La protección de datos personales en la Península Ibérica

INMACULADA RAMIRO Y LOZANO
Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

VALENTÍN CARRASCOSA LÓPEZ
Doctor en Derecho
Licenciado en Ciencias de la Información
Director del Centro Regional de Extremadura de la Universidad Nacional de Educación a Distancia
Secretario Judicial del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 3 de Mérida
(ESPAÑA)

INTRODUCCION

Durante los días 21 a 25 de Septiembre de 1992, tendrá lugar el III CONGRESO IBEROAMERICANO DE INFORMATICA Y DERECHO «NUEVAS TECNOLOGIAS Y LIBERTADES», el cual se celebrará en MERIDA (España), hoy Capital de Extremadura y antaño, Capital de la LUSITANIA ROMANA, bajo la denominación de EMERITA AUGUSTA. En su pasado glorioso, esta Ciudad, con su capitalidad, unificaba gran parte de la Península Ibérica (el suroeste ibérico); pues, LUSITANIA, se componía de lo que hoy es parte del Estado Portugués y parte del Estado Español. Es por ello, que en este emblemático año 1992 queremos aportar lo que se ha hecho sobre «LA PROTECCION DE DATOS PERSONALES EN LA PENINSULA IBERICA».

En nuestro trabajo veremos analogías y diferencias del tratamiento de este tema, en ambos países; traducido en la Ley de Protección de Datos Personales e Informática Portuguesa de abril de 1991 y el Proyecto de Ley Orgánica del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal de 24 de Julio de 1991 (LORTAD) Español.

Tanto en España como en Portugal, la protección del ciudadano contra los daños causados por el ordenador figura en sus respectivas CONSTITUCIONES.

Si bien, desde el año 1970 en que el Estado de Hesse (República Federal Alemana) publica su célebre: «Ley de Protección de Datos» hasta nuestros días, son numerosos los textos legales dedicados al tema, no es generalizado el hecho de que la Ley Suprema de un País haga referencia a la informática y a la protección de las libertades individuales. (Sin embargo, en la Constitución Austríaca sí se da esta circunstancia). Por ello, la primera analogía encontrada entre estos dos países de la Península Ibérica es el Tratamiento Informático en sus respectivas Leyes Supremas. No obstante, esta identidad entre ambos países ibéricos, tiene distinta redacción en sus Constituciones.

Pero, a pesar de ser un mandato constitucional, no es hasta en esta década de los 90 cuando en Portugal y España se redactan las Leyes de Protección de Datos. Otra analogía, a la que se añadirán a lo largo del trabajo diversas diferencias. La primera de ellas es el porqué del nacimiento de dichas leyes.

En el caso Portugués, la Lei num. 10/91 «Lei da PROTECÇAO DE DADOS PESOAIS FACE INFORMATICA», nace como consecuencia de una Sentencia del Tribunal Constitucional Portugués, la registrada como «ACORDAO núm. 182/87».

El proyecto de LORTAD español nace por iniciativa del Gobierno. Este proyecto de ley fue elaborado por el Ejecutivo para desarrollar el artículo 18.4 de la Constitución Española, referente al uso de la informática. Si bien es cierto que esta iniciativa gubernamental no es producto de una sentencia como en el caso portugués, sí lo es de una serie de eventos. Entre ellos cabe destacar el Convenio de Estrasburgo firmado en Septiembre de 1980 y ratificado por el Estado Español en 1984. Dicho Convenio se publicó en el B.O.E. de 15 de Noviembre de 1985.

CONSTITUCIONES IBERICAS

La Península Ibérica nos ha aportado la primicía de un derecho fundamental de Protección de Datos, a saber, en el artículo 35 de la Constitución Portuguesa de 1976 y en el artículo 18 de la Constitución Española de 1978. Resulta significativo que estas dos Constituciones, las más modernas de Europa, tengan ambas un derecho especial de protección de datos, como norma pre-legislativa.

