

DIRECTRICES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD Y DE LA CIRCULACIÓN TRANSFRONTERIZA DE DATOS PERSONALES

Contenido

Prólogo, Recomendación del Consejo, Directrices, Memorándum Explicativo

PRÓLOGO

El desarrollo del tratamiento automático de datos, que permite la transmisión de enormes cantidades de ellos en segundos a través de las fronteras nacionales y, naturalmente, a través de los continentes, ha hecho que sea necesario considerar la protección de la intimidad en relación a los datos personales. Se ha introducido, o se van a introducir en breve, legislación para la protección de la intimidad en aproximadamente la mitad de los países miembro de la OCDE (Austria, Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Luxemburgo, Noruega, Suecia y los Estados Unidos han aprobado legislación; Bélgica, Islandia, Países Bajos, España y Suiza han elaborado proyectos de ley) para impedir lo que se considera que son vulneraciones de derechos humanos fundamentales, tales como el almacenamiento ilícito de datos personales, exactos o inexactos, o el abuso o la revelación no autorizada de los mismos.

Por otra parte, existe el peligro de que las disparidades en las legislaciones nacionales pudieran obstaculizar la libre circulación transfronteriza de datos personales; circulación que se ha incrementado en gran medida en años recientes y que van a aumentarse aún más con la introducción generalizada de nuevas tecnologías de informática y de comunicaciones. Las restricciones a esta circulación podrían ocasionar graves trastornos en importantes sectores de la economía, tales como la banca y los seguros.

Por este motivo, los países miembro de la OCDE han considerado necesario elaborar Directrices que ayuden a armonizar la legislación nacional relativa a la intimidad y que, a la vez que defiendan tales derechos, impidan interrupciones en la circulación internacional de datos. Representan un consenso sobre principios básicos que pueden incorporarse a la legislación nacional existente o servir de fundamento para la legislación en aquellos países que todavía no dispongan de ella.

Las Directrices, en forma de Recomendación del Consejo de la OCDE, fueron elaboradas por un grupo de expertos gubernamentales, bajo la presidencia de Su Señoría el Magistrado M. D. Kirby, presidente de la Comisión Australiana de Reforma Legislativa. La Recomendación fue adoptada y entró en vigor el 23 de septiembre de 1980.

Las Directrices van acompañadas de un Memorándum Explicativo, con la finalidad de proporcionar información acerca del debate y de los razonamientos que subyacen en su planteamiento.

RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO RELATIVA A LAS DIRECTRICES QUE RIGEN LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD Y DE LA CIRCULACIÓN TRANSFRONTERIZA DE DATOS PERSONALES

(23 de septiembre de 1980)

EL CONSEJO,

Considerando los artículos 1(c), 3(a) y 5(b) del Convenio sobre la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos de 14 de diciembre de 1960;

RECONOCIENDO:

que, si bien pueden variar las legislaciones y políticas nacionales, los países miembro tienen un interés común en proteger la intimidad y las libertades individuales, y en reconciliar los valores fundamentales en oposición, tales como la intimidad y la libre circulación de información;

que el tratamiento automático y la circulación transfronteriza de datos personales crean nuevas formas de relación entre los países y precisan la elaboración de normas y prácticas compatibles;

que la circulación transfronteriza de datos personales contribuye al desarrollo económico y social;

que la legislación nacional relativa a la protección de la intimidad y de la circulación transfronteriza de datos personales puede obstaculizar tal circulación transfronteriza;

Resueltos a fomentar la libre circulación de información entre los países miembro y a evitar la creación de obstáculos injustificados al desarrollo de las relaciones económicas y sociales entre los países miembro;

RECOMIENDA

1. Que los países miembro tengan en cuenta en su legislación nacional los principios relativos a la protección de la intimidad y de las libertades individuales expuestos en las Directrices que se contienen en el Anejo a esta Recomendación, que forma parte integrante de las mismas.
2. Que los países miembro procuren retirar o evitar la creación, en aras de la protección de la intimidad, los obstáculos injustificados a la circulación transfronteriza de datos personales;
3. Que los países miembro cooperen en la implantación de las Directrices expuestas en el Anejo, y

4. Que los países miembro lleguen a un acuerdo, en cuanto sea posible, respecto a los procedimientos concretos de consulta y cooperación para la aplicación de estas Directrices.

