

INFORMATICA Y LIBERTAD. COMENTARIO AL ARTICULO 18.4 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Por ANTONIO-ENRIQUE PEREZ LUÑO

SUMARIO

1. La recepción de la juscibernética y de la informática jurídica en España.—2. Antecedentes normativos sobre la reglamentación de la informática en el Derecho español.—3. El derecho a la intimidad en la sociedad informatizada.—4. El «iter» del texto constitucional: elaboración y debates parlamentarios.—5. El artículo 18.4 y su futura proyección en nuestro sistema jurídico: bases para su posible desarrollo legislativo

1. LA RECEPCION DE LA JUSCIBERNETICA Y DE LA INFORMATICA JURIDICA EN ESPAÑA

Se cumplen ahora más de dos lustros desde que la comunidad jurídica española comenzó a plantear en la teoría y en la práctica la proyección de los ordenadores electrónicos al derecho, y este período en cualquier actividad de la vida humana constituye un plazo lo suficientemente amplio como para permitir un balance.

Enseña la historiografía que en el curso del devenir muy pocos acontecimientos pueden reputarse casuales y que, las más de las veces, se acude a la casualidad porque se desconocen o no se investigan adecuadamente las motivaciones reales que explican los hechos. De ser así, habrá que convenir que debieron darse algunas circunstancias especiales para que de forma casi sincrónica a finales de la década de los años sesenta un grupo de investigadores españoles de muy diversa formación y actividad profesional coincidieran, sin mediar acuerdo previo, en dedicar sus esfuerzos a sensibilizar a la

opinión jurídica nacional sobre la conveniencia de incorporarse a las experiencias norteamericanas y europeas más avanzadas en el ámbito de la aplicación de la tecnología electrónica al derecho.

Creo que es de justicia recordar, entre otras, las experiencias pioneras realizadas en el Tribunal Supremo, en el Ministerio de Justicia, en el de Asuntos Exteriores, en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona; así como la labor promocional desempeñada en el sector por algunas fundaciones como CITEMA o FUNDESCO. Y junto a estas iniciativas institucionales habría que aludir a una serie de nombres propios cuya contribución fue decisiva lo mismo para el desarrollo de la informática jurídica propiamente dicha, como impulsores máximos de aquellas primeras experiencias de aplicación de la informática al derecho, que para plantear un derecho de la cibernética o de la informática dirigido al estudio de las implicaciones y posibles cauces de disciplina normativa de estos sectores de la tecnología (1).

Las causas de esa coincidencia de inquietudes estimo que son de diversa naturaleza. Pueden, sin embargo, reseñarse entre los acontecimientos que propiciaron dicho interés la importancia que, ya por aquel entonces, había adquirido en España el empleo de los ordenadores en la industria, en el seguro, el ahorro y la banca, así como en algunas esferas del sector público. De otro lado, la progresiva difusión entre nuestros juristas de experiencias y estudios teóricos extranjeros en el ámbito de la informática jurídica conocidos a través de algunos Congresos de Derecho comparado, de reuniones de la Asociación de Jóvenes Abogados, del Centro «La Paz Mundial mediante el Derecho», o de coloquios sobre lógica jurídica, fue un acicate notable para impulsar el interés hacia las repercusiones y aplicaciones jurídicas de la cibernética y de la informática. Fue tan grande el entusiasmo inicial de quienes entonces se propusieron abordar los problemas de la teoría y de la práctica jurídica bajo el prisma del desarrollo informático que en 1971 López-Muñiz auspiciaba la posibilidad de que, tres años más tarde, España se convirtiera en el primer país europeo dotado de un sistema de documentación jurídica capaz de almacenar la legislación, puesta al día, la jurisprudencia y la más esencial bibliografía. Si bien, advertía al propio tiempo que de no actuar con presteza y en el marco de una generosa actitud cooperadora entre todos los sectores jurídicos interesados en la materia, se corría el peligro de que quedáramos definitivamente descolgados del progreso jusinfor-

(1) Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO: «La juscibernética en España», en R. J. C., 1972, número 2, págs. 303 y sigs.; *Cibernética, informática y derecho. Un análisis metodológico*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976, págs. 133 y sigs.

mático previsible en las naciones más adelantadas (2). Con la perspectiva que permiten los años transcurridos me temo que esta última premonición se ha cumplido y que, por desgracia, los avances en la aplicación de la informática al derecho no han sido, en nuestro país, tan fructíferos como en los primeros momentos cabía esperar.

He querido aludir al iniciar mi exposición a estos acontecimientos no por el puro afán de la delectación memoriosa del pasado, sino porque estimo que era necesario situar, aunque fuera a nivel referencial, las condiciones ambientales y el contexto temporal en el que surgió entre nosotros el debate sobre la juscibernética y la informática jurídica.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS SOBRE LA REGLAMENTACION DE LA INFORMATICA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Con simultaneidad a la aparición de las iniciativas doctrinales e institucionales aludidas se sucedieron una serie de disposiciones normativas que, de forma fragmentaria, se dirigen a disciplinar distintos aspectos relacionados con la informática. Así, una Orden ministerial del Ministerio de Justicia del 18 de febrero de 1970 por la que se convocaban unas «Jornadas de estudio sobre perfeccionamiento y modernización de los medios y métodos de la justicia» aludía, entre los medios materiales a considerar para el más eficaz desarrollo de la función judicial, al empleo del télex y a las aplicaciones de los ordenadores electrónicos como medio auxiliar de la justicia. Poco después otra Orden ministerial del mismo Departamento promulgada el 9 de abril de 1970 desarrolló las normas provisionales para la utilización del télex judicial. En ese mismo año, el 12 de septiembre, se promulgó un Decreto de la Presidencia del Gobierno por el que expresamente se creó una Comisión interministerial de Informática y un Servicio Central de Informática, cuya misión debía consistir en supervisar y apoyar el esfuerzo de programación informática de los distintos ministerios en cada uno de los cuales se debía formar una Comisión de Informática. No es éste el momento ni el lugar para una consideración crítica sobre la oportunidad y vigencia alcanzada por esta norma, pero sí me parece importante recordar que en ella se contiene, en su artículo 1.º, una definición legal de la informática, que viene entendida como «el conjunto de técnicas y métodos necesarios para la utilización de los equipos de proceso de datos», esto es, de «aquellas máquinas

(2) M. LÓPEZ-MUÑIZ: «El derecho y la electrónica», en R. D. J., 1971, núm. 46, págs. 95 y sigs.

y dispositivos capaces de elaborar información en forma digital siempre que la entrada de los datos o la salida de los resultados tenga lugar sobre un soporte creado o aceptado por otras máquinas». Considerándose como equipos de proceso de datos «las máquinas y dispositivos capaces de aceptar o crear soportes de información o de transmitir ésta a otras unidades» (3).

