

Informática jurídica y derecho de la informática en España

Antonio Enrique Pérez Luño

SUMARIO: 1. *La recepción de la juscibernética y de la informática jurídica en España.* — 2. *Antecedentes normativos de la reglamentación de la informática en el derecho español.* — 3. *El «iter» del texto constitucional: elaboración y debates parlamentarios.* — 4. *El art. 18, 4 y su futura proyección en nuestro sistema jurídico: bases para su posible desarrollo legislativo.*

1. LA RECEPCIÓN DE LA JUSCIBERNÉTICA Y DE LA INFORMÁTICA JURÍDICA 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 periodo 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, habría 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 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 Barcelona; así como la labor promocional desempeñada en el sector por algunas fundaciones como CI-TEMA 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

Antonio Enrique Pérez Luño es catedrático de Filosofía del derecho de la Universidad de Sevilla.

la informática dirigido al estudio de las implicaciones y posibles cauces de disciplina normativa de estos sectores de la tecnología¹.

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 cooperativa entre todos los sectores jurídicos interesados en la materia, se corría el peligro de que quedáramos definitivamente descolgados del progreso jusinformático previsible en las naciones más adelantadas². 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.

1. A.E. PÉREZ LUÑO, *La juscibernética en España*, en «R.J.C.», 1972, n. 2, pp. 303 ss.; *Cibernética, informática y derecho. Un análisis metodológico*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976, pp. 133 ss.

2. M. LÓPEZ-MUÑIZ, *El derecho y la electrónica*, en «R.D.J.», 1971, n. 46, pp. 95 ss. Se ha referido a las causas determinantes de la precaria implantación de la informática jurídica en España M. Sánchez-Mazas, autor del importante libro *Cálculo de las normas*, Ariel, Barcelona 1973 y de otras importantes investigaciones sobre los presupuestos lógicos de la informática jurídica, en sus artículos: *La mecanización del derecho en España*, en «Ya», 13, septiembre, 1978; e *Informática y justicia*, en «El País», 24, abril, 1981. Vid. también la *Presentación* de M. Atienza a su trad. cast. del vol. de M. G. Losano, *Introducción a la informática jurídica*, Universidad de Palma de Mallorca, 1982, pp. 11-14.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA REGLAMENTACIÓN DE LA INFORMÁTICA 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 ministerios en cada uno de los cuales se debía formar una Comisión de Informática. No es este 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 1º, 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 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 coopera-

3. Cfr. sobre estas disposiciones, A.E. PÉREZ LUÑO, *La juscibernética en España*, cit., pp. 304 ss.; *Perspectivas actuales de la jusinformática en España*, en «Revista Latinoamericana de Informática Jurídica», 1977, n. 1, pp. 63 ss.

ción 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. 2º).

3. EL «ITER» DEL TEXTO CONSTITUCIONAL: ELABORACIÓN Y DEBATES PARLAMENTARIOS

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

El ejemplo del art. 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 los ciudadanos»⁴. Este texto, con ligeras modificaciones de estilo, pasó a ser el art. 17 del Informe de la Ponencia⁵, 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 nº 716 del Sr. Sancho Rof y por la enmienda nº 779 perteneciente también a la UCD, tendía a la supresión del apartado 4 del entonces art. 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»⁶.

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 restringirla al derecho al honor y a la intimidad. Esta tesis fue sustentada por el Sr. Gastón Sanz, en nombre del

4. Anteproyecto constitucional, en «B.O.C.», de 5 de enero de 1978.

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

6. Intervención del Sr. Sancho Rof, en «D.S.C.», de 19 de mayo de 1978, n. 70, p. 2526.

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»⁷. 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 n° 117 propuesta por el Sr. Roca Junyent en nombre de la Minoría Catalana. En opinión de este diputado la experiencia de USA, 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 se garantice el pleno ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos»⁸.

Esta enmienda fue apoyada por el representante del Grupo Socialista de Cataluña Sr. Martín Toval. Su argumentación corroboraba la 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»⁹. 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»¹⁰.

