sin que el motivo de su inclusión dentro de este régimen sea muy claro, se refiere a los datos sobre personas que no estén relacionadas con el titular del banco de datos, tal vez obedeciendo a motivos de seguridad.

También se establece una clase de registro muy particular, el denominado SPAR (Registro Permanente de las Personas y los Domicilios) al cual se puede acudir para obtener datos básicos, pudiendo el particular hacer constar su negativa a recibir publicidad por vía postal.

Por lo que respecta a la transferencia internacional de datos, por regla general se requiere la autorización de la autoridad de aplicación, salvo para el caso que el país de destino sea un Estado miembro del Convenio 108 del Consejo de Europa.

La autoridad de aplicación, la forma un órgano colegiado el

“Inspeccionado de Datos”, constituido por once miembros.

El sistema sancionador es bastante severo, al contemplar penas privativas de libertad y multas, con posibilidad de ser agravadas en determinados supuestos. Todo ello con imposición de la responsabilidad civil que pudiera derivarse de la falta y la sanción complementaria de confiscación de los archivos infractores.

Por lo expuesto, se aprecian influencias de las normas de la primera generación, como en lo relativo al ámbito de aplicación, a los principios relativos a la calidad de los datos o al carácter de especial otorgado a los datos sobre personas que no estén relacionados con el titular del banco de datos, si bien la Reforma introducida en el año 1982, con posterioridad a la aprobación del Convenio 108 denotan un intento por acoplarse a las directrices establecidas por éste, apreciándose la misma en la regulación de la transferencia de datos y en consecuencia participando de las normas de la segunda generación.

4.2.2. Francia

Ley sobre “Informática, Ficheros y Libertades” núm. 78-17 de 6 de enero de 1978. Constituye el sistema más flexible de los vigentes en Europa previo a la aprobación de la Directiva 95/46/CE. A diferencia de la ley sueca, son sujetos de protección todas las personas físicas de cualquier nacionalidad, residan o no en Francia.

De su art. 1 se deduce, que su ámbito de aplicación es más amplio que el de otras normas, supeditando en todo caso la informática a las personas físicas cuando establece en su art. 1 que “La informática deberá estar al servicio de cada ciudadano...”. Su ámbito de aplicación abarca, siguiendo la línea de amplitud señalada, a todo archivo automático o manual, público o privado. En cuanto a los datos objeto de especial protección, reserva el control absoluto de los datos relativos a condenas penales al sector público; considerando como datos sensibles los relativos a la raza, opiniones políticas, credo o afiliación a sindicatos, para los que establece como requisito imprescindible de posibilidad de tratamiento el consentimiento por escrito del afectado, exceptuando los archivos de iglesias, sindicatos o asociaciones, así como los archivos afectos a la libertad de prensa. Los datos sólo se conservarán por el tiempo declarado o autorizado, lo que significa que ya de antemano se debe establecer el tiempo que durará el tratamiento.

Por lo que a las garantías se refiere, establece la obligación de seguridad y la de proceder de oficio en la corrección de los datos inexactos.

En cuanto a los derechos de los interesados, se establecen algunas particularidades en relación con la ley sueca, las cuales ponen de manifiesto la ya comentada supeditación del tratamiento a los intereses de las personas físicas, así se contempla el derecho a ser informado de forma que le sea entendible de los datos archivados y que le conciernen, también se establece la posibilidad de cobrar una pequeña cuota al efecto. De peculiar se puede calificar la posibilidad que se le concede de discutir la información cuyo tratamiento redunde en contra de sus intereses, así cómo la de oponerse a que se procese información que le concierne, siempre que esta información no se halle en ficheros de titularidad pública.

En cuanto a los principios, se recoge el de tratamiento leal, en el sentido que al interesado se le debe de informar del carácter obligatorio u optativo de la declaración de los datos, los efectos que supondría la negativa, el destinatario de la información y como ejercer los derechos de acceso y réplica.

Se establece una regulación distinta para los ficheros públicos y privados, siendo necesario para el funcionamiento de los primeros, una resolución específica que los contemple, previo el directamente de la autoridad de control, quien expedirá una licencia. Por lo que respecta a los privados, deben comunicar a la autoridad de control, la existencia del archivo y sus características, previamente al desarrollo de su actividad.

Por lo que se refiere a la transferencia internacional de datos, sólo se refiere a los archivos privados, en cuanto contempla la posibilidad de ser sometidos a la autorización de la autoridad de control o ser reglamentada tal actividad por dicha autoridad. Se entiende que en cuanto a los públicos, la propia resolución que establece su funcionamiento, establecerá a su vez la actividad desarrollada en este aspecto.

De gran importancia es el papel que se atribuye a la autoridad de control, recayendo en un órgano colegiado “La Comisión Nacional de la Informática y las Libertades” (CNIL) compuesto por diecisiete miembros, doce designados por órganos públicos y cinco por personalidades de reconocida competencia. Tiene el carácter de autoridad administrativa independiente con amplias facultades reglamentarias, de control y sancionadoras. Actúa bajo la actividad de tres

subcomisiones especializadas en determinadas parcelas.

Se contemplan sanciones de carácter penal que pueden acarrear la privación de libertad y multa. Se establecen medidas cautelares a fin de evitar la desaparición u ocultación de datos.

4.2.3. Reino Unido

Data Protección Act 1984, de 12 de julio. Fue de las leyes en las que influyó decisivamente la aprobación del Convenio 108, ya que habiendo tomado conciencia de la necesidad de poner límites a la informática en los tiempos en que se aprobaron las leyes correspondientes a la primera generación, sin embargo tuvo que transcurrir un dilatado periodo de tiempo para establecer una regulación de protección de datos, debido a la actitud reacia del gobierno británico a poner límites al procesamiento de datos.

Sujetos objeto de protección, al igual que la ley francesa, se hace extensiva a todas las personas físicas de cualquier nacionalidad, residente o no en el país. En cuanto al ámbito de aplicación se refiere a los ficheros automatizados públicos y privados, reservándose la posibilidad de contemplar los manuales, siguiendo las pautas que al respecto establece el Convenio 108. También se aprecia la influencia de éste en cuanto a la regulación establecida de los Principios relativos a la calidad de los datos, siendo una réplica del art. 5 del Convenio.

Los derechos atribuidos al afectado, además de los típicos de información y acceso, corrección y borrado para el caso de que los datos sean inexactos, se establece la particularidad de excluir del registro una serie de datos, entre ellos los relativos a las nóminas, listas de jubilados, datos contables etc.

Aunque se contempla la posibilidad de establecer garantías para las categorías especiales de datos, éstas no se han establecido, por lo que no gozan de protección especial.

La autoridad de control encargada de garantizar el cumplimiento de la ley con poderes de inspección, recae en la persona del "Registrar", el cual es responsable ante el Parlamento y cuya obligación es la de llevar el registro y control de los bancos de datos personales públicos, privados y de servicios a terceros, emitir directrices de comportamiento y recibir las quejas. Tiene la posibilidad de interferir el flujo transfronterizo de datos. Las resoluciones del

Registrar son apelables ante el “Data Protección Tribunal”

En cuanto a las sanciones, aunque el mantener o procesar datos de forma contraria a la establecida legalmente, no se contemplan penas privativas de libertad, si se recogen penas pecuniarias sin sujeción a límite. Los perjudicados pueden exigir indemnización de daños y perjuicios.

4.2.4. Alemania

Ley Federal sobre la Protección de Datos (BDSG) de 27 de enero de 1977, reformada el 20 de diciembre de 1990, ampliando en gran medida su ámbito de aplicación al sector público, donde se establece la obligación de publicar los datos que se recogen y procesan y a quién y cómo los procesan, tal vez obedeciendo a las consecuencias derivadas de la Sentencia de 15 de diciembre de 1983³⁰ sobre la Ley del Censo Electoral. Incluye en su ámbito de aplicación todo archivo automatizado o manual, público o privado (en estos se establecen ciertas limitaciones), salvo los archivos manuales no destinados a comunicarse a terceros y archivos cuya finalidad sean actividades de información o entretenimiento; siendo sujetos de protección, cualquier persona física de cualquier nacionalidad, residente o no en un Estado miembro.

Como particularidad, se establece la regla general de prohibición de procesar datos personales, salvo que por ley se establezca otra cosa o se cuente con el consentimiento expreso y por escrito del interesado.

Los derechos del sujeto se concretan en el de información, corrección, bloqueo y cancelación.

Otra particularidad es la obligación que se establece para quienes presten servicio de información a terceros, de omitir, comunicar la información relativa a datos de más de cinco años de antigüedad, con lo que parece deducirse, que no se

■³⁰ Tribunal Constitucional Federal Alemán Sentencia de 15 de diciembre de 1983, sobre la Ley del Censo de 1983. Sentencia de gran influencia en la que se reconoce el “Derecho de la autodeterminación informática”, estableciendo grandes limitaciones al tratamiento de datos personales, especialmente limitando las amplias potestades de que gozaban los poderes públicos en este ámbito, como así lo demostraba la regulación establecida al respecto por la Ley recurrida.

establece limitación al tiempo de conservación de los datos o que no se atiende al límite atendiendo a los fines para los que fueron creados.