La primera analogía, pues, con la que nos encontramos entre los dos países Ibéricos, relativa al tema que nos ocupa, es el Tratamiento Informático en sus respectivas Leyes Supremas; ya que, tanto en España como en Portugal, la protección del ciudadano contra los daños causados por el ordenador, figura en ambas Constituciones.

Como apuntábamos antes, este dato no es un hecho generalizado en todos los países; es decir, que en la Ley Suprema de un Estado se haga referencia a la informática y a la protección de las libertades individuales. Es por ello, que esta primera analogía apuntada se torne tan significativa.

Sin embargo, a esta analogía, debemos añadir inmediatamente sus diferencias. Esto es, su distinta redacción en ambas Constituciones.

Se suele considerar, en esta materia, que nuestra Constitución se ha inspirado en la portuguesa de 1976, cuyo artículo 35 (ubicado en el Título II «de los derechos, libertades y garantías») está dedicado a la «utilización de la Informática». Ahora bien, conviene indicar, evitando posibles equívocos, que el texto portugués es mucho más detallado que el correspondiente de Constitución Española.

Así pues, el texto íntegro del artículo 35 de la Constitución de la República Portuguesa, de 1976, reza así:

«1.–Todos los ciudadanos tienen derecho a conocer lo que constare acerca de los mismos en registros mecanográficos, así como el fin a que se destinan las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos y su actualización.

2.–La informática no podrá ser usada para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, excepto cuando se tratare del proceso de datos no identificables para fines estadísticos.

3.–Queda prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos.»

De otro lado, la Constitución Española de 1978 no se pronuncia claramente acerca de si ha de primar el valor individual de la intimidad o el interés social de la información; pues, parece eludir el tema, tratando de quedarse con el más cómodo punto de equivalencia, según el cual tanto monta para el Estado un valor como el otro.

La citada Constitución española aborda la materia, en cuanto a la información general, en su artículo 20.1; mientras que el artículo 105, b), con carácter programático y empleando para ello el tiempo futuro, dice que la Ley regulará el libre acceso de los ciudadanos a los archivos y registros.

Con literal mención a la informática, el artículo 18.4 de la referida Constitución determina, también con carácter programático, que :«La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

Uno de los problemas que plantea el artículo 18 en su apartado 4, no consiste en saber si los derechos cuyo pleno ejercicio garantiza pertenecen o no al ámbito de la protección de la esfera privada, sino en individualizar cuáles son los derechos que, aun perteneciendo a ese ámbito, van más allá del «honor y la intimidad personal y familiar».

En este sentido, merece destacarse que la Constitución de la República Portuguesa sigue la tendencia general de englobar los datos relativos a la vida privada entre las categorías de datos que reciben una disciplina especial dentro del régimen general aplicable a los datos personales. Es por ello, que el texto del artículo 35 de la Constitución Portuguesa es mucho más detallado que el artículo 18.4 de la Constitución Española.

«DECADA DE LOS 90»

Pero ambos preceptos Constitucionales Ibéricos, necesitan un posterior desarrollo legislativo. Nos topamos pues, con otra analogía Ibérica: La «Década de los 90»; ya que no es hasta esta fecha cuando se redactan las Leyes de Protección de Datos. Si bien es cierto, que mientras la Ley Portuguesa fue publicada en el Diario de la República el 29 de Abril de 1991, la correspondiente Española está aún en el Congreso; pues, en España no podemos hablar aún de Ley, sino de Proyecto de Ley (LORTAD español). El citado proyecto, fue aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 28 de Junio de 1991, para remitirlo al Congreso, cuyo Boletín Oficial de las Cortes Generales lo recoge, como proyecto de Ley, en el de fecha 24 de Julio de 1991.

El nacimiento de una y otra Ley procede de una característica común: un «Mandato Constitucional», y a su vez, de elementos distintos para una y otra.

Así en el caso Portugués, la Lei núm. 10/91 «Lei da PROTECÇAO de Dados Pessoais face Informática» nace como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional Portugués «ACORDAO n.º 182/89-PROCESSO n.º 298/87».