Poco antes de la promulgación del texto constitucional un Decreto de la Presidencia del Gobierno de 29 de septiembre de 1978 creaba una Comisión interministerial para la elaboración del Plan Informático Nacional. En dicha norma se asignaba a la Comisión el análisis de la situación de los diversos sectores de la informática, entre los que sin ánimo exhaustivo se citan los de producción, adquisición, utilización y mantenimiento de máquinas y programas informáticos, su comercio de importación y exportación, así como la investigación y enseñanza de la informática. Se aludía también expresamente al estudio de las principales aplicaciones concretas de esta tecnología y al de los problemas que plantea la transmisión de datos dentro y fuera de nuestras fronteras, el estado de nuestros programas de cooperación internacional y el desarrollo de la información, sobre todo el fenómeno informático. Al propio tiempo se consideraba tarea de la Comisión el «definir una política informática que coordine toda la acción del sector público para la mejor utilización de los recursos disponibles o de que puedan disponerse y señale al sector privado los criterios de la Administración en cuanto al previsible ulterior desenvolvimiento del sector» (art. 2.º).

3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA SOCIEDAD INFORMATIZADA

Las disposiciones reseñadas por su modesto rango normativo, así como por la dimensión preferentemente instrumental y organizativa de su contenido, dejaban en la penumbra el tema nodal que para la opinión pública y el debate político de nuestro tiempo suscita la utilización masiva de la informática; esto es, el establecimiento de unas garantías que tutelen a los individuos de la agresión tecnológica de su intimidad. Este problema, que incide directamente en las estructuras jurídicas y políticas, tiene hoy interés prioritario en una sociedad en la que el poder de la información ha adquirido una importancia capital y en la que la facultad de comunicación y de acceso a la información aparece como una forma irrenunciable de libertad. Así, frente al totalitarismo que entraña la manipulación y el monopolio infor-

(3) Cfr., sobre estas disposiciones, A. E. PÉREZ LUÑO: «La juscibernética en España», cit., págs. 304 y sigs.

mativo por el Estado (4), la sociedad democrática reivindica el pluralismo informativo así como el libre acceso y la libre circulación de informaciones (5). Ahora bien, si la acción eficaz de los poderes públicos y la propia moralización de la vida cívica exigen la libertad para la recogida y transmisión de informaciones, no por ello deben quedar inermes los ciudadanos ante el proceso, utilización y difusión de informaciones que pueden afectar directamente a su vida privada. En suma, se trata de impedir que el flujo de datos necesario para el funcionamiento de la sociedad informatizada de nuestro tiempo, se traduzca en una contaminación de los derechos fundamentales que relegue a sus titulares a meros «suministradores de datos» (6).

En una sociedad como la que nos está tocando vivir en la que la información es poder y en la que ese poder se hace decisivo cuando convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas, la reglamentación jurídica de la informática reviste un interés prioritario (7). Se ha indicado que en el plano de las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos la tecnología puede comportar el riesgo de hacer más misteriosa e irresponsable la decisión política, y que puede incluso eliminar cualquier tentativa de crítica y alternativa a las decisiones gubernamentales a todos los que se hallen fuera del círculo mágico que supone el dominio o, peor, el monopolio, de los bancos de información. A la par que, en el plano de las

(4) Véase sobre el particular, entre una amplia bibliografía, la conocida obra de H. ARENDT: *Los orígenes del totalitarismo*, trad. cast. de G. Solana, Taurus, Madrid, 1974, págs. 425 y sigs.

(5) Cfr. A. LOIDICE: «Informatica, banche di dati e diritto dell'informazione», en I. D., 1975, núm. 1, págs. 1 y sigs. También las ponencias de M. A. CATTANEO y A. GIULIANI en *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello stato contemporáneo* (Atti del X Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Política, Bari, 3-5 ottobre 1974), Giuffrè, Milán, 1976, págs. 115 y sigs. y 167 y sigs.

(6) S. SIMITIS: «Chancen und Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung. Zur Problematik des Datenschutzes», en N. J. W., 1971, pág. 676.

(7) A. R. MILLER: *The Assault on Privacy*, University of Michigan Press, Ann Arbor 1971, págs. 42 y sigs.; S. SIMITIS: *Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung*, Müller, Karlsruhe, 1970, págs. 134-135. Conviene, sin embargo, advertir que no existe una relación necesaria entre el empleo masivo de la informática y las amenazas para la libertad. Se ha indicado al respecto que en Francia durante la ocupación «la Gestapo realizó bastante eficazmente su trabajo, sin disponer de ficheros electrónicos interconectados. Y Suecia, que hoy día posee los ficheros más ricos y mejor cruzados, corre pocos riesgos de convertirse en un régimen policial. Es decir, que en este terreno la calidad del tejido social, la pluralidad de fuerzas y el juego de contrapoderes derrotan a las trampas liberticidas que tiende la tecnología». S. NORA y A. MINC: *La informatización de la sociedad*, trad. cast. de P. García de Pruneda y R. Ruza, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1980, pág. 96.

relaciones de los ciudadanos entre sí, se agravan las desigualdades de hecho entre detentadores y desposeídos del aparato informático, ya que en nuestra sociedad el ejercicio del poder económico, social y político se funda en la disposición puntual y adecuada de informaciones (8). Por ello, los principales problemas que este nuevo instrumento de poder suscita, esto es, si debe concentrarse en pocas manos o difundirse en toda la sociedad, si cabe que sea delegado a la iniciativa privada o monopolizado por el Estado, si se le puede concebir como un nuevo tejido comunitario para la sociedad civil o como un instrumento de sujeción universal, son alternativas sobre el empleo de esta nueva técnica de conocimiento y poder sobre las que se juega el destino social del hombre de hoy (9).

Nadie ignora que el Estado social y democrático de nuestro tiempo precisa para su normal funcionamiento de un cúmulo de informaciones de las que en otras épocas podía prescindir. La planificación económica, la política fiscal, la prevención social y la persecución de las actividades delictivas son hoy tareas irrealizables sin ayuda de un amplio aparato informativo. En la actualidad es inimaginable un Estado desarrollado que no posea una por-menorizada documentación de quienes lo integran. Ello ha generado una cierta psicosis o angustia persecutoria en los ciudadanos más sensibles y conscientes de las nuevas técnicas operativas de los bancos de información. El ciudadano de la sociedad tecnológicamente desarrollada presente que existen los medios para que su formación escolar y universitaria, sus operaciones financieras, su trayectoria profesional, sus hábitos de vida, sus esparcimientos, sus preferencias adquisitivas comerciales, su historia clínica, o sus propias creencias religiosas o políticas se hallen exhaustivamente registradas en archivos susceptibles de incorporarse a una red general de teleproceso. Un autor británico se ha preguntado sobre la posibilidad de conectar la computadora que registra en los órganos centrales de la seguridad social la receta o el resguardo enviado por la farmacia para la venta de un anticonceptivo, con las computadoras con las que se procede al tratamiento electrónico de las listas electorales, cuentas bancarias, de crédito, préstamos

(8) Se ha llegado a considerar como uno de los rasgos caracterizadores de nuestra época la «sed de datos» de los organismos públicos y privados, que aumenta progresivamente de forma similar al crecimiento de la burocracia denunciado en la Ley de Parkinson. Cfr. A. R. MILLER: «Personal Privacy in the Computer Age: The Challenge of a New Technology in an Information Oriented Society», en M. L. R., 1969, núm. 67, pág. 1103.