También el representante del Grupo Comunista Sr. Solé Tura se adhirió a la enmienda del Sr. Roca Junyent. «El tema de la informática-en palabras del Sr. Solé Tura-es fundamental, aunque hoy sólo se encuentre en los inicios. Por eso debemos dar una referencia explícita que nó sólo atienda a la defensa del honor y de la intimidad personal, que son fundamentales, sino también al pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Se trata de establecer garantías de control de los controladores»¹¹.

Finalmente las enmiendas del Grupo Mixto y de la UCD fueron retiradas aprobándose por unanimidad la presentada por Minoría Catalana que, po-

7. Intervención del Sr. Gastón Sanz, *ibid.*, p. 2527.

8. Intervención del Sr. Roca Junyent, *ibid.*, p. 2527.

9. Intervención del Sr. Martín Toval, *ibid.*, p. 2528.

10. *Ibid.*

11. Intervención del Sr. Solé Tura, *ibid.*, p. 2529.

steriormente, 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»¹².

En el debate parlamentario del Senado se presentó el voto particular del Sr. 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 atentar contra los citados derechos»¹³. 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)¹⁴. 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 1 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 Socialista 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 despren-

12. Dictamen de la Comisión Constitucional del Congreso, en «B.O.C.», del 1 de julio del 1978.

13. Intervención del Sr. Zarazaga Burillo, en «D.S.S.», de 27 de septiembre de 1978, n. 60, p. 2981.

14. *Ibid.*, p. 2982.

derse 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 art. 18, dedicado 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, quizás, 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 indicado, 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 de *input* de un programa electrónico¹⁵. La libertad informática en su acepción 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 adecuado 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 jurídica¹⁶.

En un trabajo poco sospechoso de apología de la informática, en el Informe Nora-Minc, se indica que «la información y la participación progresan jun-

15. V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, en «I.D.», 1981, n. 1, p. 8.

16. S. SIMITIS, *Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung*, Karlsruhe, Müller, 1970, pp. 54-56.

tas» y que «sólo un poder que disponga de las informaciones apropiadas podrá favorecer el desarrollo y garantizar la independencia del país: él es el mediador de los apremios vitales»¹⁷.

En suma, sobre nuestros parlamentarios gravitó la inquietud de prevenir posibles abusos en la utilización de la informática, que monoscabaran el ejercicio de las libertades. La propia fórmula «La Ley limitará el uso de la informática...» con que se inicia el apartado 4 del art. 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 substantividad 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. En este sentido, conviene apuntar algunas posibles orientaciones que pueden derivarse de un correcto desarrollo legislativo del art. 18, 4.

4. EL ART. 18, 4 Y SU FUTURA PROYECCIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO: 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 art. 18, 4, prescribe en su art. 105, b que la Ley regulará: «El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecta a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas». 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 la informática: dándose el caso paradójico de reconocer un derecho

17. 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, pp. 189-190.

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, quizás, 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 art. 18, 4, de la Constitución previene frente a los excesos en el uso de la informática. De acuerdo con tal propósito el art. 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 impondrá las penas superiores en grado si se divulgare la información obtenida»¹⁸.

La Disposición transitoria primera de la recientemente promulgada Ley Orgánica de protección civil del derecho del honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de 5 de mayo de 1982 prescribe que: «en tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo dieciocho, apartado cuatro, de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se regulará por la presente ley». De ello se infiere que es propósito deliberado de nuestros parlamentarios el 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 constitucional¹⁹. Se abre así a la actividad de la doctrina la insoslayable tarea de colaborar con las instancias legislativas en lo que cabría auspiciar como futuro Proyecto de Ley Orgánica sobre informática y derechos fundamentales²⁰. 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

18. Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, en «B.O.C.», de 17 de enero de 1980.

19. Aunque la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen no regula a utilización de la informática, sí recoge determinadas intromisiones ilegítimas en el ámbito de su protección realizadas por medio de instrumentos tecnológicos. Así: «El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas» (art. 7, 1); y «La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento 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» (art. 7, 2).

20. Debe recordarse que el desarrollo por Ley Orgánica del art. 18, 4 de la Constitución no aparecía en el Programa legislativo aprobado por el Gobierno el 8 del junio de 1979. Cfr. R. TAMAMES, *Introducción a la Constitución española*, Madrid, Alianza, 1980, pp. 260-261.