También resulta peculiar la regulación relativa a los datos de carácter especial, en el sentido de que no se establece una relación de datos sensibles, sino que se presta atención a las operaciones comerciales en las que se establece una liberación de la transmisión de datos a terceros respecto a una serie de datos, generalmente de utilidad en dicho sector.

Para la transmisión de datos entre Estados se remite a las condiciones exigidas por el Convenio 108, art. 12.

La autoridad de control recae en un funcionario nombrado por el presidente, actuando bajo la denominación de “Delegado Federal para la Protección de Datos Personales”.

En cuanto al régimen de sanciones se contemplan penas privativas de libertad y multas.

4.2.5. Otros Estados del ámbito europeo comunitario

- Entre las leyes de la primera generación quedan por mencionar las siguientes:

* Dinamarca.- Su ley de protección de datos data de 1978, caracterizándose por la distinción entre ficheros públicos y privados, estableciendo una normativa diferente para cada uno de ellos. Dicha ley sufrió dos reformas, la de 1987 por la que se amplía el derecho de acceso a los sujetos de datos y la de 1991 por la que se simplifica el control de los ficheros públicos.

* Luxemburgo.- Con una ley de protección de datos de 1979, limitando su regulación a los datos personales automatizados.

* Austria.- Ley de 18 de octubre de 1978 “Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz - DSG)”, reformada por BG BGBl 1981/314 y BG BGBl 1986/370.

- Entre las de la segunda generación:

* En Irlanda la “Data Protection Act” de 1988, dada la influencia del Convenio 108 su regulación se adapta en gran medida a las directrices marcadas por el mismo. Es muy similar al modelo Británico. La autoridad de control se denomina “Irish Data Protection Commissioner” cuya misión es la de velar por el cumplimiento de la ley, siendo el encargado de permitir la transferencia internacional de datos.

* La “Ley sobre los Ficheros de datos personales” de los Países Bajos de 1989. Al igual que la española, aunque con menos retraso, tiene por objeto cumplir el mandato constitucional por el que se contemplaba la protección del Derecho a la Intimidad de las personas frente a la informática y por otra con la ratificación efectuada del Convenio 108. El órgano encargado del cumplimiento de la ley es la Cámara de Registro.

* En Portugal la legislación de protección de datos esta constituida por el art. 35 de la Constitución portuguesa, la Ley 10/1991 de 29 de abril “Ley de Protección de Datos Personales frente a la Informática” y Ley 28/94 de 29 de agosto por la que se “Aprueban medidas de Reforma de la Protección de Datos Personales”. Por lo tanto al igual que los Países Bajos y España, recoge en su Constitución la necesidad de proteger a las personas frente a los avances de la informática, si bien con una regulación más exhaustiva que la española, pues no se limita exclusivamente a hacer una remisión de desarrollo legal sino que establecía un breve sistema de tutela. El órgano encargado de velar por el cumplimiento de la ley es la Comisión Nacional para la Protección de Datos Personales Automatizados.

* La ley 1987/471 “Personal Data File Act”, de 30 de abril de Finlandia, reformada por Decretos 1994/387, de 27 de mayo y 1994/431, de 3 de junio.

* La “Ley relativa a la protección de la vida privada, en lo que respecta al tratamiento de datos personales” de 8 de diciembre de 1992 de Bélgica. Como órgano de protección se establece “La Comisión Consultiva para la Protección de la Vida Privada” y por otra parte el “Registro Nacional de Personas Físicas”. Su entrada en vigor se ha efectuado de forma progresiva, acudiendo a numerosos decretos-ley para su desarrollo.

* En España La Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, de 29 de abril (L.O.R.T.A.D.) En circunstancias similares al país vecino, la Constitución Española de 1978

aprovechó la sensibilización del momento para establecer en el art. 18.4 la remisión a una norma con rango legal para la limitación de la informática, aprobando y ratificando en el año de 1994 el Convenio 108 del Consejo de Europa, así como la firma del protocolo en 1990 del Convenio de Schengen de 1985 .

- Leyes posteriores a la Directiva 95/46/CE.

* La Ley de 31 de diciembre de 1996, n° 675 “Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali” ³¹de Italia, la cual si bien es posterior a la aprobación de la Directiva 95/46/CE, para nada hace referencia a la misma, sin que se ajuste a las directrices marcadas por la norma comunitaria, con lo que entendemos que el legislador italiano lo que se ha planteado con la reciente aprobación de esta ley es cubrir la laguna existente en su ordenamiento jurídico y al mismo tiempo, aprovechar dicha necesidad para cumplir con algunos de los compromisos internacionales asumidos y más perentorios, dilatando la transposición de la Directiva al periodo que le resta del plazo de tres años establecido por la misma al efecto.

4.3. TRANSPOSICION DE LA DIRECTIVA A LOS ESTADOS MIEMBROS:

Situación actual

La actividad desarrollada por los Estados miembros de la C.E. a fin de transponer la Directiva a sus legislaciones internas, hasta el momento está resultando un tanto decepcionante, sin que en principio se aprecie una actividad mínima a tal fin.

Una excepción la constituye el caso belga, donde a partir de la aprobación de la Directiva, han aprovechado las ventajas que esta aporta para reformar su antigua ley de 1982, la cual había quedado totalmente desfasada, dada la utilización de conceptos ambiguos, con un ámbito de aplicación poco definido que con las nuevas tecnologías podía hacer extensible la aplicación de la ley belga a todo el mundo (art. 3), derechos de los ciudadanos limitado al igual que su ejercicio y en general su excesivo formalismo.

■³¹ Vid g. 1, Capítulo 1. Introducción.

En contraposición a la actividad desarrollada por los belgas, tenemos el caso de Italia donde, como ya hemos tenido ocasión de comentar, se acaba de publicar su primera ley de protección de datos sin que se haya aprovechado el hecho de que la Directiva era de fecha anterior, para haber adaptado la nueva ley a la norma comunitaria, por el contrario, la regulación que se establece parece no estar muy acorde con sus directrices.

Por lo que a Portugal se refiere, el legislador es consciente de la necesidad de transponer la Directiva, por considerar que su legislación actual es mucho más restrictiva. A este fin, se hará necesario la reforma el art. 35 de la Constitución Lusa, pues en la misma se establece la imposibilidad de identificar a sus ciudadanos por un número de identificación personal, hecho que es admitido por la Directiva y aun que no imponga su obligación, en ningún caso lo prohíbe.

En Finlandia, por el Ministro de Justicia se ha creado una Comisión "Personal Data Commision" en fecha 4 de octubre de 1995, a fin de realizar el proyecto encaminado a adaptar la actual Ley 1987/471, de 30 de abril en materia de protección de datos a la Directiva 95/46/CE.

5. LA LORTAD EN EL PANORAMA EUROPEO

5.0. INTRODUCCION

Hay que remontarse a los tiempos, en que la Informática comenzaba a despegar como una nueva tecnología, con unas prestaciones hasta entonces desconocidas y un desarrollo sin límites imaginables, para que algunos Estados, percatados del peligro que ello podía suponer para los derechos y libertades de sus ciudadanos y, en concreto, para su intimidad, comenzaran a limitar su uso, mediante la aprobación de leyes de protección de datos, siendo la primera en la materia, la Sueca del 1973. En nuestro país, ya con cierto retraso, los legisladores conscientes de la ausencia de regulación en la materia, aprovechan la redacción de la Constitución Española de 1978, para recoger expresamente la necesidad de limitar la Informática, remitiéndose a una ley, que en su día hiciera realidad tal inquietud. Mandato que se dilata en el tiempo de forma insospechada, hasta que por fin, se aprueba la Ley Orgánica 5/92, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.

Con la aprobación de dicha Ley, se viene a cubrir una dilatada etapa de vacío normativo en materia de protección de datos en nuestro país, y ello, a pesar

de haber sido el segundo país europeo, después de Portugal, en recoger constitucionalmente la necesidad de limitar la Informática, además de haber sido uno de los cinco primeros países europeos en ratificar, el 27 de enero de 1984, el Convenio del Consejo de Europa de 1981, primer texto internacional en materia de protección de datos de carácter personal, el cual, ante la carencia legislativa y en virtud de lo establecido en el Art. 10 de la Constitución, ha sido esgrimido como fuente de valor interpretativo por la Sentencia del T.C. 254/1993, de 20 de julio³² :

Respecto a la cuál debe ser el contenido mínimo provisional, en relación con el derecho reconocido en el art. 18.4 CE, aún en ausencia de desarrollo legislativo, el primer elemento de tal contenido es negativo: el uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y a la intimidad de las personas, siendo aquí donde pueden venir en auxilio interpretativo los tratados y convenios internacionales sobre esta materia.

El Legislador configura la LORTAD de forma estanca con relación a todo un cuerpo normativo preexistente que, hasta ese momento, había cumplido el importante cometido de suplir todas aquellas lagunas que pudieran plantearse en materia de protección de datos según apunta Heredero Higuera³³. En este sentido, cabe destacar en especial, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de las Personas, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, la Orden de 30 de julio de 1982 sobre Limitación de Acceso a la Información contenida en las Bases de Datos Fiscales, Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública y por último, la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, con la que la LORTAD guarda un nexo de unión al establecer el Art. 36 m) de la Ley de la F.E.P., la atribución a la Agencia de Protección de Datos (APD), el control de la aplicación de las disposiciones de protección de datos contenidos en ella.

