

ESTUDIO COMPARATIVO DE LA NORMA 10/91, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES INFORMATIZADOS, PORTUGUESA Y LA LEY ORGÁNICA 5/92 DE REGULACIÓN DEL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL (LORTAD), ESPAÑOLA

CINTA CASTILLO JIMÉNEZ*

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es el acercamiento a la Ley Orgánica 5/92, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, (LORTAD) española, a través del análisis comparativo con la Ley 10/91, de protección de datos personales informatizados, portuguesa.

El hecho de que el país vecino se haya adelantado, con la aprobación y entrada en vigor de la Ley de protección de datos personales en 1991, nos va a permitir tener elementos de comparación y estudio, entre dos normas que nacen con el mismo espíritu, ante la necesidad de regulación del tratamiento automatizado de los datos sensibles, que atañen a la persona.

Del estudio realizado se desprende que son normas parejas, y existe una concordancia casi perfecta en cuanto a la forma. Si bien se dan importantes diferencias en algunas cuestiones de fondo.

Partiendo de que ambas leyes nacen con la finalidad de regular la automatización de los datos de carácter personal. El análisis pormenorizado de su contenido nos ha permitido observar, que son leyes programáticas que responden a la necesidad de regulación y protección de parte muy importante de los Derechos de las personas, normas por tanto que dejan buena parte de su contenido esencial y práctico en manos de una posterior regulación reglamentaria.

* Profesora del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Sevilla..

Es importante resaltar que en el caso español la existencia de la Ley Orgánica 5/92 responde al cumplimiento del mandato constitucional del art. 18.4 de la Constitución en el que se determina que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Debe ser por tanto esto la finalidad de la norma que nos ocupa.

La Ley 10/91 de protección de datos personales e informática, portuguesa. Consta de 45 artículos, contenidos en 9 capítulos, en ellos se incluyen las disposiciones transitorias.

La Ley española, se compone de 48 arts. contenidos en 7 títulos, 3 Disposiciones adicionales, 1 Disposición transitoria, 1 Disposición derogatoria y 4 Disposiciones finales.

El capítulo I de la norma portuguesa y título I de la LORTAD, coinciden exactamente en cuanto a la forma y estructura, así como en el contenido.

Ambos tratan sobre las disposiciones generales de la norma, con la misma extensión, incluyendo en su art. 1, los principios generales, en los arts. 2 y 3, el ámbito de aplicación y definiciones imprescindibles dada la novedad y características peculiares de los términos informáticos, que se van a usar en el desarrollo de las normas.

El principio general en el que se funda la norma portuguesa, es imponer el uso transparente de la informática, con un estricto respeto de la vida privada, familiar así como de los Derechos, libertades y garantías fundamentales de los ciudadanos. Añadiendo la ley española que esta norma tendrá como objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas, para garantizar todo lo anterior.

En cuanto al ámbito de aplicación de ambas normas, se extiende a los datos de carácter personal que figuren en los ficheros automatizados de los sectores público y privado, añadiendo la ley española que se extiende el ámbito de aplicación de esta norma a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizado de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado.

Se excluyen del ámbito de aplicación, en el caso de la ley portuguesa, los ficheros de datos personales con informaciones destinadas al uso personal o doméstico, las facturaciones hechas por servicios prestados, o las cuotas cobradas a los socios o afiliados. Esta norma tampoco es de aplicación para los ficheros creados y mantenidos bajo la responsabilidad de los sistemas informáticos de la República Portuguesa.

En la Ley 5/92, se excluyen del ámbito de aplicación, los ficheros automatizados de titularidad pública, cuyo objeto sea el almacenamiento de datos para

su publicidad con carácter general, los ficheros privados con fines exclusivamente personales, los ficheros de información tecnológica o comercial que reproduzcan datos ya publicados en repertorios o boletines oficiales, así como los ficheros mantenidos por partidos políticos, sindicatos, confesiones, etc. en cuanto a los datos que se refieran a sus miembros.

En cuanto al glosario de términos definidos en ambas normas, para que desde el principio quede claro la terminología utilizada, que por su modernidad, la mayoría de los términos son de reciente creación, o bien existían ya pero ahora se les da un significado específico, se definen como decíamos una serie de conceptos como son bases de datos, sistemas informáticos, datos de carácter personal, etc.