Anejo a la Recomendación del Consejo de 23 de septiembre de 1980

DIRECTRICES QUE RIGEN LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD Y DE LA CIRCULACIÓN TRANSFRONTERIZA DE DATOS PERSONALES

I PARTE. GENERALIDADES

Definiciones

1. A los efectos de estas Directrices:
 - a) por “controlador de datos” se entenderá la parte que, conforme a la legislación nacional, sea competente para decidir acerca del contenido y la utilización de los datos personales, con independencia de si tales datos se recogen, almacenan, tratan o se divulgan por dicha parte o por un mandatario en nombre suyo;
 - b) por “datos personales” se entenderá toda información correspondiente a una persona identificada o identificable (el sujeto de los datos), y
 - c) por “circulación transfronteriza de datos personales” se entenderá los movimientos de datos personales a través de fronteras nacionales.

Ámbito de las Directrices

2. Estas Directrices son de aplicación a los datos personales, tanto del sector público como del privado, que, a causa de la manera en que hayan sido tratados, o por su índole o por el contexto en el cual se utilicen, presenten un peligro para la intimidad y las libertades individuales.
3. Estas Directrices no debieran interpretarse en el sentido de que impiden:
 - a) la aplicación, a diferentes categorías de datos personales, de distintas medidas de protección según su índole y el contexto en el cual se recojan, almacenen, traten o divulguen;
 - b) la exclusión, respecto a la aplicación de las Directrices, de datos personales que evidentemente no contienen ningún riesgo para la intimidad ni para las libertades individuales, o
 - c) la aplicación de las Directrices sólo al tratamiento automático de datos personales.
4. Las excepciones a los Principios que se contienen en las Partes II y III de estas Directrices, incluso las correspondientes a la soberanía y seguridad nacionales y al orden público, deberían:
 - a) ser tan escasas como sea posible, y

b) darse a conocer al público.

5. En el caso particular de los países federales, la observancia de estas Directrices puede verse afectada por la división de poderes dentro de la Federación.

6. Estas Directrices deberían considerarse como criterios mínimos susceptibles de suplementarse con medidas adicionales para la protección de la intimidad y las libertades individuales.

II PARTE. PRINCIPIOS BÁSICOS DE APLICACIÓN NACIONAL

Principio de limitación de la recogida

7. Debería haber límites en la recogida de datos personales y tales datos deberían recabarse mediante medios lícitos y justos y, en su caso, con el conocimiento o consentimiento del sujeto de los datos.

Principio de calidad de los datos

8. Los datos personales deberían ser pertinentes a los efectos para los que se vayan a utilizar y, en la medida necesaria a tales efectos, deberían ser exactos y completos, y mantenerse al día.

Principio de especificación de la finalidad

9. Los efectos para los cuales se recojan los datos personales deberían especificarse en el momento de la recogida, a más tardar, y la posterior utilización quedar limitada al cumplimiento de tales efectos o de aquellos otros que no sean incompatibles con los mismos y que se especifiquen en cada ocasión en que se cambie la finalidad.

Principio de limitación de uso

10. Los datos personales no deberían revelarse, hacerse disponibles o utilizarse de otro modo a efectos que no sean los especificados conforme al Apartado 9, salvo:

- a) con el consentimiento del sujeto de los datos, o
- b) por imperativo legal.

Principio de salvaguardas de seguridad

11. Los datos personales deberían protegerse, mediante salvaguardas de seguridad razonables, frente a tales riesgos como pérdida de los mismos o acceso, destrucción, uso, modificación o revelación no autorizados.

Principio de apertura

12. Debería haber una política general de apertura respecto a avances, prácticas y políticas con respecto a los datos personales. Deberían existir medios fácilmente disponibles para establecer la existencia e índole de los datos personales, y de las principales finalidades para su uso, así como la identidad y domicilio del controlador de los datos.

Principio de participación individual

13. La persona debería tener derecho a:
 - a) recabar, del controlador de los datos o de otro modo, confirmación de si el controlador tiene o no tiene datos correspondientes a la misma;
 - b) hacer que se le comuniquen los datos correspondientes a ella dentro de un plazo razonable, por una cuota en su caso, que no sea excesiva, de manera razonable y de una forma que le resulte fácilmente inteligible;
 - c) que se le den los motivos para ello, en virtud de los subapartados a) y b), si su solicitud fuere denegada y ella pueda impugnar tal denegación, y
 - d) impugnar los datos que se refieran a ella y, si la impugnación prospera, hacer que se supriman, rectifiquen, completen o modifiquen los mismos.

Principio de responsabilidad

14. El controlador de datos debería ser responsable del cumplimiento de las medidas que den efecto a los principios expuestos más arriba.

III PARTE. PRINCIPIOS BÁSICOS DE APLICACIÓN INTERNACIONAL: LIBRE CIRCULACIÓN Y RESTRICCIONES LEGÍTIMAS

15. Los países miembro deberían tomar en consideración las consecuencias implícitas para los demás países miembro del tratamiento nacional de los datos personales y de su reexportación.