■³² (TC I^ºS 254/1993 de 20 de julio.- Ponente: Sr. García-Mon y González -Regueral.) LA LEY, 1994-1, 152 (2282-TC)

■³³ HEREDERO HIGUERAS, M: "Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal" Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, núm. 1669, Madrid 1993.

En palabras de Pérez Luño³⁴, la LORTAD llega tarde y mal, lo primero, por la demora en su aprobación y, lo segundo, porque no aprovecha la experiencia previa del Derecho Comparado en la materia. Por ello, la mayoría de autores, entre ellos, Carrascosa López³⁵, coinciden en hablar de una serie de deficiencias que arrastra la LORTAD, entre ellas, la ya mencionada en palabras de otros autores referida a las numerosas excepciones, asimismo la posibilidad de que los datos sensibles sean recogidos y tratados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado prescindiendo del consentimiento del afectado, la dependencia gubernativa del Director de la APD, fruto de lo cual, quedan por resolver cuatro Recursos de Inconstitucionalidad, el del Defensor del Pueblo, los de la Generalidad y el Parlamento de Cataluña y del Grupo Parlamentario Popular.

En este sentido, es oportuno traer a colación las dudas planteadas por el profesor Valentín Carrascosa³⁶, al preguntarse, si realmente la Lortad nace en virtud del mandato constitucional y la obligación contraída con la ratificación del Convenio de Estrasburgo para proteger efectivamente a las personas o, por el contrario, se trata de cumplir a toda prisa con la imposición del Convenio de Schengen³⁷, cuyo objetivo principal, es más bien, la autoprotección de lo Estados, lo que vendría a explicar la protección especial establecida para los Ficheros de titularidad pública. Siguiendo con las incógnitas planteadas por este Autor, en el sentido de si la LORTAD realmente lo que busca es cumplir con una obligación, pero con un escaso compromiso de fondo.

Esta tendencia proteccionista de la LORTAD hacia los Ficheros de

■³⁴ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique “La LORTAD: Entre las luces y las sombras”, en *Informática y Derecho*, Núm. 6-7, pág.83 UNED Mérida 1994.

■³⁵ CARRASCOSA LOPEZ, Valentín “La LORTAD: Una necesidad en el panorama Legislativo Español”, en *Informática y Derecho* núm. 6-7, pág.15, UNED, Mérida 1994.

■³⁶ CARRASCOSA LOPEZ, Valentín “La LORTAD: Una necesidad en él...” *ibid.*, Pág. 23.

■³⁷ - Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, firmado el 19 de junio de 1990.
- Acuerdo de Schengen, firmado por los Estados del Benelux, R.F.A. y la R. Francesa el 14 de junio de 1985 en Schengen,.

titularidad pública, frente al verdadero espíritu que debe inspirar toda ley de protección de datos, como es la de velar por la protección de los Derechos y Libertades de las personas físicas frente al tratamiento de los datos de carácter personal, es lo que ha dado lugar, en gran medida, a la interposición de los Recursos de Inconstitucionalidad antes mencionados contra la Ley Orgánica, por considerar en términos generales que atenta contra los Derechos y Principios reconocidos previamente por la propia LORTAD.

Como no sería justo referirse exclusivamente a las carencias de la LORTAD, en su haber, hay que señalar siguiendo a Pérez Luño, el haber definido los Principios Básicos que informarán la actuación de los bancos de datos automatizados que procesan informaciones personales (Arts. 4 a 11) o el reconocimiento y tutela jurídica de la Libertad Informática (Arts. 12 a 17) estableciendo al efecto un mecanismo de protección, el Habeas Data o facultad de acceso, como cauce o acción procesal para salvaguardar la libertad informática.

Volviendo a las deficiencias que arrastra la LORTAD, hay que advertir que las mismas no son exclusivas de nuestra Ley de protección de datos, ya que, en un aspecto u otro, las legislaciones del resto de los Estados de la C.E., debido en parte a la dilatada exclusividad del Convenio 108 como única norma de Derecho Internacional a tener en cuenta en esta materia, la que resultaba caduca e insuficiente, por limitarse a establecer unas pautas generales y permitir a los Estados miembros unas posibilidades tan amplias de establecer excepciones, que provoca el que las legislaciones internas difieran mucho unas de otras, llegando a afectar a temas de tanta transcendencia como es el “flujo transfronterizo de datos”, donde la falta de unanimidad de criterios entre los Estados y el avance diario de las nuevas tecnologías, particularmente de las telecomunicaciones, hacía peligrar el control sobre los datos personales, pues no todos los Estados reconocían un mínimo de garantías.

Ante esa situación y centrándonos en el marco de la Comunidad Europea, los Estados y estudiosos en la materia, consideraban necesario la urgente elaboración de una norma de ámbito Comunitario que viniera a unificar criterios y a ampliar las pautas marcadas por el Convenio 108. Así se aprueba por el Parlamento Europeo y el Consejo, la tan esperada Directiva 95/46/CE, la que atendiendo a las necesidades señaladas, viene a reconocer en su Considerando 11, que la Directiva precisa y amplía los principios de protección de los derechos y libertades de las personas recogidos en el Convenio 108.

5.1. LA LORTAD COMO NORMA DE LA SEGUNDA GENERACION Y LA INFLUENCIA DEL CONVENIO 108

Como ya hemos indicado, la LORTAD se sitúa entre las Leyes de protección de datos de la Segunda Generación, si bien, al final de la misma, cuando la influencia del Convenio 108 sobre la materia se hacía ya insuficiente, por lo que ya se comenzaba a contemplar la necesidad de aprobar una norma comunitaria que diera respuesta a la realidad de nuestro tiempo, iniciándose un proyecto de directiva en 1990 que no se culminaría hasta la aprobación de la Directiva 95/46/CE.

En palabras de Heredero Higuera³⁸ la Ley Orgánica en general sigue las pautas marcadas por el Convenio 108, con un sistema de protección cautelar o preventivo basado en un conjunto de Derechos y Principios para hacerlos valer. Aunque en realidad esto sólo es predicable de su Preámbulo, pues como advierte De Julios Campuzano³⁹, parece como si el Preámbulo y el Articulado de la Ley hubieran sido diseñados por legisladores distintos, ya que si bien el Preámbulo está repleto de buenas intenciones, lo cierto es, que éstas se desvanecen en la parte dispositiva de la Ley, al contemplar un entramado tal de excepciones, que dejan vacío de contenido el conjunto de Derechos y Principios. Reflexión recogida por la profesora M^a. Eugenia Gayo⁴⁰, al señalar con relación a las excepciones, que “hacen de las garantías establecidas en la LORTAD para la protección de los ciudadanos, claramente insuficientes, llegando incluso a tener que buscar un sistema de defensa y garantías frente a la propia Ley”.

Sin embargo, no son el gran número de excepciones lo más preocupante, sino la ubicación de las mismas, pues éstas se hallan dentro de la regulación que al efecto establece la LORTAD para los Ficheros de Titularidad Pública, como queriendo revestirlos de un blindaje que los haga inmunes a las garantías

■³⁸ HEREDERO HIGUERAS, M: “Ley Orgánica 5/1992...”Op. Cit.

■³⁹ DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso “Letra y Espíritu de la LORTAD: ¿Un problema de coherencia? En *Informática y Derecho*, núm. 6-7, pág.88, UNED Mérida 1994.

■⁴⁰ GAYO SANTA CECILIA, M^a Eugenia “Garantías del ciudadano ante la LORTAD: posibles vías de defensa y protección de sus derechos fundamentales”, en *Informática y Derecho*, n^o4, pág. 206, UNED-Mérida, 1993.

establecidas con anterioridad para las personas. Preocupación esta, que no es compartida por el Legislador al regular los Ficheros de Titularidad Privada, pues no hace extensible a éstos, las excepciones contempladas en los de carácter público, ni contempla otras excepciones distintas, salvo las peculiaridades que pueda introducir respecto a las distintas clases de ficheros pertenecientes al ámbito privado.

Esta influencia derivada del Convenio 108 también se hace notar cuando la Ley Orgánica, al determinar su objeto, introduce expresamente en su Exposición de Motivos el término de “privacidad”, lo que ha dado lugar a interpretaciones de diverso cariz, siendo lo más coherente a nuestro modo de entender, lo señalado por López-Muñiz⁴¹, para el que habría que diferenciar, entre lo que el Preámbulo dice y lo que realmente establece el articulado de la Ley. En este sentido señala que “la referencia a la privacidad de la Exposición de Motivos es superflua e innecesaria” negándose a admitir que la privacidad sea como un aspecto informático de la intimidad.

Pero la confusión introducida por la Exposición de Motivos aún va más allá, al definir la privacidad como una faceta de la persona más amplia que la propia intimidad, por lo que parece dar a entender, que el verdadero objeto de la Ley es la privacidad. Sin embargo, la realidad es muy otra, ya que la referencia a este concepto se limita al Preámbulo, sin que el texto articulado de la Ley haga mención alguna al respecto, refiriéndose en todo momento a la Intimidad, la cual es definida por Georgina Battle⁴² como “el derecho que compete a toda persona de tener una esfera reservada en la cual desenvolver su vida sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella”.