(9) Cfr. S. RODOTÀ: *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, II Mulino, Bolognia, 1973, págs. 34 y sigs., y S. SIMONIS: *Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung*, cit., págs. 137 y sigs.

de bibliotecas, reservas de avión y hoteles, así como con las computadoras de los servicios fiscales, de la policía y de los servicios de seguridad. Lo más inquietante es que se dispone ya de la tecnología suficiente para reunir todas esas informaciones sobre un mismo individuo, que esa tecnología se perfecciona día a día, y que si las medidas jurídicas no lo remedian el proceso puede degenerar en el más implacable fenómeno de manipulación y control social imaginable (10). Piénsese, por ejemplo, que en USA una sociedad de información comercial, la R. L. Polk de Detroit, había almacenado en 1972 datos personales sobre 130 millones de personas que, tras un programa de ordenación, podían ser transmitidos a sus clientes en más de diez mil aspectos diferentes (por edad, profesión, ingresos, automóvil o vivienda poseídos...). Otras sociedades de información comercial como la Credit Data Corporation y especialmente la Retail Credit Company de Atlanta poseen *dossiers* muy complejos sobre más de 50 millones de personas. En su conjunto las informaciones procesadas por las *credit agencies* afectan a más de 100 millones de personas; y la celeridad en la transmisión de estas informaciones se halla asegurada mediante un convenio con la ITT. Junto a estos bancos de datos privados tienen también una importancia decisiva los recogidos por el sector público, que afectan a circunstancias de especial incidencia en la intimidad. Así, varios millones de *dossiers* sobre actitudes individuales y comportamiento político se hallan en manos de la CIA y del Departamento de Defensa. Para comprobar la progresión de los datos almacenados baste tener presente que el National Crime Information Center del FBI disponía en 1967 de 346.124 *dossiers*, que pasaron a ser 3.330.220 en 1971; en idéntico período por lo que se refiere a informaciones transmitidas se pasó de siete a 25 millones (11). Existe además, en esta espiral de acopio de datos personales, un peligro adicional motivado por los acontecimientos de estos últimos años derivados de la crisis de la energía y la necesidad de acudir a la energía atómica. Sectores de opinión sensibilizados con la problemática ecológica no han dudado en advertir que la protección contra riesgos nucleares puede hacer necesarias unas medidas de información que pongan en peligro la subsistencia de la libertad. Así, las precauciones tendentes a evitar un eventual terrorismo nuclear, se traducirían en el control informativo exhaustivo de todos los que trabajan en la industria nuclear, de quienes habitan en las proximidades de dichas empresas y de la sociedad en general. Las acciones preventivas supondrían una violación de la *privacy*,

(10) P. SIEGHART: *Privacy and Computers*, Latimer, Londres, 1976.

(11) Cfr. A. F. WESTIN y M. A. BAKER: *Databanks in a Free Society. Computers, Record-keeping and Privacy*, Quadrangle Books, Nueva York, 1972, págs. 361 y sigs.

a través del registro de informaciones personales, conversaciones telefónicas, comunicaciones postales, etc. Estas medidas podrían no limitarse a los delincuentes, terroristas o disidentes, sino que en situaciones críticas podrían comportar la suspensión generalizada de los derechos fundamentales. De modo que la eventual sustracción por parte de terroristas de materiales nucleares engendraría registros, detenciones, interrogatorios y controles masivos. Y no puede descartarse el peligro de que esas medidas de excepción violadoras de los derechos fundamentales acabaran por convertirse, con el argumento de su carácter preventivo, en moneda corriente para la convivencia (12).

Hace tres siglos Thomas Hobbes explicaba el Estado moderno con una grandiosa metáfora biológica, el Leviatán, el monstruo colectivo dotado de conocimiento y de poder superior a los de cualquier ciudadano particular. Pues bien, el Estado que la sociedad industrial avanzada genera en sus relaciones de poder económico y social, se configura fácilmente en la imaginación del hombre común, con una metáfora tecnológica: es el Estado gobernado por medio de computadoras, o incluso mediante máquinas antropomórficas: los *robots*. De ahí, que sea comprensible el porqué los ordenadores electrónicos han asumido en la sociedad tecnológica el papel simbólico de una nueva condición de la vida colectiva y se presentan como el nuevo Leviatán de la segunda mitad del siglo xx (13).

Determinados acontecimientos de los últimos años han contribuido decisivamente a sensibilizar a la opinión pública en estas cuestiones. Entre 1973 y 1974 el famoso escándalo de Watergate originó en USA una confrontación abierta entre los poderes públicos que determinó la caída del presidente Nixon. En Francia, en 1970, el Instituto Nacional de Estadística elaboró el proyecto SAFARI (Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus), con el que se pretendía implantar un sistema de *over-all computer*, esto es, de atribución a cada ciudadano de un número de identificación común para todas sus relaciones con los diversos departamentos administrativos. El proyecto generó una abierta oposición por parte de determinadas instancias políticas, medios de comunicación y amplios sectores de la opinión pública, lo que determinó su ulterior abandono. En 1973 el Senado francés decidió hacer público un informe sobre el control de las comunicaciones telefónicas, suscitando con ello un con-

(12) Véase, sobre el tema, B. COMMONER: *The Poverty of Power*, Knopf, Nueva York, 1976; L. PUSIEUX: *La Babel nucléaire*, Galilée, París, 1977.

(13) V. FROSINI: «I calcolatori elettronici e il nuovo mondo civile», en R. I. F. D., 1973, págs. 704-705; *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milán, 1981, páginas 193 y sigs.

flicto constitucional entre el legislativo y el ejecutivo. Pocos años más tarde, en 1976, la Presidencia de la República comisionó al inspector general de Finanzas, Simon Nora, para la redacción de un informe que, con la colaboración de Alain Minc, funcionario también de dicha Inspección, se publicó en 1978 bajo el expresivo título de *L'informatisation de la société*, que ha conmovido a la sociedad francesa. No en vano, la tesis central de dicho informe es que la sociedad informatizada es la consecuencia necesaria del desarrollo tecnológico y que su orientación futura depende del equilibrio entre los poderes estatales y el fortalecimiento de la sociedad civil; siendo «la informática, para bien o para mal, uno de los principales ingredientes de esa dosificación» (14). Por lo que respecta a la República Federal de Alemania, el caso de G. Klass y otros juristas motivado por su recurso contra la Ley de 13 de agosto de 1968 limitadora del secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas y telegráficas (Gesetz zur Beschränkung des Brief, Post und Fernmeldegeheimnisses) interpuesto ante el Bundesverfassungsgericht, que aunque desestimó el recurso modificó algunos extremos de dicha ley, planteó ante la opinión pública germana las amenazas que para el ejercicio de las libertades supone el uso abusivo por parte del poder de las técnicas de control social. Este caso ha tenido una repercusión mayor al replantearlo los demandantes ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se pronunció sobre el recurso el 6 de septiembre de 1978 (15), en un fallo de indudable interés para la protección de la intimidad en el área europea.