Queremos hacer incapié en un término definido en la ley española, no así en la portuguesa como es el de afectado, del que se dice que es la persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento automatizado. No nos parece acertado por parte del legislador haber utilizado el término afectado, que hasta ahora hemos asimilado a consecuencias negativas, no se le ocurre a nadie hablar de afectados por el premio gordo de la lotería, sí por el contrario oímos a diario frases como las de «los afectados por las inundaciones, síndromes, incendios, etc». Queremos hacer notar con esto que hubiera sido más gratificante llamar desde la propia norma a las personas físicas titulares de los datos, como interesados, concernientes, etc. y no afectados de ante mano.

El capítulo II de la norma portuguesa regula la creación, funcionamiento, y competencias de la Comisión Nacional de Protección de Datos Personales Informatizados (CNPDPPI).

El sinónimo en la ley española, lo encontramos en el título VI de la LORTAD, que en los arts. 34 a 41 desarrolla la figura de la Agencia de Protección de Datos.

En ambas normas se tratan los apartados referidos a la creación, funciones y competencias, así como la composición de estos Entes. Si bien en la LORTAD, se hace un desarrollo más exhaustivo de los componentes de la Agencia, así como de la creación de un Registro General, como Organismo integrado en la Agencia de Protección de Datos.

La composición de la CNPDPI, portuguesa queda conformada por 7 miembros, de los cuáles el presidente y dos vocales, son elegidos por la Asamblea de la República, otros 2 deben ser Magistrados con más de 10 años de ejercicio profesional, 1 Magistrado judicial y otro del Ministerio público. Los otros dos miembros, serán personas de reconocida competencia elegidas por el Gobierno.

En esta composición, y sobre todo en la forma de elección, observamos que se puede dar un predominio claro de las fuerzas políticas mayoritarias en cada momento.

En la LORTAD, se concreta en nueve el número de miembros que formará el Consejo Consultivo, por el que estará asistido el Director de la Agencia de Protección de Datos.

Este Consejo estará formado, por un Diputado, un Senador, un representante de la Administración Central, designado por el Gobierno, un representante de la Administración Local, un miembro de la Real Academia de Historia, un experto en la materia propuesto por el Consejo Superior de Universidades, un representante de los consumidores y usuarios, un representante de las Comunidades Autónomas y un representante del sector de ficheros privados.

La figura del Director, queda definida en cuanto a su nombramiento, facultades, consideración de Alto cargo y la plena independencia y objetividad en el ejercicio de sus funciones, como se establece en el apartado 2, del art. 35.

El capítulo III de la norma portuguesa, coincide con el título II de la LORTAD, y tratan sobre los principios que deben regir en el procesamiento automatizado de datos personales.

En ellos se desarrolla como debe ser la recogida e interconexión de los datos personales, que van a formar parte del fichero automatizado, así como que tipo de datos pueden ser recogidos y con que finalidad.

La ley portuguesa establece, las indicaciones que deben aparecer en los documentos que sirvan como base a la recogida de datos.

En cuanto a los límites de apreciación judicial, la norma portuguesa, establece en su art. 16, que ninguna decisión judicial, administrativa o disciplinaria puede ser tomada por las autoridades, teniendo como único fundamento el perfil de personalidad del titular del registro del Banco de Datos.

Sobre este perfil de personalidad, resultado del precipitado que combina todos los datos personales y privados de la persona, se establece en el título tercero de la LORTAD, art. 12, y dentro del reconocimiento de los Derechos de las personas, que el afectado podrá impugnar los actos Administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento o valía teniendo como único fundamento el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, que ofrezcan una definición de su personalidad.

Además queda suficientemente definido y avisado su riesgo en el preámbulo de la ley, donde se pone de manifiesto la diferencia entre intimidad y privacidad.

En este sentido, en dicho preámbulo se establece que si bien, esta en la mente de todos que es la intimidad y por tanto el reconocimiento como fundamental del Derecho a la intimidad personal, no esta siempre tan claro que se entiende por privacidad, o en todo caso en que se diferencia de la intimidad.

Pues bien entendemos, coincidiendo con el preámbulo de LORTAD, que la privacidad constituye un conjunto más amplio de facetas de la personalidad del individuo, que aisladamente consideradas, pueden carecer de significado, pero que coherentemente enlazadas, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que este tiene Derecho a mantener reservado, nos estamos refiriendo a datos sobre las enfermedades sufridas en la niñez, el expediente académico, el uso del dinero de plástico, etc.