El art.1 de la LORTAD viene a corroborar lo dicho anteriormente, al determinar su objeto, remitiéndose al mandato constitucional de desarrollo del Art. 18.4 de la CE, con lo que entendemos puede englobar todo un amplio conjunto de Derechos de la persona, que se determinará en función de lo que cada cual quiera entender por lo establecido al final de dicho artículo “... y el

■⁴¹ LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel “La Ley de Tratamiento Automatizado...” ob. cit. Pág. 99.

■⁴² BATTLE, Georgina “El Derecho a la Intimidad Privada y su Protección”. Ed. Alfíl. Alcoy. 1972

pleno ejercicio de sus Derechos”. A nuestro modo de ver, se trata de una “remisión en blanco” por la que, independientemente de que se preste mayor atención al Derecho a la Intimidad, se deja vía abierta a cualquier tipo de Derechos y Libertades, en particular, a los calificados por el Profesor Sánchez Agesta⁴³ de derechos individuales de libertad (libertad negativa), sin que tengan por qué estar reñidos los términos intimidad y privacidad, pues para este autor, los derechos de la intimidad personal se identifican por proteger “una esfera inderogable de libertad personal en la que se desenvuelve la racionalidad y la libertad de la vida privada de los individuos”, añadiendo que “la vida privada íntima es como la atmósfera misma de la personalidad”.

En cuanto a su ámbito de aplicación, la influencia se advierte al considerar el amplio margen que establece el Convenio 108 a fin de permitir a los Estados miembros excluir categorías completas de ficheros ((art. 3.2.a)), así la LORTAD excluye un gran número de ellos (Art. 2.2. y 3)

Las definiciones contempladas en la LORTAD son prácticamente una réplica de las del Convenio, introduciendo la novedad del afectado y del procedimiento de disociación.

En cuanto a los Principios de protección de datos, el artículo 4 de la LORTAD es una reproducción del artículo 5 del Convenio, si bien, contemplado con mayor amplitud e introduciendo como novedad el Derecho de Información y el Consentimiento del afectado, aunque ambos principios quedan prácticamente vacíos de contenido al regular los ficheros de titularidad pública en los que se establece un gran número de excepciones que afectan tanto a principios como a derechos. La regulación establecida para los “datos sensibles”, en cuanto a la enumeración de los mismos viene a ser prácticamente idéntica, sin embargo, en este apartado la LORTAD introduce una importante novedad en cuanto a la regulación establecida por el Convenio, en cuanto a la necesidad del consentimiento expreso y por escrito de algunos datos (art. 7.2 y 3). Por lo que respecta a la Seguridad de los datos, la regulación de la LORTAD especifica algo más lo que haya de entenderse por las “medidas de seguridad apropiadas” a que se refiere el Convenio, si bien, se remite a un desarrollo reglamentario, que

■⁴³ SANCHEZ AGESTA, Luís. “Sistema Político de la Constitución Española de 1978” Segunda Edición, págs.109 y SS. Ed. Editora Nacional, 1981.

efectuado por Real Decreto 1332/1994 no aporta nada nuevo.

En cuanto a los Derechos, la LORTAD no añade nada nuevo a lo establecido en el Convenio, salvo que hace una regulación más pormenorizada. Se establece igualmente la posibilidad de recurso limitándolo a la vía administrativa y a la jurisdicción contenciosa, pudiendo efectuarse la reclamación ante la APD, con posibilidad de obtener una indemnización.

Al igual que la generalidad de las leyes de la segunda generación y por permitirlo en tal sentido el Convenio, como ya hemos señalado, la LORTAD establece una distinción entre Ficheros de titularidad pública y los de titularidad privada. Aprovechando el legislador esta posibilidad, para dotar a los ficheros de titularidad pública de un blindaje especial, mediante la contemplación de un gran número de excepciones y limitaciones de los principios y derechos de los afectados, lo que ha dado lugar a la interposición de cuatro recursos de inconstitucionalidad.

Con relación al Flujo Transfronterizo de Datos, vienen a coincidir en cuanto a la exigencia de un “nivel de protección equivalente o equiparable”, en este sentido la LORTAD establece unas excepciones diferentes a las del Convenio.

Tal como recomienda el Convenio, se contempla la creación de una autoridad de control a fin de facilitar la ayuda mutua entre los Estados miembros y velar por el cumplimiento de las garantías establecidas en la ley. Dicha cualidad en recae sobre la Agencia de Protección de Datos (APD) representada por el Director de la misma, al que se le otorgan amplias facultades, pero sin que por ello dejen de surgir dudas sobre su independencia.

5.2. INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA 95/46/CE EN LA LORTAD

Como hemos tenido ocasión de comprobar, no son pocos los supuestos en que la Directiva comunitaria incide en la regulación establecida por la LORTAD. La mayoría de los cuales, han quedado perfilados en la exposición hecha hasta el momento, por lo que, en el presente capítulo procederemos a relacionarlas atendiendo, por una parte, a los cambios necesarios para adecuar la LORTAD a lo establecido en la Directiva y, por otra, determinando hasta qué punto dichos cambios van a significar un reforzamiento de la protección de las personas físicas respecto al tratamiento de datos personales y a su libre

circulación. Visto lo cual, haremos un breve análisis de las implicaciones de los cambios relacionados y, en su caso, lo que el reforzamiento de la protección supone con relación a los Recursos de Inconstitucionalidad planteados contra determinados artículos de la LORTAD.

5.2.1. Cambios derivados de la futura transposición

En este apartado distinguiremos entre los cambios que, a nuestro entender, se hacen necesarios en la LORTAD como consecuencia de la transposición de la Directiva, en cuanto afecten a los aspectos generales de la misma y los que afecten a los Principios y Derechos contemplados para garantizar la protección de las personas físicas.

5.2.1.1. Cambios que afectan a aspectos generales de la LORTAD.

En cuanto a su ámbito de aplicación, la Directiva introduce una importante innovación, al hacer referencia tanto al tratamiento automatizado o no de DP contenidos o destinados a ser incluidos en un Fichero, con lo que está admitiendo la aplicación de sus disposiciones a los DP contenidos en ficheros manuales. Por su parte, la LORTAD sólo hace referencia al T.A. de DP y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizado, pero en tal caso deben estar registrados en soporte físico susceptible T.A. (Art.2).

La Directiva no sólo contempla dentro de su ámbito de aplicación la inclusión del Sonido y la Imagen como DP, sino que además los amplía a todos los aspectos del sector audiovisual, en concreto, el Considerando 14 se refiere a cualquier manipulación sobre datos relativos a las personas físicas constituidos por sonidos e imagen, salvo las exclusiones a que se refieren los Considerandos 16 y 17, las cuales ya quedaron expuestos en su momento. La LORTAD no contempla dichos datos, aunque en su desarrollo reglamentario, el Art. 1.4 del Reglamento 1332/94, incluye como datos de carácter personal toda información, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, pero, aún con todo, sigue teniendo un carácter más restrictivo que la Directiva, puesto que no los hace extensivos a todo el sector audiovisual.

Dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, se excluyen toda una serie de materias, en cuanto el tratamiento de datos personales afecte a actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario, refiriéndose a las previstas en los Tít. V y VI del Tratado de la Unión Europea y,

en concreto, a las que afecten a la seguridad pública, la defensa y la seguridad del Estado, así como las actividades del Estado en materia penal (Art. 3 DC y Considerando 13), también el tratamiento de datos para la salvaguarda del bienestar económico, cuando dicho tratamiento esté relacionado con la seguridad del Estado (Considerando 13), la protección de las personas jurídicas respecto del tratamiento de datos que les conciernen (Considerando 24).

La LORTAD va más allá que la Directiva, ampliando el ámbito de exclusión a las actividades a que se refieren los Arts. 2.2 y 3, las que al no aparecer contempladas dentro de las materias excluidas por la Directiva, salvo las relativas a las actividades de las personas físicas desarrolladas en el ámbito doméstico o familiar (Art. 2.2.b LORTAD), hacen necesaria su reforma en tal sentido.

La Directiva establece como condición indispensable para su aplicación, el hecho de que las actividades del responsable del tratamiento de DP se desenvuelvan dentro del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario (Considerando 12), sin que la LORTAD haga referencia alguna al respecto.

La Directiva no contempla la distinción establecida por la Lortad entre Ficheros de titularidad pública y Ficheros de titularidad privada, pero tampoco se deduce de su articulado, que se oponga a ello, siempre y cuando dicha distinción no menoscabe los derechos de las personas físicas, según se deduce el propio espíritu de la norma comunitaria. En este sentido, la diferente regulación entre los ficheros mencionados, sí supone una diferencia de trato, que redundará en perjuicio de los afectados, al contemplarse en los de titularidad pública gran cantidad de excepciones que afectan tanto a los Derechos como a los Principios para hacerlos valer.

La Directiva en su Art. 6 atribuye a los responsables del tratamiento la obligación de garantizar el cumplimiento de los principios generales reconocidos en toda norma de protección de datos, es decir, tratamiento lícito y leal, recogida de datos con fines determinados, explícitos y legítimos y que con relación a estos fines los datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos, así como exactos y conservados por un periodo no superior al necesario. La LORTAD, en cuanto a este particular, en su art. 9, hace referencia al responsable del fichero, al que atribuye el deber de adoptar las medidas necesarias de seguridad y el deber de secreto. Si bien, podrían equipararse ambas figuras, la atribución de responsabilidad al responsable es mucho más amplia en la Directiva.

