

El Tratado de Schengen e Italia: Problemas del flujo transnacional de datos

MARIO G. LOSANO

*Catedrático de Teoría General del Derecho
Universidad Estatal de Milán*

1- La protección de los datos personales en Italia, actualmente

Los investigadores italianos que trabajan en el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales, encuentran dificultades crecientes para consultar bancos de datos extranjeros, que contengan datos directa o indirectamente relativos a personas físicas. Dejo aquí, deliberadamente aparte, el caso en el cual los datos se refieren también a las personas jurídicas, las cuales, a veces, poseen la misma protección que las personas físicas, (en Austria, por ejemplo).

De hecho, Italia no ha promulgado una ley sobre la protección de los datos personales (o "legge sulla privacy", Data Protection Act). Los otros Estados de la Unión Europea, a menudo tienen estas leyes desde hace decenios. En ellas, siempre se contiene una cláusula de reciprocidad: está prohibido exportar datos personales, hacia países que no ofrezcan una protección, al menos parecida, a la de los países de origen. Esta demora legislativa puede obstaculizar también el flujo transfronterizo de datos personales utilizados por los investigadores.

En particular, esta laguna legislativa impide actualmente, la ejecución de un importante acuerdo comunitario, que es un primer paso hacia la realización efectiva de una Europa común de los ciudadanos y no solo de los mercados; el acuerdo de Schengen.

2- El Tratado de Schengen y el flujo transnacional de datos

El acuerdo de Schengen es uno de los pilares para la construcción de la Unión Europea, porque crea un primer núcleo de Estados - Benelux, Francia y Alemania_ que se han comprometido el 14 de Junio de 1985, "a suprimir gradualmente, los controles en las fronteras comunes". El 19 de Junio de 1990, Italia suscribió el acuerdo de adhesión "con una cláusula de ratificación". Sin embargo, la ley de ratificación y ejecución del acuerdo de Schengen, solamente se produce con la ley del 30 de Septiembre de 1993, nº 388, en la "Gacetta Ufficiale" (Diario oficial), que publica esta ley. En ella, también se encuentra el texto del acuerdo de Schengen, así como una serie de documentos adicionales¹.

Este voluminoso acuerdo interesa también a los administradores y a los usuarios de los bancos de datos personales, porque se ocupa específicamente de la protección de los datos personales en el artículo 102-118. En efecto, la ausencia de controles en todas las fronteras hace necesaria la creación de una central de policía que administre los datos útiles y los datos de las policías de los Estados adherentes. Este banco de datos, - denominado SIS, "Sistema Schengen de Información"- está situado en Estrasburgo, y es administrado por el Estado francés, pero tiene una estructura comunitaria.

El investigador que quisiera acceder a los datos memorizados en este banco debe poseer una autorización especial de seguridad. El investigador italiano se encontraría sin embargo, en una situación de particular dificultad, porque Italia no reúne las condiciones previstas en el acuerdo de Schengen, en el artículo 117: de hecho, no se ha promulgado una ley sobre la protección de los datos personales, sin embargo, ha suscrito el Convenio del Consejo de Europa con esta intención. Derivan una serie de problemas que ya describí hace años, pero que todavía hoy, no han cambiado sustancialmente². Italia y Grecia son los únicos Estados de la Unión Europea privados de una ley sobre la protección de los datos personales.

El texto del artículo 117 viene traducido a continuación del Italiano al inglés, ya que no existe un texto oficial en esta última lengua:

1- "En lo relativo al tratamiento automatizado de los datos personales transmitidos, en aplicación del presente Tratado, cada parte contrayente toma-

- 1 "Gazzetta Ufficile della Repubblica Italiana" ("Diario Oficial de la República italiana"), 2 de octubre de 1993, 1ª parte, nº 93, págs. 603-715.
- 2 "Frontiere senza controle o controlli senza frontiere?" ("¿Fronteras sin controles o controles sin fronteras?"), Micromega, 1990, nº1, págs. 149-159: "Il trattato si Schengen e le frontiere europee", ("El Tratado de Schengen y las fronteras europeas"), "Data manager", XVI, abril de 1991, nº 114, pág. 27 y siguientes.

rá- a más tardar, en el momento de entrada en vigor de este convenio-, las disposiciones nacionales necesarias, para alcanzar un nivel de protección de los datos de tipo personal, y en el acatamiento automatizado de los datos de tipo personal, al menos igual a la que se deriva de los principios del Convenio del Consejo de Europa del 28 de enero de 1981, sobre la protección de las personas, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de tipo personal, y en el acatamiento a la Recomendación R 15(87) del 17 de septiembre de 1987 del Consejo de ministros del Consejo de Europa, que tiende a regular la utilización de datos personales en el sector de la policía.

2- La transmisión de los datos personales prevista en este Tratado solamente podrá producirse cuando las disposiciones sobre la protección de los datos personales, previstas en el párrafo 1, hayan entrado en vigor en el territorio de las partes contrayentes interesadas en la transmisión”.