16. Los países miembro deberían adoptar todas las medidas razonables y oportunas para garantizar la circulación transfronteriza, ininterrumpida y segura, de los datos personales, incluso el tránsito a través de algún país miembro.

17. La circulación transfronteriza de datos personales entre dos países miembro no debería restringirse, salvo en el caso de que el segundo país aún no haya observado sustancialmente estas Directrices o cuando la reexportación de tales datos soslayase su legislación nacional sobre la intimidad. Cualquier país miembro también podrá imponer restricciones respecto a ciertas categorías de datos personales para las cuales su legislación

nacional sobre la intimidad incluya normativas específicas en vista de la índole de tales datos y para las cuales otro país miembro no proporcione protección equivalente.

18. Los países miembro deberían evitar la elaboración de leyes, políticas y prácticas en aras de la protección de la intimidad y de las libertades individuales, que creen obstáculos a la circulación transfronteriza de datos personales que superarían las necesidades de tal protección.

IV PARTE: IMPLANTACIÓN NACIONAL

19. Al implantar nacionalmente los principios expuestos en las Partes II y III, los países miembro deberían establecer procedimientos o instituciones jurídicas, administrativas u otras para la protección de la intimidad y de las libertades individuales respecto a los datos personales. Los países miembro deberían, en particular, procurar:

- a) adoptar legislación nacional adecuada;
- b) fomentar y apoyar la autorregulación, ya sea en forma de códigos de conducta o de otro modo;
- c) prever medios razonables para que las personas ejerciten sus derechos;
- d) prever las sanciones y recursos suficientes en caso de incumplimiento de las medidas con las cuales se implanten los principios expuestos en las Partes II y III, y
- e) asegurar que no haya discriminación injusta contra los sujetos de los datos.

V PARTE. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

20. El país miembro, previa solicitud, deberían dar a conocer a los demás países miembro los detalles de la observancia de los principios expuestos en estas Directrices. Los países miembro deberían también asegurar que los procedimientos para la circulación transfronteriza de datos personales y para la protección de la intimidad y de las libertades individuales, sean sencillos y compatibles con los de los demás países miembro que cumplan estas Directrices.

21. Los países miembro deberían establecer procedimientos para facilitar:

1. el intercambio de información correspondiente a estas Directrices y ayuda mutua en las cuestiones de procedimiento e investigación implicadas.

22. Los países miembro deberían encaminarse hacia la elaboración de principios, nacionales e internacionales, que rijan el Derecho aplicable en el caso de circulación transfronteriza de datos personales.

MEMORÁNDUM EXPLICATIVO

INTRODUCCIÓN

Una particularidad de los países miembro de la OCDE en el último decenio ha sido la elaboración de leyes para la protección de la intimidad, las cuales propenden a asumir diferentes formas en distintos países, y en muchos de ellos están todavía en vías de elaboración. Las disparidades en la legislación pueden crear obstáculos a la libre circulación de información entre los países. Tal circulación se ha incrementado en gran medida en los últimos años y seguramente seguirán creciendo a resultas de la introducción de nueva tecnología informática y de comunicaciones.

La OCDE, que viene desarrollando actividad en este campo desde hace algunos años, ha decidido afrontar los problemas de la legislación nacional divergente y en 1978 pasó instrucciones a un Grupo de Expertos para que elabore Directrices sobre normas básicas que rijan la circulación transfronteriza y la protección de datos personales y la intimidad, a fin de facilitar la armonización de la legislación nacional. El Grupo ya ha finalizado su labor.

Las Directrices son de índole amplia y recogen el debate y la labor legislativa que ha venido produciéndose durante varios años en los países miembro. El Grupo de Expertos, que elaboró las Directrices, ha considerado imprescindible publicar un Memorándum Explicativo anejo. Su finalidad es la de explicar y ampliar las Directrices y los problemas básicos de la protección de la intimidad y de las libertades individuales. Dirige la atención a cuestiones clave que han surgido en el debate de las Directrices y puntualiza los motivos de la elección de soluciones en particular.

En la primera parte del Memorándum se proporciona información general sobre los antecedentes en la esfera de interés que perciben los países miembro. En ella se explica la necesidad de intervención internacional y se resume la labor llevada a cabo, hasta ahora, por la OCDE y ciertos otros organismos internacionales. Concluye con una lista de los principales problemas con que se ha topado el Grupo de Expertos en su labor.

La Parte II tiene dos apartados. El primero de ellos contiene comentarios acerca de ciertas particularidades generales de las Directrices y en el segundo se dan comentarios detallados respecto a subapartados individuales.

Este Memorándum es un documento informativo, elaborado para explicar y describir en general la labor del Grupo de Expertos y está subordinado a las propias Directrices. No puede variar el sentido de las Directrices, pero se proporciona para ayudar en su interpretación y aplicación.