De la regulación establecida en la Directiva, parece deducirse, que la exactitud de los datos puede instarla cualquier interesado, mientras que en la LORTAD tal posibilidad sólo es posible de oficio, como expresamente establece su Art. 4.4. Sin embargo, la LORTAD viene a reconocer tal posibilidad a los afectados, si bien dentro de la regulación que al efecto establece, al contemplar los derechos de los interesados, pudiendo instar la rectificación (Art.15 LORTAD).

Para la Directiva no se considera incompatible el tratamiento posterior con los fines determinados, siempre que se utilicen con fines históricos, estadísticos o científicos y se establezcan las garantías adecuadas. En este sentido, la Lortad únicamente se refiere a los DP utilizados con fines históricos.

La Directiva contempla la posibilidad de establecer excepciones y exenciones en cuanto al TDP con fines periodísticos, artísticos o literarios, a fin de conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión (Art.9 DC). La LORTAD no se pronuncia al respecto.

Los Registros de condenas penales, medidas de seguridad e infracciones, habrán de ser llevados bajo el control de los poderes públicos, así como las sanciones administrativas o procesos civiles. En la LORTAD los datos relativos a dichas materias aparecen excluidas del ámbito de aplicación de la misma.

La Sec.4ª del Cap. II, se establece la distinción, entre los datos recabados del propio interesado y cuando no lo han sido. La LORTAD no contempla dicha diferencia.

La Directiva comunitaria, además de contemplar el reforzamiento del tratamiento de los datos especialmente protegidos, introduce una novedad, al hacerlo extensivo a la transmisión de datos dentro de una red. La Lortad no establece regulación alguna al respecto.

La Directiva contempla dentro de su ámbito de aplicación, los supuestos de "las fuentes accesibles al público", además, dado su carácter, otorga a los Estados la posibilidad de dispensarlos, no sólo de la obligación de notificación del art. 18.1, sino también, de la obligación de publicidad a que se refiere el Art. 21.1. La LORTAD, haciendo referencia expresa a estas fuentes en su Art. 11.2.b), los excluye de su ámbito de aplicación (Art.2.2 a) y c)).

La Directiva, al establecer la obligación que atribuye al responsable del fichero de efectuar la notificación recogida en el Art. 18.1, no hace distinción entre ficheros de titularidad pública y los de titularidad privada. Por su parte, la LORTAD contempla la obligación de notificación, en principio, sólo para los Ficheros de titularidad privada, si bien, la regulación posterior del Reglamento, hace extensible dicha obligación a los de titularidad pública, aunque sin determinar que dicha obligación tenga que ser a priori, cosa que se predica de los de titularidad privada. Por otra parte, el procedimiento de notificación a que se refiere la Directiva en su Art. 19.2, es a su vez contemplado por el Reglamento (Art. 17) si bien haciendo la distinción entre Ficheros de titularidad pública y privada.

La Directiva, en cuanto a la Transferencia de DP a países terceros (Cap. IV), se atiene al principio de que los mismos garanticen un “nivel de protección adecuado”, determinando en el Art. 25.2. las circunstancias a las que se debe atender a fin de perfilar el carácter adecuado de dicho nivel. La LORTAD en este sentido no recoge pronunciamiento alguno. Por otra parte, las excepciones que establecen una y otra norma respecto al nivel de protección, son distintas (Art.26.1. D.C. y Art. 33 LO).

En cuanto a la regulación de los Códigos tipo, la Lortad circunscribe su aplicación exclusivamente para los Ficheros de titularidad privada, estableciendo la obligatoriedad de su inscripción en el Registro General de Protección de Datos (Art. 31). La regulación establecida por la Directiva en este tema, bajo la denominación de Códigos de Conducta (Art. 27), es más flexible en cuanto no establece la obligación del registro, ni limita su regulación a determinados tipos de ficheros.

La independencia de la Autoridad de Control es contemplada tanto por la Directiva (Art. 28.1), como por la LORTAD (Arts. 34.2 y 35.2), sin embargo, como ya expusimos en su momento y con relación a la regulación que la Lortad establece al efecto, tal independencia queda en entredicho. En este sentido y por lo que respecta a la independencia que la Directiva predica del llamado Grupo de Control (Art. 29.1.) Considerando que el representante español es la APD y que corresponde al Director de la misma la designación de dicho representante (R.D. 156/96), motiva el que también respecto a este órgano y, al menos, en cuanto al miembro designado por nuestro país, haya que dudar igualmente de su independencia.

5.2.1.2. Cambios que afectan a los Principios y Derechos

La LORTAD, ante la exclusividad del Convenio 108 como una fuente Derecho internacional en materia de PDP y a pesar del desfase que arrastraba en el momento de aprobación de la LO, sigue las pautas marcadas por el Convenio 108. La Directiva, viene a reconocer en su Considerando 11, que la misma precisa y amplía los principios de protección de los derechos y libertades de las personas recogidos en el Convenio 108.

La Directiva en su Art. 6.2, atribuye a los responsables del tratamiento la obligación de garantizar el cumplimiento de los principios generales reconocidos en toda norma de protección de datos, es decir, tratamiento lícito y leal, recogida de datos con fines determinados, explícitos y legítimos y que con relación a estos fines los datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos, así como exactos y conservados por un periodo no superior al necesario. La LORTAD no señala, con carácter general, quién sea la persona u órgano que deba responder ante dicha vulneración.

En cuanto al mantenimiento de la exactitud de los datos, en la Directiva no sólo se considera de que se establezca de oficio, como expresamente establece la LORTAD en su Art. 4.4, sino que por el contrario, cualquier interesado puede instar su actualización. La LORTAD reconoce tal posibilidad a los afectados, si bien dentro de la regulación que al efecto establece al contemplar los derechos de los interesados (Art.15 LORTAD).

Para la Directiva no se considera incompatible el tratamiento posterior con los fines determinados, siempre que se utilicen con fines históricos, estadísticos o científicos y se establezcan las garantías adecuadas. En este sentido, la LORTAD únicamente se refiere a los utilizados con fines históricos.

La Directiva en el art. 8 reconoce como “datos sensibles”, el origen racial, étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como los datos relativos a la salud o la sexualidad. Esta relación amplía los supuestos de datos sensibles contemplados en la Lortad, aunque no recoja los datos relativos a la religión y creencias a que se refiere esta última en su art. 7, sobre la base de lo establecido en el art. 16 C.E. La Directiva, por otro lado, establece la particularidad de “prohibir” el tratamiento de los mismos, mientras la LORTAD expresa en su art. 7 que “...nadie podrá ser obligado”.

La Directiva incluye dentro de su ámbito de aplicación los registros de condenas penales, medidas de seguridad e infracciones, los que habrán de ser llevados bajo el control de los poderes públicos, así como las sanciones administrativas o procesos civiles (art. 8.5). En la LORTAD los datos relativos a infracciones penales quedan excluidas del ámbito de aplicación de la misma (art. 2.3.c).

Contempla la Directiva lo que constituye una novedad en una norma sobre protección de datos, en cuanto a la posibilidad de establecer excepciones y exenciones en cuanto al TDP con fines periodísticos, artísticos o literarios, a fin de conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión (Art.9 DC).

La Directiva en cuanto al Derecho de Acceso, establece una regulación más detallada y menos restrictiva que la recogida en la LORTAD, pues no establece limitación en cuanto a su ejercicio, aunque haga referencia a una “periodicidad razonable”, pero sin que se concrete en un periodo de tiempo determinado. Como particularidades, la Directiva contempla dentro del Derecho de Acceso, lo que en la LORTAD aparece regulado de forma independiente como Derechos de Rectificación y Cancelación (Art. 15), añadiendo además la posibilidad del Bloqueo de los datos y contemplando la obligación de notificar haber practicado tales actividades conforme a lo solicitado por el interesado, con una salvedad, que ello no resulte imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado.

El Derecho de Oposición del interesado es una novedad introducida por la Directiva (art. 14) aunque acaba por limitarlo a unos cuantos supuestos, a la vez que otorga a los Estados miembros la potestad de dejarlo sin contenido, si en la legislación interna de los mismos, se decide establecer otra cosa. Dentro de la limitada posibilidad de hacer efectivo este Derecho, la Directiva establece la imposibilidad de tratar los datos sobre los que se haya mantenido una oposición justificada.

Si el Derecho de Oposición constituye una novedad, también lo es la regulación más amplia y facilitando la actividad del interesado, que dentro de la regulación que de dicho derecho hace en el párrafo b) del Art. 14, respecto de los datos recabados y que le conciernan destinados a la prospección. Actividad desarrollada por el responsable del tratamiento o por un tercero al que le son

cedidos los datos con dicha finalidad y la cual es contemplada por la Directiva con cierta cautela, obligando a los Estados miembros a establecer las garantías necesarias para garantizar a los interesados su conocimiento.