En esta sentencia, se pone de manifiesto el no cumplimiento de la Constitución, por la omisión de una medida legislativa para dar cumplimiento al artículo 35 de dicha Ley Suprema. Así mismo, se da conocimiento, de ello, a la Asamblea de la República. A causa pues, de esta Sentencia, el Gobierno Portugués se ve en la obligación de dictar una Ley de Protección de Datos. Esta última, se publicaría en el Diario de la República en su n.º 98 el 29 de abril de 1991. Más adelante, volveremos a la citada ley.

Hablemos ahora, de las posibles causas que han dado nacimiento al Proyecto de LORTAD español; pues, aunque también obedece a un mandato constitucional (como la ley portuguesa), no así, a una sentencia.

El análisis del apartado 4 del artículo 18 de la Constitución española lleva a diversas interpretaciones; ya que, no parece del todo satisfactoria la redacción del texto constitucional en lo que afecta a los derechos que estamos contemplando. Es por ello, que el posterior desarrollo de estos preceptos, se estaba haciendo esperar demasiado. Pues el constituyente ha previsto que, sin una regulación legal, existen riesgos graves para los derechos fundamentales de la persona por el uso incontrolado y sin las debidas garantías de la informática. El constituyente, efectivamente, no dice que no se deba utilizar la informática, sino que su uso debe estar acompañado de unas debidas garantías. De otro lado, en Septiembre de 1980 se firma en Estrasburgo una «Convención para la protección de las personas frente al tratamiento automático de los datos de carácter personal». Se trata del primer texto internacional adoptado en este terreno. En 1984, el Estado español ratifica el citado convenio, que publicó en el B.O.E. de 15-11-1985, y que, de acuerdo con la Constitución española (art. 96) dicho convenio, queda incorporado al ordenamiento jurídico español en virtud de su publicación oficial en España.

Sin embargo, una nueva lectura al texto de Estrasburgo, nos percata de que éste, por sí mismo, es insuficiente; pues, hay una referencia a las legislaciones internas de los Estados de la Convención. Por ello, el Convenio no puede constituir el desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución; puesto que, se trata de una normativa marco de principios que remite reiteradamente a las medidas legislativas de derecho interno. Además, el artículo 12 del Convenio condiciona la transmisión de datos personales informatizados al desarrollo de garantías de tutela del mismo; por lo que, puede ser denegada esa transmisión de información, por parte de cualquier Estado firmante del Convenio, si se comprueba la ausencia de medidas legislativas al respecto.

Pero, no ha sido el Convenio la única causa (después del mandato constitucional), del nacimiento del Proyecto de LORTAD español.

En los últimos tiempos se ha verificado en España una incontrolada informatización de datos, tanto en el sector público como en el privado. Los ciudadanos, desconocen los datos que sobre su persona se han informatizado, con qué finalidad, y cuáles son las interconexiones a las que han sido sometidos.

El Ordenamiento Jurídico Español contiene respuestas fragmentarias y marginales para la tutela de la libertad informática de las personas. La propia Constitución de este país, como apuntábamos antes, no se pronuncia claramente, acerca de si ha de primar el valor individual de la intimidad o el interés social de la información.

El 5 de Mayo de 1982, se aprueba la Ley Orgánica de Protección Civil del «Derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la propia Imagen». La finalidad de esta Ley, según reza en ella, es el desarrollo del

principio general de garantía de tales derechos contenidos en el artículo 18.1. de la Constitución Española.

Esta ley, no se refiere a la protección de tales derechos frente a la informática; pero, en su Disposición Transitoria Primera, establece que «en tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo 18, apartado 4, de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática, se regulará por la presente Ley». Sin embargo, el alcance de esta declaración es prácticamente nulo; puesto que, la propia Ley, no establece cuáles son esas intromisiones ilegítimas a las que se refiere. No obstante, es el texto en vigor, sobre el tema que nos ocupa, hasta que el Proyecto de LORTAD español no se traduzca en Ley. Ello se desprende, no sólo de lo dicho, sino también de la Disposición Derogatoria del Proyecto de LORTAD español (en la que se deroga la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de Mayo).