1974 unas *Normas básicas de deontología informática* formuladas por José Carlos Roca Rovira, Manuel Heredero, Luis Navarro y Ramón Villanueva²¹. Dos años más tarde, y como fruto de 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*²².

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 1981. 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 Convenio²³.

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 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

21. J. CARLOS ROCA-ROVIRA, M. HEREDERO, L. NAVARRO y R. VILLANUEVA, *Normas básicas de deontología informática*, Madrid, CITEMA, 1974.

22. R. JIMÉNEZ ESCOBAR, *Informática y derecho a la intimidad*, en «Novatica», 1980, n. 33, pp. 5 ss.

23. 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, n. 18, pp. 142-143.

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 presenten²⁴. Tales principios o cláusula 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.

Es necesario insistir aquí en la conveniencia de que la futura Ley Orgánica se plantee como una respuesta global a los distintos problemas que hoy suscita la creciente utilización de la informática. Conviene recordar al respecto que frente a la tendencia advertible en las primeras disposiciones sobre la informática a limitar la reglamentación de su uso para tutelar la vida privada, prevalece hoy en el derecho comparado de la informática la orientación hacia unas directrices generales reguladoras de los distintos aspectos del desarrollo tecnológico informático que afecten, o puedan afectar, al ejercicio de las libertades. En este sentido, una interpretación teleológica y evolutiva del art. 18, 4 debe extraer la máxima virtualidad expansiva a la declaración expresa contenida en dicha norma a tenor de la cual la regulación legal de la informática se dirigirá a garantizar no sólo el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos, sino también «el pleno ejercicio de sus derechos».

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.

La casi totalidad de legislaciones en materia de protección de datos personales, con excepción de la ley de Hesse, han establecido la necesidad del registro de los bancos de los datos; si bien, la *Privacy Act* de USA lo circunscribe a los servicios administrativos federales. La ley sueca de 1973, que

24. 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*, Vendôme, Presses Universitaires de France, 1974, pp. 270 ss.; S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, Il Mulino, 1973, pp. 91 ss. y 145 ss

ha servido de modelo a la mayor parte de las posteriores en el ámbito europeo, establece el requisito del registro en términos generales lo mismo para servicios informáticos públicos que privados.

Un problema que no ha sido resuelto de forma unívoca por las legislaciones vigentes sobre la informática es el de si el registro de los bancos de datos debe tener carácter puramente declarativo o constituir el último trámite de un proceso previo de autorización. La ley francesa de 1978 sobre Informática, ficheros y libertades exige el procedimiento de autorización previa para los ficheros públicos, mientras que para los de carácter privado prevé un procedimiento declarativo. La ley sueca exige la autorización preliminar para los sistemas informáticos públicos y privados y alude expresamente a la posibilidad de denegar la misma a aquellos centros privados que tengan por objeto el proceso de datos «sensibles» (esto es, relativo a los aspectos más estrictos de la intimidad o aquellos susceptibles de poder ser utilizados para actividades discriminatorias).

Para reforzar la garantía de una utilización correcta de la informática parece mejor optar por el sistema de registro general de todos los bancos de datos sean de naturaleza pública o privada, así como condicionar la inscripción a la autorización previa de su funcionamiento en el caso de que el mismo se acomode a los principios básicos establecidos para el uso de la informática. Parece también deseable que la obligatoriedad del registro tenga carácter retroactivo, ya que en nuestro país, como en otros, la disciplina legal llegará con notable retraso respecto al fenómeno que trata de regular. En otro caso, la garantía que pretende ofrecer la nueva ley quedaría limitada *ab initio*.

Es posible que puedan surgir objeciones sobre la oportunidad de los requisitos aquí expuestos. La eficacia social de los sistemas públicos y la exigencia de rentabilidad económica de los privados, o la tesis de que los fines de un banco de datos son tan amplios y heterogéneos que es imposible determinarlos en el momento de su creación, quizás sean invocadas para defender las ventajas de un sistema menos estricto. Pero precisamente la misma lógica operativa de la informática que tiende al *storage* (almacenamiento) del máximo de datos, para eventuales usos futuros muchas veces no previstos en la fase de *input*, aconsejan la mayor cautela al prevenir las actividades de aquellos centros informáticos que, mediata o inmediatamente, puedan afectar al disfrute de las libertades o al equilibrio de poderes en la sociedad.