Estos acontecimientos motivaron la promulgación de una serie de disposiciones legales encaminadas a reglamentar los aspectos más acuciantes de la tensión entre la actividad informativa y de control de los poderes públicos y la defensa de las libertades fundamentales. Pueden citarse al respecto: la Data Surveillance Bill, proyecto británico de 1969; la Data Lag sueca de 1973, que exige la autorización previa para la creación de bancos de datos, reconoce el derecho de los ciudadanos a conocer las informaciones que les conciernen archivadas en bancos de datos y crea una Comisión de Inspección de datos integrada por representantes parlamentarios y por la Administración como instancia de control y tutela de los efectos de la informática sobre las

(14) S. NORA y A. MINC: *La informatización de la sociedad*, cit., pág. 10.

(15) El fallo del Tribunal, aunque desestimó el objeto central del recurso, sentó la importante doctrina de que el poder de controlar en secreto a los ciudadanos, característico del Estado-policía, «no es tolerable según la Convención sino en la medida estrictamente necesaria para la salvaguardia de las instituciones democráticas». Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y otros: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1979, págs. 374 y sigs.

libertades: la Privacy Act norteamericana de 1974 reconoce el derecho de todo individuo a conocer las informaciones que se refieren a su persona, así como la facultad de modificación o cancelación de las que resulten erróneas o versen sobre materias no autorizadas. Debe también hacerse mención a las resoluciones del Consejo de Europa de 1973 y 1974 sobre la protección de la información en los sectores privado y público, que reconocen el derecho al conocimiento y acceso a las informaciones para los interesados, así como la obligación de los bancos de datos públicos o privados de corregir la información inexacta y cancelar la obsoleta, inapropiada, irrelevante u obtenida por procedimientos ilegales. La Constitución portuguesa de 1976 otorgó rango normativo fundamental, en su artículo 35, al reconocimiento del derecho de cada ciudadano a conocer y rectificar las informaciones que le conciernen, al tiempo que prohíbe el proceso de informaciones referentes a creencias políticas, religiosas o a la intimidad y veta la atribución a los ciudadanos de un número de identificación único. La reciente ley sobre informática, registros y libertades promulgada en Francia en 1978 prevé una Comisión nacional de vigilancia de la aplicación de su normativa, con facultades de control, coordinación y consultivas.

Son dignas de especial atención las disposiciones alemanas sobre *Datenschutz* (protección de datos). La primera ley sobre esta materia fue la promulgada por el Hessischer Landtag en 1970, que entre sus innovaciones tuvo el acierto de crear la figura del *Datenschutzbeauftragter*, comisario para la protección de la información, encargado de suministrar al Parlamento de Hesse unos informes periódicos sobre el funcionamiento de los equipos informáticos públicos en las esferas más directamente relacionadas con el ejercicio de los derechos fundamentales. Esta disposición sirvió de pauta a otras similares de diversos *Länder* y en 1978 para la ley federal de *Datenschutz*. Esta ley señala como su objetivo impedir todo daño en los bienes dignos de tutela de los ciudadanos, protegiendo los datos sobre su persona de los abusos del registro, transmisión, modificación y cancelación en la elaboración de informaciones (art. 1). A diferencia de la ley de Hesse, en la federal no tan sólo son objeto de protección los datos almacenados en registros públicos, los cuales en ningún caso podrán ser transmitidos a personas o grupos privados sin una autorización especial, sino que se disciplina con suma atención la elaboración de datos personales realizada por empresas privadas. Como principal instrumento de garantía se tipifica la figura del comisario de datos no sólo a nivel federal, y de los distintos *Länder*, sino en cada departamento de la administración y empresa privada dotados de proceso electrónico de datos e informaciones (art. 28).

La doctrina alemana al llevar a cabo la exégesis de estas disposiciones

ha considerado la *Datenschutz* como un complemento de la *Datenverarbeitung* o proceso de datos y entiende que su razón de ser es el control de la información en interés y bajo la supervisión del ciudadano (16). La protección de datos aparece, por tanto, como una respuesta organizada para el control de los sistemas informáticos. Se entiende, también, como el resultado de la interacción hombre-máquina en los sistemas de información y como la interacción de ambos con el medio ambiental. De ahí que se conciba a la protección de datos no como un mero problema técnico de organización cuantitativa de las informaciones, sino que aparece como un intento de controlar eficazmente los sistemas de elaboración electrónica de datos en su conjunto (17).

Nota común de las diversas disposiciones reseñadas es el de hallarse dirigidas no sólo a reglamentar el *modus operandi* de los sistemas informáticos, su estructura pública o privada y el acceso de los ciudadanos a las informaciones que procesan, sino el tratar también de dar una respuesta adecuada a los problemas de cambio y de control social que suscita la presencia de los ordenadores en el tejido de relaciones económicas, culturales y políticas que configuran la vida cotidiana en las sociedades más evolucionadas de nuestra época.

4. EL «ITER» DEL TEXTO CONSTITUCIONAL: ELABORACION Y DEBATES PARLAMENTARIOS

En este clima de inquietudes sociopolíticas y en el marco de los parámetros normativos internos y externos, a que se ha aludido, se abre entre nosotros el debate constituyente.

El ejemplo del artículo 35 de la Constitución portuguesa, así como las diversas leyes sobre protección de datos y defensa de la intimidad frente a la informática debieron, sin duda, incidir en la actitud de nuestros parlamentarios desde las primeras fases del proceso constituyente. Por ello, en el borrador, y posteriormente en el anteproyecto constitucional, se hacía mención al tema en los siguientes términos: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de

(16) W. STEINMÜLLER, L. ERMER y W. SCHIMMEL: *Datenschutz bei riskanten Systemen*, Springer, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1978, págs. 72-73.

(17) *Ibid.*, págs. 79 y sigs. Cfr. también S. SIMITIS y otros: *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*, Nomos, Baden-Baden, 1978.

los ciudadanos» (18). Este texto, con ligeras modificaciones de estilo, pasó a ser el artículo 17 del informe de la ponencia (19), y a continuación fue debatido en el seno de la Comisión constitucional del Congreso.

Dos fueron las posturas fundamentales sobre las que gravitó la discusión del Congreso. La una, representada por la enmienda núm. 716 del señor Sancho Rof y por la enmienda núm. 779 perteneciente también a la UCD, tendía a la supresión del apartado 4 del entonces artículo 17 por estimar que la garantía del derecho a la intimidad y al honor contenida en el apartado 1 de dicho artículo prevenía globalmente cualquier tipo de atentado contra tales facultades. Al propio tiempo, se consideraba inoportuno «hacer una mención expresa a la informática y no a otra serie de técnicas o medios que también pueden ir contra la intimidad personal y familiar y contra el honor de los ciudadanos» (20).