I. ANTECEDENTES GENERALES

Los problemas

1. El decenio de 1970-79 puede describirse como un período de actividades de investigación y legislación intensas concernientes a la protección de la intimidad respecto a la recogida y uso de datos personales. Numerosos informes oficiales indican que los problemas se toman en serio a nivel político y, al propio tiempo, que la tarea de equilibrar intereses contrapuestos es delicada y que es improbable que pueda conseguirse de una vez y para siempre. El interés público ha tendido a centrarse en los riesgos y resultados implícitos asociados al tratamiento informático de datos personales y algunos países han optado por promulgar leyes que traten exclusivamente de ordenadores y de actividades asistidas por los mismos. Otros países han preferido un planteamiento más general de las cuestiones de protección de la intimidad, con independencia de la determinada tecnología de tratamiento de datos implicada.

2. Los remedios en estudio son principalmente salvaguardas para la persona que impidan la invasión de su intimidad en el sentido clásico, esto es, abuso o revelación de sus datos personales íntimos, pero se han hecho evidentes otras necesidades de protección más o menos íntimamente relacionadas. Dos ejemplos al azar son las obligaciones que tienen los que llevan constancia escrita de informar al público en general acerca de las actividades que tienen que ver con el tratamiento de datos y los derechos de los sujetos de los mismos a hacer que se suplementen o modifiquen los datos que les correspondan. Hablando en general, viene habiendo una tendencia a ampliar el concepto tradicional de la intimidad (“el derecho a que le dejen a uno en paz”) y a identificar una síntesis más compleja de intereses que quizá se puedan calificar más correctamente de intimidad y libertades individuales.

3. Por lo que se refiere a los problemas jurídicos del tratamiento automático de datos (TAD), la protección de la intimidad y de las libertades individuales constituye quizás el aspecto de debate que está más extendido. Entre los motivos de tal interés están el uso ubicuo de ordenadores para el tratamiento de datos personales, las posibilidades vastamente extendidas de almacenamiento, contrastación, vinculación, selección y acceso a los datos personales, y la combinación de la informática con la tecnología de telecomunicaciones, que puede poner los datos personales simultáneamente a disposición de miles de usuarios en lugares geográficamente dispersos y que permite reunir datos y la creación de redes complejas de datos nacionales e internacionales. Ciertos problemas requieren una atención urgente en particular, verbigracia, aquellos que corresponden a redes internacionales emergentes de datos, y a la necesidad de equilibrar por una parte los intereses contrapuestos de intimidad y de libertad de información por otra, a fin de permitir una plena explotación de las potencialidades de las modernas tecnologías de tratamiento de datos en la medida en que ello sea conveniente.

Actividades a escala nacional

4. Entre los países miembro de la OCDE más de un tercio han promulgado hasta ahora una o varias leyes que, entre otras cosas, están previstas para proteger a las personas frente

al uso abusivo de los datos que a ellos se refieren y darles el derecho de acceso a los mismos con vistas a comprobar su exactitud e idoneidad. En los estados federales, la legislación de este género puede hallarse tanto a escala nacional como a la estatal o provincial. Tales leyes se denominan de distinta forma en diferentes países. Así, en la Europa continental en la práctica común se habla de “legislación sobre datos” o de “legislación de protección de datos” (*lois sur la protection des données*), mientras que en los países de habla inglesa se la conoce generalmente por “legislación de protección de la intimidad”. La mayoría de las leyes se promulgaron después de 1973, y el período actual puede describirse como uno de actividad legislativa continuada o incluso ampliada. Los países que ya tienen leyes en vigor se dirigen a nuevas esferas de protección o se dedican a revisar o complementar las leyes existentes. Varios otros países están adentrándose en la cuestión y tienen proyectos de ley pendientes o están estudiando los problemas con miras a elaborar legislación. Estos esfuerzos nacionales, y en no menor medida los informes y comunicaciones de investigación extensos elaborados por comisiones públicas u órganos análogos, ayudan a esclarecer los problemas y las ventajas de las diversas soluciones y los resultados implícitos de las mismas. En la fase actual, proporcionan una base sólida para la intervención internacional.

5. Los planteamientos de la protección de la intimidad y de las libertades individuales adoptados por los diversos países tienen muchas particularidades en común. Así, es posible identificar ciertos intereses o valores básicos que de ordinario se considera que son componentes elementales de la esfera de protección. Algunos principios esenciales de este orden son: fijar límites a la recogida de datos personales de acuerdo con los objetivos de quien los recoge y criterios análogos, restricción del uso de datos para ajustarse a finalidades especificadas abiertamente; crear servicios para que las personas se enteren de la existencia y contenido de los datos y hacer que se corrijan, y la identificación de las partes que sean responsables del cumplimiento de las pertinentes normas y decisiones de protección de la intimidad. Hablando en general, con las leyes para proteger la intimidad y las libertades individuales en relación a los datos personales se intenta cubrir las fases sucesivas del ciclo que comienza con la recogida inicial de datos y que finaliza con la supresión u otra medida análoga, y asegurar en la mayor medida posible la concienciación, participación y control individuales.