Existen en España ciudadanos preocupados por el uso de la informática; los cuales, han acudido a la institución del Defensor del Pueblo. Ello, revela que la situación de laguna legal sobre el uso de datos debe de terminar cuanto antes.

En el Ordenamiento Jurídico Español, pueden encontrarse disposiciones aisladas pero no suficientes (con respecto al tema). Este hecho ha llevado a recoger en el informe anual del Defensor del Pueblo (hecho público el 15 de abril de 1991), la necesidad de que se articule una Ley, que regule el uso de la informática por parte de la Administración, que limite la toma de datos cuando se refieren al ámbito reservado de la intimidad de la persona.

Todo lo anterior, ha llevado a que el Gobierno Español haya ultimado su proyecto de Ley Orgánica para la Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal.

Este Proyecto de Ley, fue elaborado por el Ejecutivo para desarrollar el artículo 18.4 de la Constitución Española, referente al uso de la informática; y, supone la modificación de la actual legislación sobre protección de datos informáticos en dos aspectos principales: el acceso de los interesados a los datos y las garantías sobre rectificación y uso de los mismos.

Recordemos que el citado Proyecto (como dijimos más arriba), fue aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 28 de Junio de 1991, para remitirlo al Congreso, cuyo Boletín Oficial de las Cortes Generales lo recoge, como proyecto de ley, en el de fecha 24 de Julio de 1991. En el momento de escribir estas líneas, el citado texto permanece aún en el Congreso, para su estudio. Se espera que, en breve se torne realidad ese proyecto de Ley.

ESTRUCTURACION DE AMBAS LEYES

Aunque a lo largo del articulado, encontremos semejanza entre ellos, por los temas a tratar, en un esquema general ya, encontramos diferencia; pues, la Ley Portuguesa dividida sólo en Capítulos va especificando en cada artículo de qué trata el mismo. Esto, no ocurre en el Proyecto LORTAD español. Este último, sin embargo, posee una «EXPOSICION DE MOTIVOS» inexistente en la Ley Portuguesa, en la que se explica el contenido y su por qué a juicio del legislador.

El Proyecto español se nuclea en torno a los que convencionalmente se denominan «Ficheros de datos». Animada por la idea de implantar mecanismos cautelares, que prevengan las violaciones de la privacidad que pudieran resultar del tratamiento de la información, la futura ley española se estructura, a tal efecto, en una Parte General y otra Especial.

La PARTE GENERAL comprende los tres primeros títulos:

– «Título Primero» dedicado a las «Disposiciones Generales», comprende los artículo 1, 2 y 3.

– «Título Segundo»: trata de «Principios de la Protección de Datos», artículos 4 al 11.

– «Título Tercero»: «Derechos de la Persona», artículos 12 al 17.

La PARTE ESPECIAL comienza en el «Título Cuarto» de la Ley, abarcando también los Títulos Quinto, Sexto y Séptimo.

El «Título Cuarto», cuyo nombre reza «Disposiciones Sectoriales» se divide en dos capítulos. A saber «Capítulo Primero: Ficheros de titularidad Pública» (arts. 18 al 22) y «Capítulo Segundo: Ficheros de titularida Privada» (arts. 23 al 31).

ANTONIO E. PÉREZ LUÑO Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Consejero científico de Informática e Diritto (Florencia). Miembro del Consejo ejecutivo del Centro de Análisis, Lógica e Informática Jurídica y del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid.

El Título Quinto de «Movimiento Internacional de Datos» comprende los artículos 32 y 33.

El Título Sexto está dedicado a la «Agencia de Protección de Datos», artículos 34 al 41.

El Título Séptimo es «Infracciones y Sanciones» (arts. 42 al 48).

Este Proyecto de Ley se completa con tres Disposiciones ADICIONALES, una DEROGATORIA, cinco Disposiciones FINALES y una Disposición TRANSITORIA.