La otra tesis consideraba necesario mantener la alusión expresa a la informática, si bien extendiendo la tutela frente a su uso indebido al ejercicio de todos los derechos, en lugar de restringirlo al derecho al honor y a la intimidad. Esta tesis fue sustentada por el señor Gastón Sanz en nombre del Grupo Mixto, quien entendió que el texto constitucional debía redactarse en estos términos: «La ley regulará el acopio, uso y difusión de los datos personales contenidos en los archivos o registros, susceptibles de acceso automático, con objeto de garantizar las libertades públicas y el ordenamiento constitucional» (21). Con dicha formulación entendía que se explicaba mejor el alcance de la informática y sus repercusiones en el disfrute de los derechos fundamentales. Sin embargo, la enmienda que prosperó fue la núm. 117, propuesta por el señor Roca Junyent en nombre de la Minoría Catalana. En opinión de este diputado al experiencia de Estados Unidos, donde la utilización de la informática no tan sólo ha interferido el ejercicio del derecho a la intimidad, sino también de otros derechos y libertades, aconsejaba no reducir las garantías constitucionales al derecho al honor y a la intimidad. En tal sentido la orientación de su enmienda se dirigía a ampliar la cobertura del riesgo ante posibles abusos en el empleo de la informática incorporando «entre los límites de la informática el que

(18) Anteproyecto constitucional, en B. O. C., de 5 de enero de 1978.

(19) El texto del Informe de la Ponencia señalaba: «La ley limitará el uso de la informática de manera que quede a salvo el respeto a la intimidad personal y familiar y al honor de los ciudadanos», en B. O. C. de 17 de abril de 1978.

(20) Intervención del señor Sancho Rof, en D. S. C., de 19 de mayo de 1978, núm. 70, pág. 2526.

(21) Intervención del señor Gastón Sanz, *ibid.*, pág. 2527.

se garantice el pleno ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos» (22).

Esta enmienda fue apoyada por el representante del Grupo Socialistas de Cataluña señor Martín Toval. Su argumentación corroboraba al tesis de la Minoría Catalana en el sentido de que la intromisión informática no sólo puede incidir en el disfrute de la intimidad, sino que afecta «a la plenitud del ejercicio de los derechos previstos constitucionalmente» (23). Se refirió, para ejemplificar los peligros actuales de la informática, al proyecto SAFARI del Ministerio del Interior francés destinado al control general de los datos personales de todos los ciudadanos; programa que tras una amplia campaña de opinión y de debate parlamentario no pudo ser aplicado. Concluyó su intervención con una frase que resumía la postura de su grupo sobre el tema, al señalar que votarían «favorablemente todo aquello que signifique incluir limitaciones de la informática en la Constitución» (24).

También el representante del Grupo Comunista, señor Solé Tura, se adhirió a la enmienda del señor Roca Junyent. «El tema de la informática —en palabras del señor Solé Tura— es fundamental, aunque hoy sólo se encuentre en los inicios. Por eso debemos dar una referencia explícita que no sólo atienda a la defensa del honor y de la intimidad personal, que son fundamentales, sino también el pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Se trata de establecer garantías de control de los controladores» (25).

Finalmente, las enmiendas del Grupo Mixto y de la UCD fueron retiradas aprobándose por unanimidad la presentada por Minoría Catalana, que posteriormente pasó a ser el texto definitivo de la Constitución, que quedó redactado en los siguientes términos: «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» (26).

En el debate parlamentario del Senado se presentó el voto particular del señor Zarazaga Burillo que defendió la siguiente redacción alternativa: «Para garantizar el honor y la intimidad personal, familiar y social de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos, la ley limitará la utilización de la informática y otros procedimientos o técnicas que puedan aten-

(22) Intervención del señor Roca Junyent, *ibid.*, pág. 2527.

(23) Intervención del señor Martín Toval, *ibid.*, pág. 2528.

(24) *Ibid.*

(25) Intervención del señor Solé Tura, *ibid.*, pág. 2529.

(26) Dictamen de la Comisión constitucional del Congreso en B. O. C. de 1 de julio de 1978.

tar contra los citados derechos» (27). Con ello se pretendía ampliar la protección a todos los derechos y libertades fundamentales y no limitarla a la informática, sino extenderla a cualquier procedimiento tecnológico que pudiera afectar al ejercicio de la libertad (refiriéndose expresamente a las escuchas telefónicas, fotografías a través de las paredes y propaganda subliminal) (28). Este voto particular fue rechazado, con lo que, a la postre, quedó como definitiva la redacción de la Comisión constitucional del Congreso.

Como balance de estas intervenciones, y sintetizando el alcance de su contenido, se pueden advertir tres posturas diferenciadas:

a) La de quienes se pronunciaron en contra de la referencia expresa a la informática en el texto constitucional por considerarla, de un lado, *redundante*, ya que la protección del honor y la intimidad se consagra con carácter general en el apartado I del artículo, sin que sea preciso especificar los distintos instrumentos o medios de agresión, y de otro, *restrictiva*, al no aludir a otros posibles aspectos de la tecnología susceptibles de lesionar estos derechos. Esta postura fue mantenida por la UCD.

b) La que consideró necesaria la inclusión de la informática en el texto del artículo, pero extendiendo la garantía constitucional a todos los derechos. Tesis que responde a las enmiendas presentadas por el Grupo Mixto y por la Minoría Catalana que, contando con el apoyo de Socialistas de Cataluña y del Grupo Comunista, alcanzó el voto unánime de la Comisión constitucional del Congreso.

c) Por último, la que apoyando la alusión expresa a la informática consideraba necesario no sólo el extender su garantía frente a su uso indebido a todos los derechos, sino al propio tiempo ampliar también la cobertura a todos los procedimientos o medios técnicos que pudieran afectar al ejercicio de la libertad. Tesis defendida por el senador Zarazaga Burillo.

Son varias las observaciones críticas que pueden avanzarse al tratamiento parlamentario de la informática. En primer lugar, si como parece desprenderse de la argumentación de nuestros constituyentes se deseaba extender la garantía frente a los abusos informáticos no sólo al honor y a la intimidad, sino a todos los derechos fundamentales, hubiera sido preferible dedicar por entero un artículo de la Constitución, siguiendo el modelo portugués, al tratamiento global de la informática y sus repercusiones. Por tal motivo, el incluir su regulación como un apéndice del artículo 18, dedicado

(27) Intervención del señor Zarazaga Burillo, en D. S. S. de 27 de septiembre de 1978, núm. 60, pág. 2981.