6. Las diferencias entre los planteamientos nacionales según se desprende actualmente de las leyes, proyectos o proposiciones de ley, se refieren a aspectos tales como el ámbito de la legislación, el acento puesto en diferentes elementos de protección, la implantación detallada de los principios amplios indicados más arriba y los mecanismos para la ejecución forzosa. Así, las opiniones varían respecto a los requisitos para la concesión de licencias y a los mecanismos de control en forma de órganos supervisores especiales (“autoridades de inspección de datos”). Las categorías de datos delicados se definen de distintas maneras, los medios para asegurar la apertura y la participación individual varían, por poner sólo unos casos. Desde luego, las diferencias tradicionales existentes entre ordenamientos jurídicos son una causa de disparidad, tanto respecto a los planteamientos legislativos como al planteamiento detallado del marco regulador para la protección de datos personales.

Aspectos internacionales de la intimidad y de los bancos de datos

7. Por una serie de motivos, los problemas de elaborar salvaguardas para la persona con respecto al manejo de datos personales no pueden resolverse exclusivamente a escala nacional. El tremendo incremento en la circulación transfronteriza de datos y la creación de bancos de datos internacionales (colecciones de datos previstas para su recogida y demás propósitos) ponen de relieve la necesidad de una intervención nacional concertada y al propio tiempo, de apoyar argumentos a favor de la libre circulación de información, que a menudo debe equilibrarse frente a las necesidades de protección de los datos y de restricciones a su tratamiento, colección y divulgación.

8. Un asunto básico de interés a escala internacional es el de que haya consenso respecto a los principios fundamentales sobre los cuales debe cimentarse la protección de la persona. Tal consenso obviaría o disminuiría los motivos para regular la exportación de datos y facilitaría la resolución de problemas de conflicto de leyes. Además, podría constituir un primer paso hacia la elaboración de acuerdos internacionales vinculantes más detallados.

9. Hay otros motivos por los cuales la regulación del tratamiento de datos personales debería considerarse en un contexto internacional: los principios implicados tienen que ver con valores que muchas naciones anhelan mantener y ver que sean de aceptación generalizada; pueden ayudar a ahorrar costes en el tráfico internacional de datos; los países tienen un interés común en evitar la creación de lugares en los que puedan soslayarse fácilmente las disposiciones nacionales sobre el tratamiento de datos; en efecto, a la vista de la movilidad internacional de personas, mercancías y actividades comerciales y científicas, las prácticas de aceptación común con respecto al tratamiento de datos pueden ser ventajosas, aún cuando no haya implicado directamente ningún tráfico transfronterizo de datos.

Actividades internacionales pertinentes

10. Existen varios acuerdos internacionales sobre diversos aspectos de las telecomunicaciones que, al tiempo que facilitan las relaciones y la cooperación entre países, reconocen el derecho soberano de cada país a regular sus propias telecomunicaciones (el Convenio Internacional de Telecomunicaciones de 1973). La protección de los datos y programas informáticos ha sido investigada por, entre otros, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, que ha elaborado un proyecto de disposiciones modelo para la legislación nacional sobre la protección de software. Pueden hallarse acuerdos especializados dirigidos a la cooperación informativa en una serie de esferas, tales como la ejecución forzosa de la ley, servicios sanitarios, estadísticas y servicios judiciales (verbigracia, con respecto a la toma de pruebas).

11. Hay una serie de acuerdos internacionales en los que se trata, de una forma más general, sobre las cuestiones que están debatiéndose actualmente, a saber, la protección de la intimidad y la libre divulgación de la información. Entre ellos se encuentran el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 19 de diciembre de 1966).

12. Sin embargo, en vista de la insuficiencia de los instrumentos nacionales existentes referidos al tratamiento de datos y a los derechos individuales, una serie de organismos

internacionales han llevado a cabo estudios detallados de los problemas implicados a fin de hallar soluciones más satisfactorias.

13. En 1973 y 1974, la Comisión de Ministros del Consejo de Europa adoptó dos acuerdos relativos a la protección de la intimidad de las personas frente a los bancos electrónicos de datos en los sectores privado y público, respectivamente. En ambos acuerdos se recomienda que los gobiernos de los estados miembro del Consejo de Europa adopten medidas para dar efectividad a una serie de principios básicos de protección referidos a la obtención de datos, la calidad de los mismos y los derechos de las personas a ser informadas acerca de los datos y de las actividades de tratamiento de los mismos.