En cuanto a las Decisiones individuales automatizadas recogidas también dentro de la regulación del Derecho de Oposición en el art. 14, se contempla el reconocimiento al interesado de no verse sometido a una decisión con efectos jurídicos basada en el tratamiento automatizado de datos destinados a evaluar su personalidad, derecho que será garantizado por los Estados miembros, salvo que ello se haya contemplado en un contrato, con ciertas condiciones, o también, que el Estado lo autorice legalmente siempre que establezca medidas que justifiquen el interés legítimo del interesado. La LORTAD al respecto, reconoce tal Derecho en el art. 12 sin que por el contrario establezca excepciones al respecto, por lo que en este sentido es más restrictiva.

La Directiva en su Sec. 9ª, bajo el epígrafe “Notificación” el art. 18 viene a establecer con carácter general la obligación previa de notificar a la Autoridad de Control la intención de realizar un tratamiento de datos personales, atribuyendo nuevamente al responsable del tratamiento o, en su caso, al representante, la responsabilidad de cumplir con tal obligación. Se contempla la posibilidad de suavizar tal obligación, mediante su simplificación o incluso llegando a su omisión, atribuyendo tal posibilidad a los Estados miembros.

Por su parte, la LORTAD contempla la obligación de notificación, en principio, sólo para los Ficheros de titularidad privada, si bien, posteriormente el Reglamento hace extensible dicha obligación a los de titularidad pública, aunque sin determinar que dicha obligación tenga que ser a priori, cosa que se predica de los de titularidad privada. Resulta más amplia la regulación establecida por el Reglamento, si bien éste omite lo relativo a la descripción de las categorías de interesados y de los datos a que se refiere el tratamiento, recogido por la Directiva. El procedimiento de notificación a que se refiere la Directiva en su Art. 19.2, es a su vez contemplado por el Reglamento (Art. 17), sin bien, distinguiendo entre Ficheros de titularidad pública y privada.

5.2.2. Posible refuerzo de la protección de las personas físicas frente al tratamiento de datos personales

Como ya hemos tenido oportunidad de apreciar en la relación efectuada en los dos epígrafes anteriores relativos a las implicaciones de la Directiva en la

LORTAD, son numerosos los cambios que afectan a la LO, lo cual no debe ser motivo de sorpresa, pues tal circunstancia ya es apuntada en el Considerando 11 de la Directiva, al señalar, que los principios de protección de la norma comunitaria precisan y amplían los del Convenio 108, el cual, a su vez, es tomado como modelo por nuestra ley de P.D. al objeto de configurar el esquema de regulación de la materia que constituye su objeto.

Si bien, como decíamos, las modificaciones y novedades introducidas por la Directiva son numerosas, es preciso determinar, si las mismas, en atención a los Principios básicos que procura establecer la norma comunitaria, consistentes en: evitar diferencias entre los Estados miembros (Considerando. 7), sin que ello implique una disminución de la protección (Considerando. 10), lograr un tratamiento equivalente (Considerando 8), proporcionar un margen de maniobra a los Estados miembros que vaya dirigido a mejorar la protección que rige la legislación actual (Considerando 9) y, por último, tener en consideración, que el principio de respeto a la intimidad precisa y amplía el del Convenio 108 (Considerando 11); se corresponden efectivamente con la regulación normativa contemplada en su articulado y, por lo tanto, suponen un auténtico reforzamiento de los Derechos y Principios de protección de las personas físicas o, por el contrario, si realmente lo que se logra con la Directiva es un nuevo marco de regulación en materia de protección de datos, necesario dentro del ámbito de la Comunidad Europea y, por lo tanto, sin que en la práctica se establezcan las suficientes garantías, dada la confrontación que surge entre la protección pretendida y el margen reconocido a los estados miembros para establecer sus propias peculiaridades.

Por lo que hemos tenido oportunidad de analizar hasta el momento, en principio, nos pronunciamos por un teórico reforzamiento de la protección de las personas físicas frente al tratamiento de datos personales, pues en la regulación establecida por la Directiva se pueden observar deficiencias, garantías, margen de maniobra de los Estados miembros, lo que traerá consigo una serie de cambios en las legislaciones internas de los Estados miembros, que hace imprevisible cual sea su resultado final, aunque se puede aventurar, que se establecen mecanismos suficientes para llevar esta tarea a buen puerto.

5.2.3. Recursos de Inconstitucionalidad

Partiendo del planteamiento realizado por Martín-Casallo⁴⁴, la Directiva de por sí, viene a dejar vacío de contenido alguno de los artículos afectados por los Recursos de Inconstitucionalidad planteados contra la LORTAD, en concreto, el art. 19, por cuanto, si bien la Directiva no recoge expresamente una regulación que diferencie entre ficheros públicos y privados (en este sentido la única diferenciación apreciada, a juicio del autor, es la que hace referencia a la regulación de los Ficheros, en cuanto los datos sean recabados directamente del interesado y los obtenidos de forma distinta), lo cierto es, que tampoco se opone a dicha distinción, sin embargo, lo que sí se deduce de su espíritu, es que dicha diferenciación no debe repercutir en una minoración de los Derechos reconocidos al interesado, motivo por el cual, se impone la derogación total de dicho artículo y en consecuencia, también del Art. 11.2.e) del mismo texto legal.

Siguiendo la línea argumental del Director de la APD, entendemos, que la Directiva no sólo da lugar a derogar el Art. 19 y por ende el Art. 11.2.e) de la LORTAD, sino que además, a nuestro modo de ver, puede hacerse extensible a todos los artículos contemplados en la regulación establecida en la Lortad para los Ficheros de titularidad pública (Capítulos. I del Título IV) que contengan excepciones a los Derechos y Principios de los afectados, excepciones que, sin embargo, no son contempladas en los Ficheros de titularidad privada. Por lo tanto, dada la diferente regulación de dichos ficheros y la ubicación de las excepciones, hechos estos, que suponen un detrimento de los Derechos de los afectados y de los Principios para hacerlos valer, así como una clasificación de ficheros basada en un tratamiento desigual, implica que la regulación de la LORTAD entre en conflicto con lo establecido en la Directiva, en cuanto que la diferente regulación de ficheros no puede suponer un menoscabo de los derechos de los afectados. Con ello no queremos decir que la Directiva no contemple excepciones a los Derechos de los interesados, ni que las excepciones contempladas en la Lortad sean todas inconstitucionales, sino que, en atención a lo expuesto, algunas pueden serlo, dada su ubicación en la LORTAD.

■⁴⁴ MARTIN CASALLO-LOPEZ, Juan José “Implicaciones sobre la Directiva ...” ob. cit. págs. 5 y 6.

Así las cosas y de conformidad con lo establecido en el Art. 93 en relación con el 18.4 de la Constitución y, teniendo en cuenta, que la Directiva es una norma posterior a la LORTAD, por lo que dado su rango de Norma Comunitaria y lo establecido en su Art. 32.1, se impone la necesidad de reformar la LORTAD en este sentido. En consecuencia, además de dejar vacío de contenido los Recursos de Inconstitucionalidad planteados contra el Art. 19, por extensión, habría que predicar lo mismo de los Arts. 20.3, 22.1 y 22.2 de la LORTAD, dada la necesaria derogación tácita que impone la Directiva, así como del Art. 21.1 y 2.I, independientemente de que éste no esté afectado directamente por alguno de los cuatro Recursos de Inconstitucionalidad planteados.

6. PLAZOS E IMPLICACIONES DE LA NO TRANSPOSICION DE LA DIRECTIVA

6.0. INTRODUCCION

La actividad desarrollada por los Estados miembros a fin de transponer la Directiva a sus Ordenamientos internos, como ya hemos dicho, está resultando muy escasa hasta la fecha, siendo Bélgica de los pocos países de los Estados de la CE que realmente han iniciado una actividad encaminada a la transposición de la Directiva a su Derecho interno, motivo por el que ha sido objeto de estudio por algunos autores, siendo interesante resaltar el comentario del prof. Dr. J. Dumortier y Ana M. Alonso⁴⁵, en un trabajo conjunto de análisis de dicha transposición:

“Merece la pena tener en cuenta el ejemplo belga, que muestra la intención del legislador de aprovechar la oportunidad de la transposición de la directiva para reformar en profundidad y mejorar en la medida de lo posible la actual ley de protección de datos”.

En dicho comentario se aprecia la importancia que por estos autores se

■⁴⁵ Dr. J. DUMORTIER y ALONSO BLAS, Ana María “La Transposición de la Directiva de protección de datos en Bélgica” Actualidad Informática, pág. 11, Aranzadi, núm. 20, julio de 1996.

da a la necesidad de actuar sin dilaciones en el mismo sentido que los legisladores belgas, de ahí la motivación que intentan insuflar al resto de Estados miembros para que no demoren en exceso tal obligación.