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 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 inde-

bida 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).

En la mayor parte de las legislaciones el requisito de *de calidad* de los datos objeto de *input* entraña una garantía de orden objetivo (exclusión de determinadas categorías de datos, especialmente de aquellos «sensibles» que pueden utilizarse con fines discriminatorios) y subjetivo (conocimiento, y en su caso, autorización del interesado para procesar determinado tipo de informaciones). La *seguridad* de los datos afecta a su *storage* tiende a tutelar las informaciones procesadas de cualquier intento de manipulación o destrucción. Así el art. 7 del Convenio del Consejo de Europa de 1981 indica que: «Se tomarán medidas de seguridad apropiadas para la protección de datos de carácter personal registrados en ficheros automatizados contra la destrucción accidental o no autorizada, o la pérdida accidental, así como contra el acceso, la modificación o la difusión no autorizados».

La *transmisibilidad* constituye la cuestión más importante del *output* del sistema informático. Todo centro de datos nace para realizar una determinada tarea de documentación e información. Ahora bien, determinadas informaciones confidenciales pueden haber sido registradas para fines legítimos; al propio tiempo que informaciones anodinas o aparentemente irrelevantes, utilizadas en determinados contextos o para determinados fines, pueden implicar un grave peligro. Se trata, por tanto, de que la transmisión de datos se realice dentro de las finalidades previstas. De otro lado el flujo de datos puede llevarse a cabo no solo en el interior de un país, sino de un país a otro (*transborder data flow*). La ley sueca de 1973 exigía una autorización especial para la transmisión de datos al extranjero. En el Convenio del Consejo de Europa de 1981 se prescribe la libertad del flujo transfronterizo de datos, entre los miembros del Consejo, salvo los casos en los que en un país exista una protección especial para determinadas categorías de datos no prevista en el país receptor, o cuando desde éste se vaya a transmitir la información a países que no hayan suscrito el Convenio. La legislación española deberá acomodarse en este como en otros puntos al sistema establecido por el citado texto del Consejo de Europa, ya que el art. 4 del Convenio señala en su párrafo 1º que: «Cada Parte tomará, en su derecho interno las medidas necesarias para que sean efectivos los principios básicos para la protección de datos enumerados en el presente capítulo».

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*²⁵, la facultad de *corrección* de los datos inexactos o procesados indebidamente, el denominado derecho al *ovido*, esto es, el principio a tenor del cual ciertas informaciones (por ejemplo, antecedentes penales) deben ser eliminadas de los *dossiers* transcurrido un determinado periodo de tiempo desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren, para evitar que el individuo quede prisionero de su pasado²⁶; y c) la *tutela* de las facultades anteriores mediante el establecimiento de los oportunos recursos.

Debe insistirse en que el derecho fundamental a la libertad informática no se limita a la protección de los datos en el momento de su transmisión o utilización, sino que nace y puede ejercitarse desde el mismo momento en que los datos son almacenados. Por ello, se confiere al titular un *control preventivo* de las informaciones que le afectan que precede a su transmisión o comunicación a terceros. Este derecho fue reconocido en la *Fair Credit Reporting Act* de USA de 1970 y posteriormente por la ley sueca de 1973. La ley francesa reconoce con carácter general el derecho de acceso de los ciudadanos a las informaciones que les conciernen; derecho que ha sido reconocido también por los textos normativos reglamentadores de la informática de Noruega (1978), Austria (1978), Dinamarca (1978) y Luxemburgo (1979). Sin embargo, la consagración positiva más amplia de este derecho se recoge en el art. 8 del Convenio del Consejo de Europa de 1981, donde expresamente se reconoce el derecho de cualquier persona al conocimiento, acceso, rectificación de las informaciones que le atañen, así como la posibilidad de recurso cuando no se ha atendido a su petición de comunicación, rectificación o cancelación de dichas informaciones.