14. Posteriormente, el Consejo de Europa, siguiendo instrucciones de su Comisión de Ministros, comenzó a elaborar un Convenio internacional de protección de la intimidad en relación al tratamiento de datos en el extranjero y al transfronterizo. También inició una labor relativa a normas modelo para bancos de datos médicos y normas de conducta para los profesionales del tratamiento de datos. La Comisión de Ministros adoptó el Convenio con fecha 17 de septiembre de 1980. Con él se pretende establecer principios básicos de protección de datos de ejecución forzosa por los países miembro, para reducir las restricciones a la circulación transfronteriza de datos entre las partes contratantes a base de reciprocidad, para conseguir la cooperación entre las autoridades nacionales de protección de datos y crear una Comisión Consultiva para la aplicación y desarrollo permanente del Convenio.

15. La Comunidad Europea ha llevado a cabo estudios acerca de los problemas de armonización de las legislaciones nacionales dentro de la Comunidad, en relación a la circulación transfronteriza de datos y las posibles desvirtuaciones competitivas, los problemas de la seguridad y confidencialidad de los datos y la índole de la circulación transfronteriza de los mismos. Una subcomisión del Parlamento Europeo celebró a principios de 1978 una audiencia pública sobre el tratamiento de datos y los derechos de la persona. Su labor ha dado por resultado un informe presentado al Parlamento Europeo en la primavera de 1979. El informe, que el Parlamento Europeo adoptó en mayo de 1979, contiene un acuerdo sobre la protección de los derechos de la persona de cara a los avances técnicos en el tratamiento de datos.

Actividades de la OCDE

16. El programa de la OCDE acerca de la circulación transfronteriza de datos se deriva de unos estudios de utilización de la informática en el sector público que se iniciaron en 1969. Un Grupo de Expertos, el *Data Bank Panel*, analizó y estudió diferentes aspectos de la cuestión de la intimidad, verbigracia, en relación a la información digital, la administración pública, la circulación transfronteriza de datos y los resultados implícitos de la política en general. A fin de recabar pruebas de la índole de los problemas, el *Data Bank Panel* organizó un Simposio en Viena en 1977, que proporcionó opiniones y experiencia procedentes de una diversidad de sectores interesados, incluidos gobiernos, industria, usuarios de redes internacionales de comunicación de datos, servicios de tratamiento y organismos intergubernamentales.

17. Se elaboraron una serie de principios rectores dentro de un marco general para una posible intervención internacional. En estos principios se reconocía: a) la necesidad de una circulación de información continua e ininterrumpida entre los países, b) los legítimos intereses de los países en impedir los traslados de datos que sean peligrosos para su seguridad o contrarios a su legislación sobre el orden público y la decencia o que infrinjan los derechos de sus ciudadanos, c) el valor económico de la información y la importancia de proteger el “comercio de datos” mediante normas aceptadas de competencia leal, d) las necesidades de salvaguardas de seguridad para reducir al mínimo las infracciones de datos patrimoniales y el uso indebido de la información personal y e) la relevancia de un compromiso entre los países para fijar los principios esenciales de la protección de la información personal.

18. A principios de 1978 se creó dentro de la OCDE un nuevo Grupo de Expertos *ad hoc* sobre las Trabas a la Circulación Transfronteriza de Datos y Protección de la Intimidad, al que se encargó la elaboración de directrices sobre normas básicas que rijan la circulación transfronteriza y la protección de datos personales y de la intimidad, a fin de facilitar la armonización de las legislaciones nacionales, sin perjuicio de que se establezca en fecha posterior un Convenio internacional. Esta labor iba a ser llevada a cabo en estrecha colaboración con el Consejo de Europa y la Comunidad Europea y finalizarse para el 1º de julio de 1979.

19. El Grupo de Expertos, bajo la presidencia de Su Señoría el Magistrado Kirby, de Australia, y con la asistencia del Dr. Peter Seipel (Consultor), produjo varios proyectos y debatió diversos informes que contenían, verbigracia, análisis comparativos de diferentes enfoques de la legislación en este campo. Se interesó en particular por la serie de cuestiones clave, que se exponen a continuación:

a) La cuestión de los hechos específicos, delicados

Surgió la cuestión de si las Directrices deberían ser de índole general o si deberían estructurarse para atender a diferentes órdenes de datos o actividades (verbigracia, informes comerciales). En efecto, probablemente no es posible identificar una serie de datos que se consideren delicados universalmente.

b) La cuestión del tratamiento automático de datos (TAD)