(28) *Ibid.*, pág. 2982.

al reconocimiento al derecho a la intimidad, puede dar pie a opciones hermenéuticas que dificulten la extensión de su tutela a los demás derechos y libertades fundamentales. Pero, quizá, el defecto más acusado del texto constitucional reside en la asunción parcial que implica de las diversas repercusiones de la informática. En efecto, como acertadamente se ha puesto en evidencia, la libertad informática, al igual que la libertad política, presenta dos aspectos: uno, es de significación *negativa* y se traduce en el derecho a no hacer de dominio público ciertas informaciones de carácter personal, privado o reservado; el otro, es *positivo* e implica el ejercicio de un derecho al control de los datos concernientes a la propia persona que han rebasado la esfera de la *privacy* para devenir elementos del *input* de un programa electrónico (29). La libertad informática en su aceptación positiva entraña, por tanto, el reconocimiento del derecho a conocer, corregir, cancelar o añadir datos en una ficha personal contenida en un registro informático. Si bien, debe tenerse presente que en la práctica ambos aspectos negativo y positivo de la libertad informática son complementarios, ya que el ejercicio pleno de este derecho consiste en la facultad de intervenir sobre los bancos de datos no sólo para limitar su uso prohibiendo la difusión de sus informaciones, sino también para desarrollar una actividad de inspección, verificación o cancelación, en la que se ha visto una correspondencia con lo que supone el derecho a la rectificación en las informaciones publicadas en los medios de comunicación.

De otro lado, la amenaza de que un uso indiscriminado y abusivo de la informática puede representar en orden a la involución autoritaria del Estado, no debe hacer olvidar que en el Estado social y democrático de Derecho de nuestro tiempo la informática puede ser también un vehículo imprescindible para asegurar la vigencia de uno de sus principales valores: la certeza del derecho. Este valor fundamental se halla hoy en crisis ante la avalancha de materiales normativos, cuya ordenación y ulterior utilización puede ser notablemente facilitada a través de un adecuada sistema informático. De este modo, se evitaría que la política económica y socialmente más avanzada del Estado social y democrático de Derecho quede reducida a letra muerta, a causa de la crisis de información jurídica (30).

En un trabajo poco sospechoso de apología de la informática, en el Informe Nora-Minc, se indica que «la información y la participación progresan juntas», y que «sólo un poder que disponga de las informaciones

(29) V. FROSINI: «La protezione della riservatezza nella società informatica», en I. D., 1981, núm. 1, pág. 8.

(30) S. SIMITIS: *Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung*, cit., páginas 54-56.

apropiadas podrá favorecer el desarrollo y garantizar la independencia del país: él es el mediador de los apremios vitales» (31).

En suma, sobre nuestros parlamentarios gravitó la inquietud de prevenir posibles abusos en la utilización de la informática, que menoscabaran el ejercicio de las libertades. La propia fórmula «la ley limitará el uso de la informática—» con que se inicia el apartado 4 del artículo 18, no es, en modo alguno, casual, sino que evidencia la postura defensiva adoptada en el debate constitucional. Con ello se puso el énfasis en la dimensión negativa de la libertad informática, en detrimento de su significación positiva (derecho al acceso y control de la informática por el individuo y los grupos), y se desconocieron las enormes posibilidades que este sector de la tecnología encierra, rectamente encauzado, para la construcción y consolidación del Estado social y democrático de Derecho. Ahora bien, la Constitución, al igual que cualquier otra norma jurídica, una vez promulgada se independiza de la voluntad de sus autores y adquiere una sustantividad propia. De ahí, que la hermenéutica constitucional no deba quedarse en la razón instrumental o en la voluntad subjetiva del constituyente, sino que debe indagar todas las posibilidades que de una interpretación racional y sistemática puedan desprenderse del texto.

5. EL ARTICULO 18.4 Y SU FUTURA PROYECCION EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO: BASES PARA SU POSIBLE DESARROLLO LEGISLATIVO

Al margen de las observaciones críticas expuestas, un análisis sistemático de la Constitución revela que si bien sólo alude expresamente a la informática en el citado artículo 18.4, se refiere también indirectamente a ella cuando en el artículo 105.b) prescribe que la ley regulará: «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de la persona». Pues resulta obvio que los bancos de datos no son sino una variedad, sin duda la más importante, dentro de los registros de datos administrativos. Con ello se traza una fractura entre la dimensión individual de la defensa de la intimidad frente a la informática en el plano de las libertades públicas, y el reconocimiento en el plano colectivo del derecho a la información recogida en los bancos de datos públicos como un derecho fundamental de carácter social. De nuevo aparecen aquí los defectos que comporta la falta de una reglamentación unitaria y sistemática de

(31) S. NORA y A. MINC: *La informatización de la sociedad*, cit., págs. 189-190.

la informática, dándose el caso paradójico de reconocer un derecho al acceso a los bancos de datos públicos que carece de correspondencia en lo que se refiere al sector privado.

En todo caso, la disciplina constitucional de la informática ha encontrado eco en disposiciones sucesivas. De entre ellas, quizá, la de mayor trascendencia sea la contenida en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, cuya exposición de motivos indica expresamente entre los aspectos innovadores de la reforma el haber dado rango penal a la garantía que el artículo 18.4 de la Constitución previene frente a los excesos en el uso de la informática. De acuerdo con tal propósito el artículo 199 del proyecto prescribe: «El que, faltando a las prescripciones legales sobre el uso de la informática, grabare datos relativos al honor o a la intimidad personal o familiar de terceros, o en perjuicio de los mismos manipulare la información legítima o ilegítimamente procesada, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses, siempre que el hecho no constituya delito más grave.

Se impondrán las penas superiores en grado si se divulgare la información obtenida» (32).

No deja de causar sorpresa el hecho de que ni el proyecto de Ley Orgánica de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (33), ni en la proposición de Ley Orgánica de Libertades Públicas y Amparo Judicial (34) se haga mención expresa a la informática. Si bien, es posible que este olvido responda al propósito deliberado de consagrar una ley orgánica a la reglamentación global y sistemática de los distintos aspectos de la informática que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales y al ordenamiento constitucional.

Se abre así a la actividad de la doctrina la insoslayable tarea de colaborar con las instancias legislativas orientando los posibles parámetros nor-

(32) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, en B. O. C. de 17 de enero de 1980.

(33) Proyecto de Ley Orgánica de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en B. O. C. (Congreso de Diputados) de 19 de diciembre de 1979, núm. 104-I. Si bien, el artículo 7.1 de este Proyecto indica que tendrán la consideración de intromisiones o injerencias ilegítimas en el ámbito de la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen: «El conocimiento mediante la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o en cualquier otra forma, de hechos de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.»

(34) Proposición de Ley Orgánica de Libertades Públicas y Amparo Judicial, en B. O. C. (Senado) de 23 de diciembre de 1980, núm. 18(a).

mativos de lo que cabría auspiciar como futuro proyecto de Ley Orgánica sobre Informática y Derechos Fundamentales (35). Para dicha labor convendría tomar en consideración algunos trabajos e iniciativas previos realizados en nuestro país. Así, por ejemplo, coincidiendo con el «Año de la intimidad» CITEMA publicó en 1974 unas *Normas básicas de deontología informática* formuladas por José Carlos Roca Rovira, Manuel Heredero, Luis Navarro y Ramón Villanueva (36). Dos años más tarde, y como fruto de un Seminario organizado en cursos anteriores, la Escuela Nacional de Administración Pública y el Servicio Central de Informática de la Presidencia del Gobierno elaboraron una Memoria y borrador de anteproyecto de Ley Reguladora de la Informática. También debe reseñarse el reciente proyecto de bases para una futura Ley de Protección de la Intimidad frente a las técnicas informáticas, contenido en el trabajo de Raúl Jiménez Escobar sobre *Informática y derecho a la intimidad* (37).