El conocimiento de estos datos, que combinados dan como resultado un retrato robot, no siempre exacto ni fiable, no es algo nuevo, siempre han estado a nuestro alcance. Sin embargo el tiempo y el espacio jugaban un papel muy importante como salvaguarda de la privacidad, impidiendo o haciendo más difícil la transmisión y almacenamiento de estos datos.

Ahora con las nuevas tecnologías ambas barreras quedan salvadas, en décimas de segundos podemos tener cuanta información deseemos, sin problemas para almacenarla, por tanto es con la aparición de la informática con lo que aparece también el riesgo de quedarnos desnudos con toda nuestra vida privada al descubierto.

Y lo que es peor corremos el riesgo, de que se hagan perfiles de personalidad sin nuestro conocimiento, ni consentimiento e incluso se nos este seleccionando para un puesto de trabajo en función a éstos, que pueden basarse como de hecho ocurre en datos erróneos.

En cuanto al acceso a los datos personales, ambas normas contemplan la necesidad de que cualquier persona sea informada de la existencia de los ficheros y Bases de datos, del tipo de datos que tienen recogidos, y de la finalidad y uso que se les van a dar.

En cuanto al procedimiento de acceso a los datos, así como la rectificación y cancelación de los mismos, se establecerá reglamentariamente, determinándose ya que no se exigirá contraprestación alguna por la rectificación o cancelación de datos inexactos.

El art. 14 de la norma portuguesa exige que los datos recogidos y mantenidos en un fichero automatizado, deben ser exactos y actuales.

El capítulo IV, de la Ley 10/91 portuguesa, coincide con el título IV de la LORTAD, si bien éste consta de dos capítulos, el primero sobre los ficheros de titularidad pública, y el segundo sobre los ficheros de titularidad privada, esta clasificación no se contempla en la norma portuguesa por quedar fuera de su ámbito de aplicación los ficheros de titularidad pública.

Si se recogen los requisitos para la constitución de los ficheros, que deben ser comunicados previamente a la CNPDPI, estableciéndose en el art. 19 las

indicaciones obligatorias que se deben hacer sobre el fichero, el funcionamiento de estos, las funciones de sus responsables, y todo lo concerniente a los sistemas de seguridad.

La Ley Orgánica 5/92 española, establece la diferencia en el régimen de tratamiento de los distintos ficheros, para los de titularidad pública, el art. 18 establece que su creación solo se podrá hacer por medio de disposición publicada en el B.O.E, debiendo indicar ésta, la finalidad del fichero, las personas sobre las que se pretenda obtener datos, el procedimiento de recogida, la estructura básica del fichero, así como las cesiones que se prevean.

Todo esto supone una garantía y confianza para los ciudadanos, pues se obliga a los ficheros de titularidad pública a seguir unos formalismos para su creación y publicidad, que debían aportar en principio una protección suficiente al interesado del uso de sus datos personales.

Sin embargo las excepciones del art. 19, en cuanto a la cesión de datos entre las Administraciones Públicas, las del art. 20, en cuanto a los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, del art. 21 en cuanto a las limitaciones de los derechos de acceso y rectificación, pudiendo ser estos denegados, y las del art. 22 como otras excepciones a lo dispuesto en el art. 5, sobre el derecho de información, o al art. 14 de derecho de acceso. Si bien al afectado que se le deniegue total o parcialmente, el ejercicio de los derechos mencionados puede ponerlo en conocimiento del Director de la Agencia de protección de Datos. Las garantías del art. 18 serán papel mojado, si no existe una total independencia del Órgano de Control.

En cuanto a los ficheros de titularidad privada la protección ofrecida por la norma 5/92 parece completa, exigiéndose siempre el consentimiento del interesado para recabar los datos, la posibilidad de revocar ese consentimiento, los derechos de información, cesión y rectificación etc.

El art. 31 de esta norma introduce la novedad respecto a la norma portuguesa, de los llamados Códigos Tipo, entendidos como códigos de conducta o Códigos Deontológicos, que permiten la adaptación de los principios de recogida, tratamiento y cesión de datos considerados como irrenunciables a cada sector en particular.

Se trata de conseguir a través de estos Códigos, el respeto a los derechos de la persona, y la aplicación del tratamiento automatizado de los datos personales de una forma dinámica y flexible que permita la adaptación a las necesidades de cada sector en particular.