5) *Instrumentos de garantía*, que responden a distintas modalidades de protección de la libertad informática. En la mayor parte de las legislaciones se han introducido unos organismos de control que difieren notablemente; entre sí por su naturaleza y atribuciones. Así, en algunos casos se confía a los ciudadanos el plantear directamente ante los *tribunales de justicia* las demandas en los supuestos de abusos informáticos realizados por entidades públicas o privadas. Este es el sistema previsto en la *Privacy Act* de USA de 1974. Otras veces, se trata de un organismo *administrativo*, tal es el caso del *Datainspektionen* sueco o del *Registertylsynet* danés. Pero la mayor parte de las legislaciones prevén un órgano *independiente* elegido por: la Corona como es el caso del *Datatilsynet* de Noruega o la Comisión de cinco miembros de Luxemburgo; por el Parlamento como sucede con el *Datenschutzbbeauftragter* del *Land* de Hesse o de la República Federal de Alemania y del *Privacy Commissioner* de Canadá; o por un procedimiento mixto en el que se atribuye el nombramiento al Gobierno pero a partir de una propuesta elaborada por el Parlamento, los más altos organismos jurisdiccionales

25. Cfr. V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società industriale*, cit., pp. 9-10.

26. A. CHOURAQUI, *op. cit.*, p. 271.

(Tribunal Constitucional) y se le asigna un Consejo asesor con representación de los partidos políticos, sindicatos y de la Administración, como se establece en la ley austriaca de 1978. La ley francesa ha creado una Comisión nacional de informática y libertades, concebida como autoridad administrativa independiente, compuesta por diecisiete miembros elegidos por diversas instancias estatales.

En la República Federal de Alemania la ley federal de *Datenschutz* de 1977 prevé, junto a la figura del Comisario de datos (*Datenschutzbeauftragter*), la de un encargado o responsable de datos en cada uno de los servicios informatizados, públicos o privados, que cuente con más de cinco operadores. Si bien, este mecanismo de garantía ha sido juzgado inoperante, ya que confía la tutela a quien precisamente puede cometer el abuso, e incluso se ha llegado a apelar a la imagen del «zorro a quien se encomendase la custodia de las gallinas»²⁷.

Respecto a las competencias, las más limitadas son las conferidas por la ley de Hesse así como por las de los restantes *Länder* y por la federal en Alemania, normativa similar en este punto a la de Canadá. En estas disposiciones se atribuyen a los órganos de control funciones de vigilancia del cumplimiento de la normativa informática, así como la recepción de denuncias por parte de los perjudicados y la redacción de unos informes periódicos para el Parlamento y la Administración. Sin embargo, no se les confieren competencias para una intervención directa en los casos en que se cometan transgresiones de las normas sobre el uso de la informática, aunque sí pueden tomar medidas provisionales para evitar daños o proteger los datos. Por el contrario, las competencias más amplias son las que confiere la legislación francesa que otorga a la Comisión de control no sólo atribuciones normativas para reglamentar el tratamiento de los datos y los procedimientos para garantizar la seguridad de los archivos, sino también la facultad para tomar decisiones directamente en los casos concretos de incumplimiento o violación de disposiciones sobre el uso de la informática. Si bien, por tratarse de un órgano administrativo sus decisiones pueden ser objeto de recurso ante el Conseil d'Etat. La Comisión posee también amplias atribuciones para realizar encuestas, verificaciones e inspecciones tendentes a comprobar la aplicación de las normas sobre el funcionamiento de los sistemas. Por último, la Comisión tiene a su cargo la elaboración del registro o «archivo de archivos», en el que se inscriben los diversos bancos de datos, así como su naturaleza, funcionamiento y finalidades, y de ponerlo a disposición de los ciudadanos para que estos puedan ejercer el derecho al acceso a las informaciones que les conciernen que, como se ha indicado, es una de las facultades básicas de la libertad informática.