Hagamos ahora, un esquema general de la Ley Portuguesa para poder, más tarde, equipararlas mejor.

LEI N.º 10/91 «LEI DA PROTECÇAO DE DADOS PESSOAIS FACE E INFORMATICA»:

CAPITULO I, lleva por título DISPOSICIONES GENERALES y comprende los siguientes artículos:

-artículo 1: Principio General
-artículo 2: Definiciones
-artículo 3: Ambito de Aplicación.

Como apuntábamos antes, en esta ley, no sólo llevan un nombre los capítulos sino también cada artículo.

CAPITULO II, «De la Comisión Nacional de Protección de datos Personales Informatizados» (en adelante en la ley se alude a este organismo con las siglas C.N.P.D.P.I.). Este capítulo comprende los artículos siguientes:

-artículo 4: Creación y Atribuciones
-artículo 5: Composición
-artículo 6: Deberes e Incompatibilidades
-artículo 7: Estatuto Remunerativo
-artículo 8: Competencias
-artículo 9: Deber de Colaboración
-artículo 10: Posesión (del cargo de C.N.P.S.P.I.)

CAPITULO III, «Del Proceso de Datos Automatizados de Datos Personales».

-artículo 11: Restricciones al Tratamiento de datos
-artículo 12: Requisitos de Recogida
-artículo 13: Derecho de Información y Acceso
-artículo 14: Actualización de datos
-artículo 15: Utilización de Datos
-artículo 16: Límites de la Apreciación Judicial

CAPITULO IV, «De los Ficheros Automatizados, de Bases y de Bancos de Datos Personales».

-artículo 17: Requisitos de Constitución
-artículo 18: Instrucciones de los Pedidos (para pedir los ficheros)
-artículo 19: Indicaciones Obligatorias
-artículo 20: Funcionamiento de los Ficheros
-artículo 21: Equipamiento de Seguridad

CAPITULO V, «De la Recogida y de la Interconexión de Datos Personales».

-artículo 22: Indicaciones constantes de datos personales
-artículo 23: Destrucción de datos
-artículo 24: Interconexión de datos públicos
-artículo 26. Casos Excepcionales

CAPITULO VI, «De los Derechos y Garantías Individuales».

-artículo 27: Derecho de acceso a las informaciones

-artículo 28: Ejercicio del derecho de acceso
-artículo 29: Exceso u Omisión de Datos
-artículo 30: Informaciones inexactas
-artículo 31: Intervención del Responsable (del soporte informático)
-artículo 32: Secreto Profesional

CAPITULO VII. «Flujo de Datos Transfronterizo».
-artículo 33: Régimen aplicable

CAPITULO VIII, «Infracciones y Sanciones».
-artículo 34: Utilización ilegal de datos
-artículo 35: Obstrucción al acceso
-artículo 36: Interconexión ilegal
-artículo 37: Falsas informaciones
-artículo 38: Acceso indebido
-artículo 39: Vicios o destrucción de datos
-artículo 40: Desobediencia cualificada
-artículo 41: Violación del deber de secreto
-artículo 42: Punición de Tentativa
–artículo 43: Pena accesoria

CAPITULO IX, «Disposiciones Transitorias y Finales».
-artículo 44: Reglamentación
-artículo 45: Legalización de los soportes existentes.

Retomando nuevamente el Proyecto de Ley Español, y haciendo una breve comparación con la Ley Portuguesa, lo primero que vemos es que, los tres primeros artículo de ambas leyes, poseen notables similitudes. Así el CAPITULO I de la ley portuguesa vendría a ser el Título Primero de la española, en ambas se refieren a «Disposiciones Generales».

En el artículo 1 del Proyecto Español encontramos el «objetivo» de dicha ley: «el cumplimiento de una normativa Constitucional (el artículo 18.4 de la C.E.)». Esta ley pretende «limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos».

A su vez, en el artículo 1.º de la Ley portuguesa, vemos su principio general; el cual reza así: «El uso de la informática debe procesarse de forma transparente y en el estricto respeto por la reserva de la vida privada y familiar y por los derechos, libertades y garantías fundamentales del ciudadano».