En el capítulo V, de la ley portuguesa, se trata lo relacionado a la recogida e interconexión de los datos. Esto queda desarrollado en el propio título IV de la LORTAD, en ella salvando la distinción entre ficheros públicos y privados, se

establece todo lo concerniente a la recogida de datos, la obligación de inscribir los ficheros en el Registro de Protección de Datos. Así como la cesión de estos, estableciéndose la obligación de que el responsable del fichero informe al interesado, de la cesión, finalidad, nombre y dirección del cesionario, obligación de la que solo se exige cuando la cesión venga impuesta por ley.

Aunque como hemos dicho antes, en la norma portuguesa no se establece la clasificación de ficheros públicos y privados en cuanto a la estructura de ésta, se reconoce la distinción de los ficheros cuando en el art. 25 se cita la interconexión de datos públicos, estableciéndose, que pueden ser procesados entre las entidades que persigan los mismos fines. Si bien el art. 24 establece la prohibición de atribuir un número personal de ciudadano, para la interconexión de ficheros que contengan datos de carácter policial, médico, etc.

El capítulo VI de la Ley portuguesa, coincide con el título III de la LOR-TAD, sobre los Derechos y garantías individuales de las personas.

Los artículos que los conforman suponen un reconocimiento expreso del espíritu que acompaña en todo momento a la norma, y al que debe su razón de ser, y que no es otro que el de proteger al hombre de las posibles violaciones de sus Derechos, en esta ocasión por el uso de las nuevas tecnologías para la automatización de datos personales.

Intentando ambas normas conseguir la convivencia pacífica entre el desarrollo tecnológico, que sin duda nos ha de llevar a un futuro más feliz y la protección de los Derechos por los que tanto se ha luchado, y que ahora corren el riesgo de ser violados. Se trata por tanto de conjugar el fomento de las nuevas tecnologías, protegiéndonos a través de éstas normas de posibles ataques a la intimidad, como efectos secundarios del uso de la maravillosa tecnología informática.

El desarrollo de estos artículos se refiere por tanto al ejercicio del Derecho de acceso a la información, la corrección de datos erróneos, la omisión de datos falsos, así como la inclusión de los que no esten completos.

Todo ello en el caso español, se llevará a cabo por los responsables del Registro General de protección de Datos, que haran posible tanto el acceso a la información, responderan a las consultas de los interesados, y harán las rectificaciones y cancelaciones pertinentes, a instancias de éstos.

La norma portuguesa establece un plazo máximo de 30 días, para que el responsable del fichero de una respuesta sobre las informaciones inexactas, exigiéndosele la corrección de éstas. Así mismo se puede presentar una queja del responsable de fichero ante la CNPDPI.

En la norma 5/92, el art. 17 establece la tutela de los derechos y el derecho de indemnización, estableciéndose que las actuaciones contrarias a esta Ley

podrán ser objeto de reclamación ante la Agencia de protección de Datos como reglamentariamente se determine, procediendo contra las resoluciones de la Agencia, recurso Contencioso-Administrativo.

El capítulo VII, de la Ley 10/91 coincide exactamente en cuanto a forma y estructura con el título V de la LORTAD, tratando el tema del flujo de datos transfronterizos, o movimiento internacional de datos.

Ambas normas exigen autorización de los responsables máximos, en los procesos de automatización de datos personales, en el caso español del Director de la Agencia de Protección de datos, en Portugal se exige así mismo la autorización de la CNPDPI.

En ambos casos también es requisito imprescindible que el país destino, proporcione un nivel de protección equiparable al que prestan estas normas.

Por último ambas leyes definen, la española por inclusión y la portuguesa por defecto, los casos en los que se permitiría la transmisión de datos internacional.

En el caso español, según se recoge en el art. 33, cuando se apliquen los Tratados o Convenios de los que España sea parte, cuando se solicite auxilio judicial internacional, cuando sean datos de carácter médico que ayuden a la investigación epidemiológica, o cuando se trate de transferencias dinerarias según la legislación específica.

En el caso portugués se establece como decíamos antes por defecto, estableciendo el art. 33 que queda prohibido el flujo de datos personales a otros países, cuando existan razones fundadas de incumplimiento de la presente Ley. Por tanto en los demás casos entendemos, siempre que existan las garantías suficientes en el país destino, que queda permitido.

Observamos en este título V una reproducción casi exacta de lo que se exigía en el Convenio internacional de Estrasburgo de 1981, ratificado por España en 1985.

Por lo que detectamos que este título tiene importantes lagunas en cuanto a la falta de seguridad en la transmisión de los datos, problemas de compatibilidad en los sistemas de comunicación, así como en lo que se refiere a una estructura lógica y jurídica que sirva de base a la transmisión transfronteriza de datos personales.