Un Estado sin una ley sobre la “intimidad” no puede por tanto entrar en el grupo de los Estados del acuerdo de Schengen, aunque haya suscrito el acuerdo.

3- Problemas prácticos en el flujo transfronterizo de datos

Los problemas de los eruditos sociales o del jurista, son examinados desde dos puntos de vista: en general, la utilización de uno de tantos bancos de datos personales repartidos por el mundo; otro específico, el acceso a los datos del Sistema Schengen de información.

Hasta ahora los obstáculos en la investigación, debidos a las leyes sobre la protección de los datos, han sido esporádicos. Han tropezado con ellos, sobre todo los historiadores contemporáneos, los sociólogos y los criminalistas que utilizan datos personales recientes. En algunos casos, algunos administradores escrupulosos o demasiados escrupulosos) de archivos informáticos y de papel han opuesto la tutela de la intimidad a las demandas de los interesados.

En los países que tienen una ley sobre la protección de los datos, este obstáculo se supera con una solicitud dirigida al responsable de los datos competentes. Este órgano tiene la última palabra sobre la posibilidad de acceder a estos datos. Si, como en Italia, no existe esa ley, y por eso no hay un órgano oficial, encargado de la tutela de los datos, el investigador tiene que confiar en la buena voluntad del director del banco de datos, o bien en caso de denegación, en su propia capacidad oratoria. Un recurso a la magistratura ordinaria es poco probable, desde el punto de vista del derecho, y de cualquier modo, desaconsejable, desde el punto de vista práctico, dada la crisis de la administración judicial y la lentitud consiguiente de los procesos.

Finalmente, está el problema del eventual acceso a los datos que gestionan las policías de los Estados participantes en el Sistema Schengen de Información. El acceso a ellos puede parecer extraño por parte de un investigador: sin embargo, no hay que olvidar que las investigaciones sobre la criminalidad, sobre la corrupción y sobre cada uno de los delitos, son objeto de estudio cada vez más frecuente. En particular, actualmente, este estudio no puede ya limitarse al territorio nacional, a causa de la internacionalización del crimen organizado. En cuanto a los problemas por este último, en relación a los bancos de datos personales, remito a mis trabajos precedente y a la literatura allí citada³.

Los criterios aplicados por el SIS son especialmente rigurosos. En particular, cada Estado participante designa a sus representantes que controlan el acatamiento a las aplicaciones comunitarias y nacionales. En conclusión, es improbable que un investigador italiano pueda consultar desde su terminal el banco de datos de Estrasburgo. Según mis informaciones, no puede hacerlo, ni siquiera la policía italiana.

De hecho, atravesada la frontera italiana, estos datos incurrirían en un vacío jurídico. En Francia o en Alemania, existen reglas precisas sobre qué cosas se pueden o no memorizar, sobre la duración de las mismas memorizaciones, sobre la autoridad que puede hacer respetar los derechos del ciudadano, o del administrador de los datos. En Italia, no existe una tutela jurídica "análoga", como exigen las leyes de los Estados. En el caso del acuerdo de Schengen, además, los problemas de la seguridad física y lógica están en primer lugar. Los otros Estados comunitarios tienen en sus leyes sobre la "intimidación", una forma sobre la seguridad, de la cual proceden reglamentos y deberes para las partes. En Italia no. Por eso, los datos no podrán nunca venir de Estrasburgo hacia un Estado firmante del acuerdo, pero que lo incumple.

En conclusión, con el Tratado de Schengen (y con la ausencia de una ley sobre la "intimidación"), la marginación informática de Italia, respecto a una importante fuente de datos, ha dejado de ser un problema académico y se ha convertido en una realidad.

Tanto en el caso general de los bancos de datos personales, como en el específico del Sistema Schengen de Información, frente a la negación a transmi-

■ 3 "Databases, Privacy and Organized Crime" ("Bases de datos, intimidación y crimen organizado"), en Hans-Werner Meuer (ed), "Facing the New World on Information Technology" ("Frente al nuevo mundo de la tecnología de la Información"), Saur, München- London- New Providence- Paris, 1994, págs. 13-29: "Datenbanken, Datenschutz und der Kampf gegen das organisierte Verbrechen", en Maria-Theres Tinnfels- Lothar Philipps-Kurt Weis, "Die dunckle Seite des Chips. Herrschaft und Beherrschbarkeit neuer Technologien." Oldenbourg, München-Wien 1993, págs. 117-135.

tir datos fuera de las fronteras, la única técnica aplicable es la del retroceso tecnológico. Es decir, se debe pasar de la telemática, al “tren más informática”, teniendo que ir a consultar el banco de datos al Estado en el cual esté situado. En ese caso, los datos estarán protegidos por las leyes sobre la intimidad vigentes en ese Estado y el investigador hará bien en informarse de qué derechos y deberes derivan para él de esa ley. Así, el problema del flujo transfronterizo de datos más que resuelto, se ha eliminado.