En realidad, aunque expresada en distinta redacción, la intención de ambos legisladores viene a ser la misma.

El artículo 2.º de la Ley Portuguesa se dedica a las «Definiciones» a efecto de esa ley. Lo mismo hace el artículo 3 del Proyecto español; si bien es más amplio el artículo portugués. A saber, en este último se definen los conceptos siguientes: «Datos Personales», «Datos Públicos», «Sistema Infor-

mático», «Fichero Automatizado», «Base de Datos», «Banco de Datos», «Tratamiento Automatizado», «Responsables de los soportes informáticos» y «Flujo de datos transfronterizo».

El artículo 3 del Proyecto LORTAD español acoge las siguientes definiciones: «Datos de carácter personal», «Fichero Automatizado», «Tratamiento de datos», «Responsable del fichero», y «Afectado» (ésta última no aparece en la ley portuguesa).

Puede apreciarse, que de todas las definiciones, sólo cuatro coinciden en ambas leyes.

El artículo 3.º de la Ley Portuguesa se correspondería con el artículo 2 del Proyecto español; pues ambos tratan el «Ambito de Aplicación» de cada ley.

Si nos fijamos, en la Parte General del Proyecto español, nos percatamos que en ella se recogen los Principios Generales, así como, que se definen derechos y garantías aseguradoras de tales principios.

Se compone, pues, esta Parte General, además de los preceptos delimitadores del ámbito de aplicación de la ley, los Principios Reguladores de la Recogida, Registro y Uso de datos personales, y sobre todo, Garantías de la persona. Estas últimas, son las nutrientes nucleares de dicha Parte General, y se configuran jurídicamente como derechos subjetivos encaminados a hacer operativos los principios genéricos. Estas garantías, traducidas en derechos, nos las encontramos tanto en el Título Segundo cono en el Título Tercero. A su vez, estos dos títulos vendrían a equipararse a 3 CAPITULOS de la Ley Portuguesa; a saber CAPITULO III, CAPITULO V y CAPITULO VI.

Los Principios Reguladores, los encontramos en ambas leyes y básicamente serían: Principio de Veracidad, Principio de Congruencia y Racionalidad, Principio del consentimiento o Autodeterminación.

Como correlato de los Principios, se plasman en ambos textos, Los Derechos de Autodeterminación (derecho a ser informado), de Acceso a los datos, de Rectificación y de Cancelación.

Básicamente, podría decirse que el CAPITULO VI («De los Derechos y Garantías individuales») de la ley portuguesa se corresponde con el TITULO III («Derechos de las Personas») de la ley española; con la salvedad, que el «Secreto Profesional» recogido en el artículo 32 de dicho Capítulo VI (de la ley portuguesa), encuentre su homólogo «Obligación de guardar silencio» (del responsable y de las personas que intervengan en cualquier fase del Tratamiento) en el artículo 10 de la ley española, cuya ubicación es el TITULO II de dicha ley. No obstante, a lo largo de ambas leyes, podemos encontrarnos con los Principios informadores de las mismas y sus correlatos derechos y deberes (como Garantías de las Personas).

Centrándonos ahora en la Parte Especial del Proyecto LORTAD español, nos topamos con el TITULO IV donde comienza dicha parte. En él la ley establece regímenes diferenciados para los ficheros en razón de su titularidad. Así, el Capítulo Primero de dicho Título está dedicado a los «Ficheros de titularidad pública» y el Capítulo Segundo del mismo Título, lo está a los «Ficheros de titularidad privada». Distinción, esta última, que no realiza la ley portuguesa en su parte homóloga; la cual, sería el CAPITULO IV dedicado a «Ficheros automatizados, bases y bancos de datos personales».

La Transmisión Internacional de los datos son otras disposiciones que aparecen recogidas en ambas leyes. A saber, en el TITULO QUINTO de la ley española dedicado al «Movimiento Internacional de Datos», y en el CAPITULO VII de la ley portuguesa, que lleva por nombre «Flujos de Datos Transfronterizos».