Es dudoso el argumento de que el TAD sea la causa principal de preocupación e, incluso, su impugnación.

c) La cuestión de las personas jurídicas

Algunas de las legislaciones nacionales, lo que de ninguna manera significa la totalidad de ellas, protegen los datos correspondientes a las personas jurídicas, de forma análoga a los datos correspondientes a las personas físicas.

d) La cuestión de recursos y sanciones

Los planteamientos de los mecanismos de control varían considerablemente: verbigracia, los planes de actuación que implican supervisión y concesión de licencias por autoridades constituidas especialmente podrían compararse a aquellos otros que implican cumplimiento voluntario por los que llevan constancia escrita y dependencia de los recursos judiciales tradicionales ante los tribunales.

e) La cuestión básica de los mecanismos o de la implantación

La elección de principios esenciales y de su adecuado grado de detalle presenta dificultades: verbigracia, es debatible la medida en que las cuestiones de seguridad de los datos (protección de datos frente a injerencia no autorizada, incendio e incidencias análogas) debería considerarse como parte del complejo de la protección de la intimidad. Pueden diferir las opiniones respecto a los plazos para la retención de los datos o los requisitos para la supresión de los mismos, y lo mismo reza para con los requisitos de que los datos sean pertinentes a finalidades concretas. En particular, es difícil trazar una línea divisoria clara entre el grado de principios u objetivos básicos y el grado inferior de las cuestiones de “mecanismos”, que deberían dejarse para la implantación nacional.

f) La cuestión de elección del Derecho aplicable

Los problemas de elección de jurisdicción, elección de Derecho aplicable y reconocimiento de sentencias extranjeras han resultado ser complejos en el contexto de la circulación transfronteriza de datos. Sin embargo, ha surgido la cuestión de si debería intentarse en esta fase proponer soluciones de carácter no vinculante en las Directrices, y en qué medida.

g) La cuestión de excepciones

Análogamente, pueden variar las opiniones respecto a la cuestión de excepciones. ¿Son acaso necesarias?. De serlo, ¿deberían preverse categorías de excepciones en particular o deberían formularse límites generales a las excepciones?.

h) La cuestión de parcialidad

Finalmente, hay un conflicto inherente entre la protección de datos personales y la libre circulación transfronteriza de los mismos. Se podrá poner el acento en la una o en la otra, y los intereses en la protección de la intimidad pudieran ser difíciles de distinguir respecto a otros intereses correspondientes al comercio, la cultura, la soberanía nacional y así sucesivamente.

20. Durante su labor, el Grupo de Expertos mantuvo estrechos contactos con los órganos homólogos del Consejo de Europa. Se puso todo empeño en evitar diferencias innecesarias entre los textos producidos por las dos organizaciones; así, el conjunto de principios básicos de protección es análogo en muchos aspectos. Por otra parte, existe una serie de diferencias. De entrada, las Directrices de la OCDE no son vinculantes jurídicamente, mientras que el Consejo de Europa ha producido un convenio que será vinculante jurídicamente entre los países que lo ratifiquen. Esto, a su vez, significa que la cuestión de las excepciones ha sido tratada por el Consejo de Europa con mayor detalle. En cuanto al

ámbito de aplicación, el Convenio del Consejo de Europa trata primordialmente sobre el tratamiento automático de datos personales, en tanto que las Directrices de la OCDE son de aplicación a los datos personales que impliquen peligros para la intimidad y las libertades individuales, con independencia de los métodos y mecanismos que se empleen al efecto. Por lo que se refiere al grado de detalle, los principios básicos de protección propuestos por las dos organizaciones no son idénticos y la terminología empleada difiere en algunos aspectos. El marco institucional para la cooperación continuada se trata con mayor detalle en el Convenio del Consejo de Europa que en las Directrices de la OCDE.

21. El Grupo de Expertos también mantuvo cooperación con la Comisión de las Comunidades Europeas, según lo requerido por su mandato.

II. LAS DIRECTRICES

A. OBJETO Y ÁMBITO

Generalidades

22. En el Preámbulo de la Recomendación se expresan los asuntos básicos de interés que reclaman intervención. En la Recomendación se afirma el compromiso de los países miembro de proteger la intimidad y las libertades individuales y respetar la circulación transfronteriza de datos personales.

23. Las Directrices expuestas en el Anejo a la Recomendación constan de cinco partes. En la I Parte se contiene una serie de definiciones y se especifica el ámbito de las Directrices, con la indicación de que representan criterios mínimos. En la II Parte se contienen ocho principios básicos (Apartados 7 - 14) correspondientes a la protección de la intimidad y de las libertades individuales a escala nacional. En la III Parte se trata sobre los principios de aplicación internacional, esto es, aquellos principios que se refieren principalmente a las relaciones entre los países miembro.