Junto a estos y otros estudios sería imprescindible tener presente el Convenio para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 22 de septiembre de 1980 y abierto a la adhesión de los Estados miembros a partir del 18 de enero del año en curso. Habida cuenta de la importancia que nuestra Constitución confiere a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España para la interpretación de los derechos fundamentales (art. 10.2) e incluso en orden a su incorporación al derecho interno una vez publicados oficialmente en nuestro país (art. 96.1), resulta de interés prioritario tomar en consideración la normativa de dicho Convenio (38).

El texto del Consejo de Europa presenta entre sus rasgos de mayor interés las exigencias de: veracidad y correcta utilización de los datos (art. 5); prohibición del tratamiento automático de informaciones referentes al origen racial, opiniones políticas, creencias religiosas u otras, salud, vida sexual

(35) Debe recordarse que el desarrollo por ley orgánica del artículo 18.4 de la Constitución no aparecía en el programa legislativo aprobado por el Gobierno el 8 de junio de 1979. Cfr. R. TAMAMES: *Introducción a la Constitución española*, Alianza, Madrid, 1980, págs. 260-261.

(36) J. CARLOS ROCA ROVIRA, M. HEREDERO, L. NAVARRO y R. VILLANUEVA: *Normas básicas de deontología informática*, CITEMA, Madrid, 1974.

(37) R. JIMÉNEZ ESCOBAR: «Informática y derecho a la intimidad», en *Novatica*, 1980, núm. 33, págs. 5 y sigs.

(38) Sobre la importancia de los tratados internacionales para la interpretación del sistema constitucional español de derechos fundamentales, cfr. B. DE CASTRO CID: «Derechos humanos y Constitución (Reflexiones sobre el título I de la Constitución española de 1978)», en R. E. P., 1980, núm. 18, págs. 142-143.

y condenas penitenciarias (art. 6), y seguridad de los registros de datos (art. 7). Se reconoce también el derecho al conocimiento por parte de los interesados de la existencia de datos que les conciernen, de la posibilidad de cancelarlos o corregirlos, así como de la facultad de recurrir ante cualquier transgresión de los derechos anteriores (art. 8). El Convenio admite la posibilidad de establecer excepciones a estas normas de protección cuando sea necesario en una sociedad democrática para la seguridad del Estado o la protección de los derechos de los demás (art. 9.1).

Esta norma, así como otras disposiciones del Derecho comparado de la informática, a las que ya se ha hecho anteriormente alusión, constituyen una fuente de orientación obligada para nuestro futuro texto legislativo. Dicho texto, entiendo, a modo puramente indicativo, que debería elaborarse de acuerdo con una técnica legislativa de cláusulas o principios generales. Este procedimiento es particularmente aconsejable para regular materias que, como la informática, se hallan estrechamente vinculadas a los constantes cambios e innovaciones tecnológicos. De este modo, la reglamentación legal a partir de unos *standards* flexibles evita la necesidad de introducir variaciones constantes en las normas y permite a los órganos encargados de su aplicación adaptar los principios a las situaciones que sucesivamente se presenten (39). Tales principios o cláusulas generales informadores del proyecto podrían ser, entre otros, los siguientes:

1) *Definición de los principios básicos* a que debe acomodarse la utilización de la informática en los sectores público y privado, en relación con el estatuto de los derechos fundamentales y en el marco del ordenamiento constitucional del Estado social y democrático de Derecho.

2) *Ambito de aplicación* de la norma, lo que exige la tipificación y clasificación de los bancos de datos a efectos de la ley, sus requisitos de funcionamiento y la necesidad de su registro en determinadas oficinas administrativas. Esta última exigencia es particularmente apremiante si se tiene en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico, que reglamenta minuciosamente el registro de un ciclomotor o de un automóvil utilitario, no extiende este requisito a los sistemas informáticos, pese a que la repercusión económico-social de éstos es infinitamente superior.

3) *Disciplina de los sistemas* de la recogida y tratamiento de datos, lo que incide en su *calidad* (naturaleza de los datos que puedan ser objeto de

(39) Se muestran partidarios de una legislación por principios o cláusulas generales en relación con el estatuto jurídico de la informática: A. CHOURAQUI: *L'informatique au service du droit*, Presses Universitaires de France, Vendôme, 1974, pág. 270 y sigs., y S. RODOTÀ: *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, cit., págs. 91 y sigs. y 145 y sigs.

elaboración, electrónica; prohibición de procesar determinado tipo de informaciones de carácter racial, religioso, ideológico, sanitario..., sin previa autorización y en los casos previstos en la propia ley; veracidad de las informaciones almacenadas y adecuación a la finalidad perseguida por el banco de datos del que forman parte); en la *seguridad* de las informaciones procesadas (lo que comporta medidas cautelares tendentes a evitar la destrucción accidental o la cancelación no autorizada, la pérdida y la modificación indebida de informaciones), y en la *transmisibilidad* de los datos almacenados dentro y fuera de nuestras fronteras (para evitar que una práctica abusiva del *free flow* pudiera degenerar en un flujo incontrolado de informaciones).

4) *Reconocimiento de la libertad informática* que comporta garantizar a las personas individuales y en su caso colectivas (partidos, sindicatos, asociaciones...), el derecho fundamental a: a) la *información*, esto es, la posibilidad de conocer los bancos de datos existentes, así como su titularidad y finalidad; b) el *control* que se desglosa, a su vez, en la facultad de *acceso* por parte de los afectados a las informaciones que les conciernen, en lo que se ha visto la consagración de un *habeas data* por su finalidad equiparable al clásico *habeas corpus* (40), la facultad de *corrección y cancelación* de los datos inexactos o procesados indebidamente, el denominado derecho al *olvido*, esto es, el principio a tenor del cual ciertas informaciones (por ejemplo, antecedentes penales) deben ser eliminadas de los *dossiers* transcurrido un determinado período de tiempo desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren, para evitar que el individuo quede prisionero de su pasado (41), y c) la *tutela* de las facultades anteriores mediante el establecimiento de los oportunos recursos.

5) *Instrumentos de garantía* de la libertad informática que implican, en nuestro sistema, a parte de las vías específicas de tutela que puedan arbitrarse la posibilidad de ejercitar el recurso de amparo en los casos en que la infracción informática atente contra alguno de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, de conformidad con lo que dispone su artículo 53.2. Una importante tarea de tutela de las libertades frente a eventuales abusos de la informática corresponderá al Defensor del Pueblo. Ahora bien, dado que tal institución sólo podrá extender su función de control a los sistemas informáticos de carácter público, a tenor del artículo 54 de la Constitución, parece aconsejable crear

(40) Cfr. V. FROSINI: «La protezione della riservatezza nella società industriale», cit., págs. 9-10.