Ambas leyes, con el fín de asegurar la máxima eficacia de sus disposiciones, encomienda el control de su aplicación a un órgano independiente y especializado. En la ley portuguesa se trata de la C.N.P.D.P.I. (Comisión Nacional de Protección de Datos Personales Informatizados); a la que dedica su CAPITULO II.

En la ley española, el órgano aludido, se denomina «Agencia de Protección de Datos», recogida en el TITULO VI de dicho Proyecto LORTAD español.

Si bien, la función, de ambos órganos, pretende ser la misma, lo cierto es que no son, en rigor, totalmente idénticos.

La «Agencia de Protección de Datos», a cuyo frente se sitúa un Director (esta figura no aparece en la C.N.P.D.P.I. portuguesa), es un Ente de Derecho Público (según reza el artículo 34), con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas (en el ejercicio de sus funciones).

Según el artículo 4.1 de la ley portuguesa, la C.N.P.D.P.I es también una entidad pública independiente con poderes de autoridad, pero que funciona junto a la Asamblea de la República y dispone de servicios propios de apoyo técnico y administrativo.

Los puestos de trabajo de los órganos y servicios que integren la Agencia de Protección de Datos española, serán desempeñados por funcionarios de las Administraciones Públicas y por personal contratado al efecto. A su vez, dicha Agencia dispondrá de un órgano de apoyo, definido por los caracteres de colegiación y representatividad. Es el Consejo Consultivo, (el cual no existe en la C.N.P.D.P.I. portuguesa).

La composición de la C.N.P.D.P.I. es de siete miembros; el Presidente y 2 vocales son elegidos por la Asamblea de la República, y los restantes vocales son 2 Magistrados y 2 personalidades designados por el Gobierno. Su posesión en el cargo es por un período de 5 años.

Sin embargo, la ley española, con el fin de garantizar la absoluta independencia del Director de la Agencia, en el ejercicio de sus funciones, (lo cual es un expreso imperativo legal) no sólo establece un mandato fijo (período de 4 años, especifica el art. 35), sino que éste sólo puede ser acortado por «numerus clausus» de causas de cese. Estas pueden ser de dos tipos: a) a petición propia, o b) por separación acordada por el Gobierno, (previa instrucción del expediente); las causas de separación son: por incumplimiento grave de sus obligaciones; incapacidad sobrevenida para el ejercicio de sus funciones; incompatibilidad; condena por delito doloso.

En la ley portuguesa no aparecen ninguna de estas causas de cese; por lo que, se entiende que los miembros de la Comisión sólo cesarán cuando acabe su mandato (5 años).

La última parte de ambas leyes, «TITULO SEPTIMO» del proyecto LORTAD español y «CAPITULO VIII» de la ley portuguesa versa sobre lo mismo: «INFRACCIONES Y SANCIONES». Si bien, también aquí, encontramos diferencias.

En la ley española, aunque fuera de ese Título VII, recoge normas de autorregulación compatibles con las recomendaciones de la Agencia (tales como: la creación de Códigos tipo, que tienen la consideración de códigos deontológicos), se le da también capacidad de inspección a la Agencia y capacidad de impugnación al Director de la misma; no obstante, en su Título VII, el Proyecto LORTAD no consagra nuevos tipos delictivos, ni define supuestos de responsabilidad penal para la eventualidad de su incumplimiento.

Lo que sí hace esta ley es atribuir a la Administración la potestad sancionadora, similar a las demás inspecciones administrativas. Esta potestad se configura de distinta forma según se proyecte sobre la utilización indebida de los ficheros públicos, o sobre los privados. En el primer caso (los públicos) procederá la oportuna responsabilidad disciplinaria; para los privados se prevén sanciones pecuniarias.

Por otro lado, la ley se limita a tipificar unos supuestos genéricos de responsabilidad administrativa, recogiendo una gradación de infracciones (que sigue la habitual distinción) entre Leves, Graves y Muy Graves (art. 43) y que toma como criterio básico el de los bienes jurídicos emanados.