Si el caso belga es un ejemplo a seguir, independientemente de lo acertado de la actuación de sus legisladores, en cuanto a la interpretación que de la Directiva hagan, a fin de amoldar su ley de PD a la norma comunitaria; llama poderosamente la atención el caso de Italia, en el que careciendo de una ley en la materia, no haya aprovechado la reciente Ley de 31 de diciembre de 1996, n° 675⁴⁶, a fin de transponer la Directiva a su Derecho interno, pues con una primera lectura de la misma, ya es suficiente para apreciar que su finalidad es la de cubrir la laguna existente en la materia durante tantos años en su Ordenamiento Jurídico, ya que a lo largo de su articulado no hace referencia alguna a la Directiva 95/46/CE. Incluso su título “Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali” no parece ceñirse a las directrices marcadas por la Directiva, la que había sido publicada un año antes a la ley objeto de comentario, ya que en dicho título se hace referencia a la tutela de la persona y de “otros sujetos”, expresión esta última que parece sugerir la referencia a otras personas, que no pueden ser otras que las jurídicas, cuando es bien sabido, que la norma comunitaria exclusivamente contempla como objeto de regulación a las personas físicas.

6.1. PLAZOS PARA LA TRANSPOSICION DE LA DIRECTIVA

En las Disposiciones Finales de la Directiva y en concreto en el art. 32 de la misma, se establecen los plazos de que disponen los Estados miembros a fin de transponer la Directiva a sus legislaciones internas, estableciendo a este respecto un plazo general y dos para supuestos concretos. En tal sentido el apartado 1 de dicho artículo establece con carácter general el plazo de tres años a partir de su adopción, para la aprobación de la norma que al efecto establezcan. Ampliando dicho plazo para el supuesto de los tratamientos que ya se hayan iniciado a la entrada en vigor de la Directiva a tres años desde la adopción de la norma interna aprobada en aplicación de la Directiva. Por último establece el plazo de doce años para el tratamiento de datos que ya se encuentre incluidos en ficheros manuales.

■⁴⁶ Vid pág. 3, en el apartado 1. Introducción. Martín-Casallo, LOPEZ “Implicaciones de la Directiva sobre...”Op. cit. pág. 6.

En el punto 4 se recoge la obligación de los Estados miembros de comunicar a la Comisión el texto de las disposiciones de Derecho interno en el ámbito regulado por la Directiva y el art. 33 la obligación de la Comisión de informar en el plazo de tres años desde la adopción de la Directiva sobre la aplicación de la misma.

6.2. IMPLICACIONES DE LA NO TRANSPOSICION

La cuestión básica que se nos plantea, es determinar si la Directiva como norma comunitaria tiene eficacia directa en el Derecho español o por el contrario necesita de alguna apostilla para hacerla valer.

En principio para aclarar la cuestión planteada, tomaremos como referencia la Sentencia de 24 de abril de 1990 del Tribunal Supremo, en la que se trata de especificar las implicaciones que para España tiene el hecho de someterse a la potestad normativa de las Instituciones comunitarias, como consecuencia de su adhesión al Tratado de la CEE.

En dicha Sentencia, entre otros temas, se hace referencia a la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno, como consecuencia de la cesión de soberanía que se produce, desde el momento en que España ratifica dicho Tratado, lo que resulta incuestionable en virtud de lo establecido en el art. 93 de la Constitución Española.

Tema más complicado de abordar, es el de determinar si tanto el efecto directo como la aplicabilidad directa son predicables de las Directivas. En este sentido, conviene en principio, distinguir entre uno y otro concepto, pues aunque en la práctica, como reconoce la propia Sentencia se tiende a confundirlos, entendemos de gran importancia su distinción por conllevar efectos distintos. Así siguiente la *Affaire 9/70*, *Arrêt Du* de 6 de octubre de 1970, mientras que la aplicabilidad directa hace referencia a la no necesidad de un acto de Derecho interno para conferir valor a una norma comunitaria, lo cual sólo es predicable de los Reglamentos y no de las Directivas, las cuales en todo caso necesitan de una norma del Estado miembro para su incorporación al Derecho interno; por su parte el efecto directo hace referencia a la posibilidad de hacer valer una norma de Derecho comunitario a pesar de la inexistencia de una norma de Derecho interno de ejecución.

En cuanto a la aplicabilidad directa, como acabamos de decir, sólo es predicable de los Reglamentos. La cuestión es determinar si el efecto directo es igualmente predicable exclusivamente de los Reglamentos, cualquiera que este sea, o también se puede hacer extensible a las Directivas. Siguiendo la Sentencia del TS, hay que entender que el efecto directo sólo es predicable de los Reglamentos y no de todos, sino de aquellos a los que denomina “self executing” o jurídicamente perfectos, es decir, que no necesitan ser complementados para definir su alcance. En cuanto a las Directivas, en ningún caso cabe atribuirle efecto directo, lo que supone que en ningún momento puedan ser esgrimidas por los interesados para hacer valer los derechos que deriven de dichas normas, mientras no exista una norma de ejecución directa.

No obstante lo dicho, la realidad es muy distinta, pues no faltan interpretaciones extensivas por parte del TJCE al atribuir efecto directo en ciertos supuestos a las Directivas, entendiendo el TS en Stc. de 23-noviembre-1990, que dichas interpretaciones son permitidas sólo cuando el Estado miembro en cuestión no hubiera introducido en su ordenamiento jurídico la regulación a la que estaba obligado.

Por lo expuesto, si transcurrido el plazo general de tres años o el determinado para los otros supuestos concretos, sin que se haya incorporado la Directiva al Derecho interno de cada Estado miembro, en virtud de la doctrina sentada por el TJCE y, en el caso concreto español, en consideración con la interpretación en tal sentido hecha en la Stc. de 23-noviembre-1990, cabe la posibilidad de compeler al Estado miembro a su incorporación, bien por instarlo en tal sentido cualquier particular al que interese hacer valer su derecho mediante la aplicación de la regulación establecida en la Directiva o también, porque el juez lo aprecie de oficio.

7. CONCLUSIONES

Del estudio realizado resulta evidente que la Directiva 95/46/CE establece una regulación que viene a cubrir en términos generales la necesidad de disponer en el ámbito europeo comunitario de una norma que responda a los problemas creados por la confluencia de distintos factores, entre los que cabe destacar, la insuficiencia del Convenio 108 como único instrumento de Derecho Internacional en materia de protección de datos, las diferencias surgidas entre los Estados miembros, especialmente en lo relativo a la transferencia internacional de datos, los distintos niveles de protección de unos

estados con respecto a otros con relación a los derechos y libertades de las personas físicas, especialmente su intimidad, la falta de normativa de algunos de ellos. Todo lo cual, viene agravado por el espectacular desarrollo de las nuevas tecnologías, que han determinado el que se hable de una nueva época con expresiones como “Sociedad de la Información” o “Sociedad de las autopistas de la Información”.

No obstante la concienzuda regulación establecida por los legisladores comunitarios, hay que tener en cuenta que en materia de protección de datos confluyen una serie de intereses, tales como la necesidad de no obstaculizar el desarrollo de las técnicas de telecomunicaciones e información, dadas las ventajas que estas aportan a la sociedad actual, por otra parte, se encuentran los intereses de los Estados miembros, interesados en no ceder en exceso su soberanía y, por último, los intereses de las personas físicas como principales afectados en la materia, puesto que son sus datos los que implican la necesidad de una regulación. Intereses todos ellos, a los que la Directiva intenta dar respuesta procurando un equilibrio entre los mismos, prohibiendo y permitiendo en cada supuesto objeto de regulación.

Efectivamente la Directiva tiene en cuenta todos esos intereses en juego los que contempla al establecer sus Principios en los Considerandos 7 a 11. La cuestión es determinar si el equilibrio pretendido será efectivo en la práctica. Es evidente que mientras no se transponga a los Estados miembros y se vean los efectos que tal regulación produce, no nos podremos pronunciar con certeza sobre la efectividad de la Directiva. Sin embargo, a lo largo de este estudio se han señalado lo que por nuestra parte hemos calificado de ciertas deficiencias, que ya han sido caballo de batalla en las legislaciones anteriores sobre protección de datos. Nos referimos a supuestos como el de la contemplación de unos Derechos y Principios, para los que seguidamente se establecen unas limitaciones, por medio de acudir a excepciones, garantías no definidas o a conceptos jurídicos indeterminados, sembrando la incertidumbre de si en la práctica, dichos Derechos y Principios, no quedarán vacíos de contenido. Por otra parte, el amplio margen de maniobra atribuido a los Estados miembros, no deja de ser un riesgo de cara a procurar una regulación homogénea entre los mismos.

A los inconvenientes anteriormente señalados, la Directiva viene a dar respuesta con la personalización de la responsabilidad que pueda surgir del tratamiento en el Responsable del mismo o en su representante. También y

fundamentalmente con la creación de una serie de órganos como son la Autoridad de control, el Grupo de protección y el Consejo, los que en conjunto y en las parcelas de actuación que se les asigna, velarán porque la normativa comunitaria se cumpla en todos sus extremos. No obstante, independientemente de la importancia que realmente tienen estos órganos en el conjunto de la Directiva, nos surge la duda de si la independencia que de ellos se predica realmente es efectiva, porque de no ser así, estando destinados a ser los principales garantes del cumplimiento de la Directiva, a nuestro entender, este aspecto sería el primer fracaso. En este sentido, cabe decir que para la integración del Grupo de protección, por parte de nuestro país se ha designado a la Agencia de Protección de Datos y en concreto a su representante, el Director, para designar la persona que nos represente, siendo que la independencia del Director está en entredicho dada su dependencia del Gobierno, en cuanto a su nombramiento, cese y relaciones con el mismo. Motivo por el que ya surgen dudas fundadas de la efectividad de tales órganos.