El capítulo VIII de la norma portuguesa coincide en cuanto al tema y estructura con el título VII de la LORTAD, sobre las infracciones y sanciones, sin embargo no existe ninguna coincidencia en cuanto al fondo, es decir en la clasificación de infracciones e imposición de sanciones se siguen regímenes distintos.

La Ley 10/91 considera como infracciones de la norma; la utilización ilegal de datos, la obstrucción al acceso de la información contenida en los ficheros, la interconexión ilegal, las informaciones falsas, el acceso indebido o contrario a lo establecido en la norma, la destrucción de datos, la desobediencia de los responsables de los ficheros, etc. *Todo ello se castiga con penas de prisión que van desde 120 días a 2 años, pudiendo agravarse en los casos previstos en la ley.*

Se aplican así mismo penas accesorias, y se castiga el grado de tentativa en la comisión de estas infracciones o delitos.

En el caso español, la clasificación de infracciones así como las sanciones ha imponer siguen el modelo de las cometidas en el ámbito Administrativo y disciplinario, clasificándose en leves, graves o muy graves.

En cada uno de estos apartados se incluyen los posibles incumplimientos de la norma, estableciéndose una graduación en cuanto a su gravedad.

De la misma forma se establecen las sanciones, en relación a la gravedad determinada por el tipo de infracción, así para las leves se impone una multa pecuniaria que oscila entre 100.000 y 10.000.000 de ptas., las graves multa de 10.000.001 a 50.000.000 de ptas. y las muy graves multa desde 50.000.001 a 100.000.000 de ptas.

La cuantía se graduará también en función de la naturaleza de los derechos personales afectados, el volumen de información y los beneficios obtenidos, intencionalidad, reincidencia, etc.

Se establecen en la norma los plazos de prescripción, así como la procedencia del recurso Contencioso-Administrativo, contra las resoluciones de la Agencia de protección de Datos.

En el capítulo IX de la Ley 10/91 trata sobre las disposiciones transitorias, en cuanto a la obligación de elaborar un Reglamento, los responsables de los Servicios Públicos que se encargan de los ficheros. Y la legalización de los soportes existentes. Estas disposiciones se recogen en la LORTAD, fuera de los títulos con numeración aparte y son 3 adicionales, 4 finales, 1 derogatoria y 1 transitoria.

Para concluir, decir, que tras este análisis capítulo a capítulo buscando la equivalencia entre las dos normas, ésta se encuentra fácilmente, pues ambas siguen el mismo patrón en cuanto a su estructura, hemos hecho incapié en aquello en lo que *no coinciden*, pues lo que esta claro es que el legislativo español se ha inspirado en la norma portuguesa y en otras ya en vigor para trazar las líneas maestras de la LORTAD.

Nos hemos acercado así a la LORTAD, que nace obedeciendo el mandato constitucional, que en su art. 18.4, establece la Constitución de 1978, de limitar

por ley el uso de la informática. Y que 14 años después se ha cumplido, con la aprobación de la Ley Orgánica 5/92, el 29 de octubre de 1992.

Siendo la finalidad de esta norma la determinación de los límites ante los posibles abusos y agresiones a la intimidad personal, el resultado de su aplicación debe permitir el establecimiento de un equilibrio perfecto entre lo que supone progreso y avance tecnológico y del propio hombre por tanto, y las garantías de respeto absoluto a la vida privada, siendo la norma el instrumento para conseguirlo, y no una mera declaración de principios.

Existen ambigüedades en la norma, que ya hemos comentado y que pueden hacerla criticable como en la diferenciación de los ficheros de titularidad pública y privada, el establecimiento de un régimen de excepciones tan amplio que prácticamente deja sin ámbito de aplicación a esta norma para los ficheros públicos. O en lo que se refiere a la transmisión de datos transfronterizos donde no se han marcado las pautas a seguir en lo que se refiere a cuestiones técnicas, de seguridad, de marco legal etc.

En cuanto a la operatividad de la Agencia de Protección de Datos existe ahora mismo el temor de que sea realmente un órgano independiente, para que siéndolo pueda desempeñar la importante tarea que se le asigna.

En definitiva, ahora podemos tener la tranquilidad de que existe el marco legal necesario, con las lagunas y ambigüedades detectadas, que nos va a permitir tener la confianza de conocer que se hace con nuestros datos personales cuando las nuevas tecnologías ayudan a su almacenamiento y difusión, alejando de nosotros el fantasma que ahora nos persigue del desconocimiento.