No obstante, aparte de las Sanciones pecuniarias y responsabilidad disciplinaria antes aludida, la ley articula la posibilidad de «inmovilizar los ficheros» (art. 48) en los supuestos: constitutivos de infracción muy grave; de cesión ilícita de datos; o de cualquier otro atentado contra los derechos de los afectados que revistan gravedad.

También se recogen en esta ley (art. 46) las Prescripciones tanto de las infracciones como de las sanciones. El procedimiento a seguir para determinar tales infracciones y la imposición de sanciones, se hará por vía Reglamen-

taria (art. 47.1). Contra las resoluciones de la Agencia (art. 47.2), procederá recurso contencioso-administrativo.

Por el contrario en la Ley Portuguesa, cada artículo de ese Capítulo VIII, especifica un delito; y el Procedimiento a seguir, no será administrativo sino criminal; el Procedimiento criminal a seguir dependerá de la «queixa» (causa).

En la ley portuguesa no aparecen las Prescripciones de los delitos y penas articulados en la misma.

Una gran novedad, con respecto a la ley española es la imposición de la pena de Prisión (el proyecto español, como dijimos, no pasa de establecer multas pecuniarias). Así, en los artículos 34 («utilización ilegal de datos»), 35 («obstrucción al acceso»), 36 (interconexión ilegal»), y 38 («acceso indebido»), la pena registrada es prisión hasta 1 año o multa de hasta 120 días. Esta pena, a su vez, puede ser agravada en determinados casos. Así mismo, también se pena al agente que actúa con negligencia (art. 35), prisión de hasta 3 meses o multa de hasta 90 días.

En los artículos 37 («Falsas informaciones»), 39 («Vicios o destrucción de datos») y 40 («Violación del deber de secreto»), la pena de Prisión es hasta 2 años o multa hasta 240 días. Aunque esta pena también puede ser agravada, dependiendo de particularidades, la misma es menor en el caso de que sea el Agente el que actúa con negligencia. A saber, Prisión de 1 año o multa de hasta 120 días en caso de «Violación del deber de secreto» (art. 41); y prisión de hasta 6 meses o multa hasta 100 días en el caso del art. 37 (Falsas informaciones»).

A estas penas principales, el Tribunal puede ordenar la Pena Accesoria (art. 43) de publicidad de la sentencia condenatoria, íntegra o por extracto, a expensas del condenado, en una o más publicaciones periódicas.

No existen penas accesorias en la ley española, pues como dijimos, dicha ley sólo se limita a imponer multas pecuniarias, no consagrando tipos delictivos. Por esta última razón, tampoco en el proyecto español, se registra el grado de tentativa, pues esta ley sólo se limita a clasificar las infracciones en leves, graves y muy graves. Sin embargo, en la ley portuguesa el grado de TENTATIVA de los delitos registrados en los artículos 34 al 41, es siempre punible, así reza el artículo 42.

Las multas a las que nos hemos referido en el proyecto LORTAD español son: de 100.000 a 10.000.000 de pesetas para infracciones leves; de 10.100.000 a 50.000.000 de pesetas para infracciones graves; y de 50.100.000 a 100.000.000 millones de pesetas para infracciones muy graves. La cuantía de éstas sanciones (según la ley, art. 44), se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad y a la reincidencia.

Queda patente pues, la notable diferencia en ambas leyes al tratar esta sección de «Infracciones y Sanciones».

De las últimas disposiciones, cabe citar la que es Transitoria en ambos textos legales. Esta se justifica por la necesidad de ajustar la utilización de los ficheros existentes a las disposiciones legales.

CONCLUSION

A lo largo de estas breves reflexiones, nos percatamos del interés de ambos países ibéricos por el tema que nos ocupa: «LA PROTECCION DE DATOS». Esta preocupación se ha visto traducida en textos legales de ambos países, que aunque con distinta factura, pueden considerarse homólogos.