24. En la IV Parte se trata, en términos generales, sobre los medios de implantación de los principios básicos expuestos en las partes anteriores y se especifica que estos principios deberían aplicarse de forma no discriminatoria. La V Parte tiene que ver con cuestiones de asistencia mutua entre los países miembro, principalmente a través del intercambio de información y la evitación de procedimientos nacionales incompatibles para la protección de datos personales. Concluye con una remisión a las cuestiones de Derecho aplicable que pueden surgir cuando la circulación de datos personales implique a varios países miembro.

Objetivos

25. La esencia de las Directrices consta de los principios expuestos en la II Parte del Anejo. Se recomienda a los países miembro que observen esos principios con vistas a:

- a) conseguir la aceptación entre ellos de ciertos criterios mínimos de protección de la intimidad y de las libertades individuales con respecto a los datos personales;

- b) reducir al mínimo las diferencias entre sus normas y prácticas nacionales pertinentes;
- c) garantizar que en la protección de los datos personales toman en consideración los intereses mutuos y la necesidad de evitar ingerencias indebidas en la circulación de datos personales entre ellos, y
- d) eliminar, en cuanto sea posible, los motivos que podrían inducirles a restringir la circulación transfronteriza de datos personales por causa de los posibles riesgos asociados a esa circulación.

Tal y como se manifiesta en el Preámbulo, hay implicados dos valores básicos imprescindibles: la protección de la intimidad y de las libertades individuales y el fomento de la libre circulación de datos personales. Con las Directrices se intenta equilibrar ambos valores entre sí. En tanto que se aceptan ciertas restricciones a la libre circulación transfronteriza de datos personales, se pretende reducir la necesidad de tales restricciones y, por tanto, reforzar la idea de la libre circulación de información entre los países.

26. Finalmente, las IV y V Partes de las Directrices contienen principios con los que se pretende garantizar:

- a) medidas nacionales eficaces para la protección de la intimidad y de las libertades individuales;
- b) la evitación de prácticas que impliquen una discriminación desleal entre las personas, y
- c) las bases para una continuada cooperación internacional y procedimientos compatibles en toda normativa sobre la circulación transfronteriza de datos personales.

Grado de detalle

27. El grado de detalle de las Directrices varía según dos factores principales, a saber: a) la extensión del consenso alcanzado relativo a las soluciones propuestas y b) el conocimiento y la experiencia disponibles que indiquen las soluciones que hayan de adoptarse en esta fase. Verbigracia, el Principio de Participación Individual (Apartado 13) trata concretamente sobre diversos aspectos de la protección del interés de la persona, mientras que la disposición respecto a problemas de elección de Derecho aplicable y cuestiones conexas (Apartado 22) meramente establece un punto de partida para una elaboración gradual de planteamientos comunes detallados y de acuerdos internacionales. En su conjunto, las Directrices constituyen un marco general para intervenciones concertadas por los países miembro: los objetivos propuestos en las Directrices pueden alcanzarse de distintas maneras, según los instrumentos y las estrategias jurídicos que prefieran los países miembro para su implantación. En conclusión, hay necesidad de un estudio continuado de las Directrices, tanto por los países miembro como por la OCDE.

Siempre y cuando se adquiriera experiencia, pudiera ser conveniente desarrollar y reajustar las Directrices en consecuencia.

Países que no sean miembros

28. La Recomendación va dirigida a los países miembro, lo cual se hace ver en varias disposiciones que están restringidas expresamente a las relaciones entre los países miembro (véanse los Apartados 15, 17 y 20 de las Directrices). Sin embargo, el reconocimiento generalizado de las Directrices es conveniente y nada de lo que se exponga en ellas debería interpretarse en el sentido de que se impide la aplicación de las Disposiciones oportunas a los países que no sean miembros. En vista del incremento en la circulación transfronteriza de datos y de la necesidad de garantizar soluciones concertadas, se hará todo lo posible para poner las Directrices en conocimiento de los países que no sean miembros y de los organismos internacionales competentes.

Perspectiva reguladora más amplia

29. Se ha señalado anteriormente que la protección de la intimidad y de las libertades individuales constituye uno de los muchos aspectos jurídicos parcialmente coincidentes que están implicados en el tratamiento de datos. Las Directrices constituyen un nuevo instrumento, además de otros, que tienen que ver con instrumentos internacionales que rigen tales cuestiones como derechos humanos, telecomunicaciones, comercio internacional, propiedad intelectual y diversos servicios de información. De surgir la necesidad, los principios expuestos en las Directrices podrían desarrollarse aún más dentro del marco de las actividades emprendidas por la OCDE en la esfera de políticas de información, informática y comunicaciones.