En otro orden de cosas, dichos Organos deben velar porque se definan y concreten en la práctica unas medidas de seguridad, al menos las imprescindibles, a fin de lograr una seguridad efectiva. Asimismo, para que las obligaciones atribuidas al Responsable del tratamiento, a las que tanto se hace referencia en la Directiva, no sean una mera ficción, es necesario estructurar las medidas que hagan posible un seguimiento pormenorizado de las actividades que éstos desarrollen.

Entendemos que es importante potenciar los Códigos de Conducta, por ser la forma mas flexible de asegurar un compromiso por parte del que constituye el mayor sector que puede realmente trastocar la protección pretendida, es decir las asociaciones profesionales y demás organizaciones. Hasta la fecha, su efectividad ha sido bastante pobre, por no decir nula, si entendemos a la experiencia en nuestro país y ello a pesar de la obligación de registro y dictamen favorable de la APD, la cual no es contemplada en la Directiva.

Por lo que a la LORTAD se refiere, decir, que la Directiva implica una reforma de la LORTAD en una serie de aspectos que ya hemos tenido oportunidad de relacionar, incidiendo asimismo en los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la misma, de tal manera que muchos de los artículos impugnados quedan vacíos de contenido dada la contradicción que suponen con relación a la regulación establecida por la Directiva, no tanto

por las limitaciones que contemplan, las cuales, sí es cierto que en algunos aspectos chocan frontalmente con lo establecido en la norma comunitaria, sino, desde nuestro punto de vista, principalmente por la ubicación de las mismas, al suponer un menoscabo de los derechos de los interesados. En cuanto al ámbito de aplicación, la Lortad debe extenderse a los supuestos a que se refiere la Directiva y que ya apuntamos en su momento. Asimismo, consideramos que el legislador español debe aprovechar la oportunidad que le brinda la Directiva 95/46/CE y emprender una reforma con detenimiento de todos aquellos aspectos que de alguna manera dejan alguna sombra de dudas, como puede ser, además de los indicados anteriormente, el caso de la independencia del Director de la Agencia de Protección de Datos, así como el excesivo proteccionismo que brinda a los Ficheros de titularidad pública con el consiguiente menoscabo de los mecanismos de protección establecidos en defensa de las personas físicas.

Terminar diciendo, que en principio, lo importante es que se ha salvado una grave deficiencia, mediante la creación de una norma, que tiene unas pretensiones dignas de ser tenidas en cuenta, aunque su efectividad en el futuro esté por determinar, dada la confluencia de factores, algunos de ellos en continuo cambio, pero que el esfuerzo por lograr el equilibrio necesario entre ellos ha quedado plasmado en la Directiva 95/46/CE.

8. FUENTES Y BIBLIOGRAFIA

8.1. FUENTES

-ACUERDO DE SCHENGEN, firmado por los Estados del Benelux, R.F.A. y la R. Francesa el 14 de junio de 1985 en Schengen.

-AGENCIA DE PROTECCION DE DATOS "Análisis y valoración de diversos problemas de la protección de datos a escala Nacional Problemas relativos a las Medidas de Seguridad " vid. Pág. 189 y SS. de la Memoria de 1995.

-AGENCIA DE PROTECCION DE DATOS "La seguridad en el tratamiento de datos personales" vid. pág. 62 y ss. de la Memoria de 1994.

-AGENCIA DE PROTECCION DE DATOS "Análisis de las tendencias Legislativas, Jurisprudenciales y Doctrinales de los distintos Países en materia de Protección de Datos -España-" vid Págs. 175 y 181 y SS de las Memorias de 1995 y 1996.

-AGENCIA DE PROTECCION DE DATOS, "Códigos tipo" págs. 89 ,141 y 179 de las Memorias de 1994, 1995 y 1996 (respectivamente)

-BOLETIN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL (BJC), IV, Jurisprudencia Constitucional Extranjera, Tribunal Constitucional Alemán, Sentencia de 15 de diciembre de 1983. Ley del Censo. Derecho a la Personalidad y a la Dignidad Humana.

-CONSTITUCION ESPAÑOLA de 1978, B.O.E.

-CONVENIO 108 DEL CONSEJO DE EUROPA, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal.

-CONVENIO DE APLICACIÓN DEL ACUERDO DE SCHENGEN, firmado el 19 de junio de 1990.

-DIRECTIVA 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas

en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Boletín Informativo del Ministerio de Justicia núm. 1765.

-GACETA OFICIAL DE LA REPUBLICA ITALIANA de 8 de enero de 1997, se publica la “Ley de 31 de diciembre de 1996, n° 675 “Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali”. Así como la Ley de 31 diciembre 1996, n. 676 por la que “Delega al Governo in meteria di tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali”.

-LEY ORGANICA 5/92, de 29 de octubre de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos del Carácter Personal. Suplemento al Boletín de Información del Ministerio de Justicia al núm. 1688. Noviembre 1993.

-REAL DECRETO 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos.

-REGLAMENTO 1332/94, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

-TRIBUNAL CONSTITUCIONAL I^ªS, 254/1993 de 20 de julio.-
Ponente: Sr. García-Mon y González -Regueral.) LA LEY, 1994-1, 152 (2282-TC
8.2. BIBLIOGRAFIA

-BATTLE, Georgina “El Derecho a la Intimidad Privada y su Protección”. Ed. Alfil. Alcoy. 1972

-CARRASCOSA LOPEZ, Valentín “La LORTAD: Una necesidad en el panorama Legislativo Español”, en Informática y Derecho núm. 6-7 UNED, Mérida 1994.

-DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso “Letra y Espíritu de la LORTAD: ¿Un problema de coherencia? en Informática y Derecho, núm. 6-7 UNED Mérida 1994.

-DRESNER, Stewart H. “Panorama de la Legislación Europea sobre Trotección de Datos Personales” Informática y Derecho 6-7, La Protección de los Datos Personales, UNED, Mérida 1994.

-DUMORTIER J. y ALONSO BLAS, Ana María “La Transposición de la Directiva de Protección de Datos en Bélgica” págs. 8 a 11 de Actualidad Informática Aranzadi , núm. 20, Ed. ARANZADI, Madrid julio de 1996

-GAYO SANTA CECILIA, M^a Eugenia “Garantías del ciudadano ante la LORTAD: posibles vías de defensa y protección de sus derechos fundamentales”, en Informática y Derecho, n^o4, UNED-Mérida, 1993.

-HEREDERO HIGUERAS, M: “Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal” Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, núm. 1669, Madrid 1993

-LAZPITA GURTUBAY, María “Análisis Comparado de las Legislaciones sobre Protección de Datos de los Estados Miembros de la Comunidad Europea” Informática y Derecho 6-7, La Protección de Datos Personales, pág. 413 UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida 1994

-LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel. “La Ley de Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal” en Informática y Derecho, núm. 6-7 UNED Mérida 1994.

-MARCHENA GOMEZ, Manuel “Intimidad Informática: La Protección Jurisdiccional del Habeas Data” Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, núm. 1768, Madrid 1996.

-MARTIN-CASALLO LOPEZ, Juan José. “Discurso Apertura” de la Conferencia sobre Seguridad, Privacidad y Protección de Datos. Agencia de Protección de Datos, celebrada en Madrid del 30 nov. al 1 dic. de 1996.

-MARTIN CASALLO-LOPEZ, Juan José. “Implicaciones sobre la Directiva de protección de datos en la normativa española “Actualidad Informática Aranzadi, n^o 20 julio de 1996.

-MATHEWS, Steve “Protección de Datos ¿Proceden Nuevos Estándares de Seguridad?” Conferencia sobre Seguridad, Privacidad y Protección de Datos, Agencia de Protección de Datos, celebrada en Madrid del 30 nov. al 1 dic. de 1996.

-MENSBRUGGHE, Patricia van der “Flujos transfronterizos de datos en la Directiva 95/46 de las Comunidades Europeas” Actualidad Informática Aranzadi , nº 20 pág. 14, Ed. ARANZADI, Madrid julio de 1996.

-MILLE, Antonio “Informaciones de carácter personal Derecho Comparado y prospectiva” Informática y Derecho 12 a 15, II Congreso Internacional de Informática y Derecho, Actas (Vol. II), UNED, Mérida 1996.

- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique “La LORTAD: Entre las luces y las sombras”, en Informática y Derecho, núm. 6-7 UNED, Mérida 1994.

-SANCHEZ AGESTA, LUIS “Sistema Político de la Constitución Española de 1978” Segunda Edición, págs.109 y ss Ed. Editora Nacional, 1981.

- SANCHEZ BRAVO, Alvaro “La Protección de los Datos Personales en la Europa de Schengen” Informática y Derecho núms. 12 al 15, Segundo Congreso Internacional, Actas (Volumen II) pág. 1424, UNED, Centro Regional de Extremadura Mérida 1996.

-DE LA SERNA BILBAO, María Nieves “La Agencia de Protección de Datos Española: con especial referencia a su característica de independencia” Actualidad Informática Aranzadi, núm. 22, enero 1997, Ed. ARANZADI.

-VELAZQUEZ BAUTISTA, Rafael “Protección Jurídica de Datos Personales Automatizados”, Ed. COLEX, Madrid 1993.