(41) A. CHOURAQUI, *op. cit.*, pág. 271.

la figura del Comisario para la protección de informaciones con competencia sobre los bancos de datos privados o, por razones de economía burocrática, encomendar tal misión al Ministerio Público.

6) Por último, *last but not least*, la futura ley orgánica debería tipificar los supuestos en los que en nuestro Estado de Derecho por razones de seguridad, para la defensa de la democracia y el orden constitucional o para evitar un abuso en los derechos de los demás se podría *suspender* o *limitar* el ejercicio de la libertad informática.

En suma, recogiendo el hilo conductor de estas reflexiones entiendo que el futuro proyecto no debería plantearse como una mera limitación del uso de la informática, sino que debiera contemplar todo el amplio y complejo haz de problemas que este importante sector de la tecnología plantea a cualquier sociedad avanzada. No puede olvidarse que hoy el propio derecho a la intimidad ha dejado de ser aquel *right to be alone*, el *ius solitudinis* a que aludieran Warren y Brandeis (42), para convertirse en lo que Alan F. Westin en su *Privacy and Freedom* ha definido como «la reivindicación de parte de los individuos, los grupos y las instituciones, de decidir por sí mismos cuándo, cómo y en qué medida... pueden ser transmitidas a terceros informaciones que les atañen directamente» (43). Esto es, al principio de la intimidad, tal como era entendido en una sociedad individualista, se oponen los principios de la información, de la participación y del control en el Estado social y democrático cuyos ciudadanos, como contrapartida, no pueden sustraerse al pago del coste social de su existencia.

En todo caso, si no se quiere incidir en planteamientos simplistas o ingenuas lamentaciones sobre el poder de la técnica, es preciso reconocer que a lo largo del proceso evolutivo de la humanidad el desarrollo científico y técnico no ha sido sino la respuesta histórica a los sucesivos problemas propios de cada época y contexto. Por tanto, la tecnología actual no es más que el esfuerzo de la ciencia y de la técnica por responder, no siempre adecuadamente eso es cierto, a las cuestiones surgidas por las nuevas formas de convivencia y por la ampliación incesante de las aspiraciones y necesidades sociales. Quizá exista un olvido, cuando se impugna con razón la abusiva omnipresencia de los sistemas informativos y de control social, que hoy se hallan lo mismo en manos del Estado que, en los países del área occidental, en las de las grandes empresas, que ha sido el propio progreso

(42) S. WARREN y L. BRANDEIS en su trabajo pionero («The Right to Privacy», en H. L. R., 1890, núm. 4, pág. 193) consideraban el derecho a la *privacy* como una ampliación del derecho a la vida, que entrañaba la posibilidad de gozar de la vida en soledad.

(43) A. F. WESTIN: *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967, pág. 7.

técnico quien los ha hecho imprescindibles. Nadie puede negar que una gestión eficaz del aparato administrativo estatal hace necesario el empleo de la tecnología. La complejidad de la vida moderna, las inmensas posibilidades que en las grandes sociedades de nuestro tiempo se ofrecen para dejar en el anonimato o en la impunidad conductas antisociales o delictivas exigen la puesta en funcionamiento de medios de información y de control. La Hacienda Pública precisa conocer nuestros ingresos y bienes si desea poner en funcionamiento un sistema fiscal avanzado; es más, la actividad de control tenderá a ser más completa en la medida en que el sistema sea más progresista, ya que son los detentadores del capital quienes en principio cuentan con mayores medios de ocultación y defraudatorios. La administración sanitaria reclama el derecho de estar informada de nuestras enfermedades infecciosas e incluso de nuestro historial clínico, para una planificación y prevención general de las medidas sanitarias. Cuando solicitamos algún servicio de las compañías de electricidad, de la banca, de las entidades de seguros o de cualquier establecimiento de ventas a crédito, debemos facilitar informaciones personales que acrediten nuestra solvencia, ya que sin esa información y control la actividad económica quedaría colapsada. De modo análogo, los servicios de seguridad estatales precisan de una completa red informativa que evite la comisión de actividades delictivas o facilite la localización de sus autores. Cuando nos lamentamos de la invasión tecnológica de nuestra intimidad y del tejido de relaciones de nuestra vida cotidiana, no podemos ni debemos soslayar que el propio desarrollo tecnológico ha generado formas delictivas mucho más sofisticadas y complejas que las tradicionales, que exigen medios disuasorios más poderosos para su erradicación. Por acudir a un ejemplo desgraciadamente cotidiano, baste pensar que hoy cualquier gamberro anónimo puede conseguir el desalojo de un colegio, un hospital o un tribunal de justicia con el mero acceso a un teléfono. Pero estas observaciones no pretenden conducir a la falsa disyuntiva de que o se deja inerte al Estado y la sociedad o hay que aceptar la existencia de un colosal aparato informativo y de control que haga que nadie sepa con certeza lo que los demás saben de él, quién puede utilizar esas informaciones y con qué finalidad va a hacerlo. Frente a esa opción equívoca, la alternativa razonable no puede ser otra que la de una disciplina jurídica eficaz y democrática de los medios tecnológicos de información y control. De forma que la informática jurídica, lejos de actuar como medio opresivo, se convierta en vehículo para una convivencia política en la que el progreso no se consiga al precio de la libertad y de la justicia: se trata, en suma, de dar respuesta al viejo problema del *quis custodiet custodes?* Urge, por ello, evitar que la consideración jurídica

de la informática degenerare en pura meditación utópica o en una apología de la claudicación conformista ante el hecho consumado de la tecnología. Frente a cualquier tipo de planteamiento maniqueo o unilateral debe propiciarse el juicio crítico y la reflexión totalizadora e interdisciplinar entre el mundo de las máquinas y el mundo de los hombres, con la plena consciencia, lúcidamente expresada por Habermas, de que al «desafío de la técnica no se debe responder sólo con la técnica» (44).

SIGLAS UTILIZADAS

B. O. C.	<i>Boletín Oficial de las Cortes</i>
D. S. C.	<i>Diario de Sesiones del Congreso.</i>
D. S. S.	<i>Diario de Sesiones del Senado.</i>
H. L. R.	<i>Harvard Law Review</i>
I. D.	<i>Informatica e Diritto</i>
M. L. R.	<i>Michigan Law Review</i>
N. J. W.	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
R. D. J.	<i>Revista de Derecho Judicial.</i>
R. I. F. D.	<i>Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto</i>
R. J. C.	<i>Revista Jurídica de Cataluña.</i>
R. E. P.	<i>Revista de Estudios Políticos</i>

(44) «Herausforderung der Technik ist durch Technik allein nicht zu begegnen», ha escrito J. HABERMAS: *Technik und Wissenschaft als Ideologie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1968, pág. 118. «Es, en principio, hartamente cuestionable la legitimidad del punto de arranque de la técnica. Partir, como hace el experto, de una acotación de la realidad en diversos sectores, que toma como objeto de estudio independientemente, conduce a una especie de divinización de los hechos, que puede suponer un falso entendimiento de esta realidad», ha escrito P. DE VEGA: *Estudios político-constitucionales*, UNAM, México, 1980, págs. 131-132.