Por lo que respecta a España, como se ha indicado, la reciente Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y fami-

27. Vid. A. VITALIS, *Informatique, Pouvoir et Libertés*, Paris, Economica, 1981, p. 156.

liar y a la propia imagen de 5 de mayo de 1982 extiende, en virtud de su Disposición transitoria primera, su sistema de tutela frente a intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática. Dichos instrumentos de protección aparecen recogidos en el art. 9 de la citada Ley Orgánica, a tenor del cual los afectados podrán utilizar las vías procesales ordinarias o el procedimiento previsto en el art. 53, 2 de la Constitución sobre el recurso de amparo que, en su caso, podrán ejercitar e ante el Tribunal constitucional (apartado uno). Se prescribe también que la tutela judicial comprenderá la adopción de «todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados» (apartado dos). Un aspecto importante del sistema de garantía establecido en el art. 9 de la Ley Orgánica es que en lo referente a la indemnización de perjuicios presume que estos existen en todo caso de intromisiones o injerencias probadas, y comprenden no sólo los perjuicios materiales, sino también los morales, de especial relevancia en este tipo de acciones delictivas. También se prevé la valoración del beneficio que pueda haber obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma (apartado tres). Debe también señalarse que la Disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del 5 de mayo de 1982 establece que, en tanto no sea regulado el amparo judicial, se podrá aplicar al efecto la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos de a persona de 26 de diciembre de 1978. Agotado dicho procedimiento quedará expedito el recurso de amparo constitucional en los supuestos a que se refiere el Capítulo I del Título III de la Ley Orgánica de 3 de octubre de 1979 reguladora del Tribunal Constitucional.

Este sistema de protección, pese a su indudable repercusión inmediata y al avance que supone respecto a la situación anterior de práctica indefensión, tiene como principal limitación el haber sido establecido pensando en la defensa de la intimidad. De ahí, que si puede implicar una tutela de los aspectos de la vida privada más vulnerables a la utilización indebida de la informática, es insuficiente para servir de garantía global a los distintos aspectos del ejercicio de los derechos fundamentales que pueden quedar afectados por abusos informáticos. Se trata, como en la propia Disposición transitoria primera expresamente se reconoce, de una solución provisional que, en modo alguno, puede servir de excusa a un aplazamiento *sine die* del desarrollo orgánico y globalizador del art. 18, 4 de la norma constitucional.

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 art. 54 de la Constitución, parece aconsejable crear la figura del Comisario para la protección de infor-

maciones 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.

Todas las leyes o proyectos del incipiente derecho comparado de la informática contienen algún tipo de excepciones a la aplicación de sus normas. Por motivo de orden público los archivos policiales y de los servicios de seguridad, así como los del ejército se hallan excluidos del campo de protección. Se ha visto en ello una grave quiebra de la garantía de la libertad informática, ya que esos servicios administrativos almacenan datos muy importantes para el ejercicio de los derechos fundamentales. Por ello, convendría insistir en el carácter excepcional de estos supuestos; en que su razón de ser no puede ser otra que la de la conservación del orden democrático; y en que la existencia de tal motivación no puede quedar en manos de la Administración, sino que debe ser reconocida por el Parlamento como depositario de la soberanía popular. El Convenio del Consejo de Europa de 1981 se ha hecho eco de estas exigencias al señalar, en su art. 9, 2 que las excepciones a la libertad informática sólo son posibles cuando constituyan «una medida necesaria en una sociedad democrática: *a*) para la protección de la seguridad del Estado, de la seguridad pública, de los intereses monetarios del Estado o para la represión de infracciones penales; *b*) para la protección de la persona concernida y de los derechos y libertades de otras personas».

Otra excepción de gran actualidad es la referente al supuesto de limitaciones de la libertad informática respecto a los bancos automatizados de datos de carácter personal «que se utilicen para fines estadísticos o de investigación científica, cuando no existan manifiestamente riesgos de atentado a la vida privada de las personas concernidas» (art. 9, 3 del Convenio). Sobre este punto se han avanzado algunas objeciones y reservas críticas, ya que para llevar a cabo determinadas investigaciones científicas resulta imprescindible disponer, especialmente para análisis cuantitativos que requieren contar con abundantes estadísticas, de diversas categorías de datos personales (incluso de aquellos considerados «sensibles») ²⁸. De ahí, que cuando la finalidad científica se halle plenamente probada y justificada no parece que se deba negar la posibilidad de un tratamiento informático de dichos datos por entidades culturales públicas o privadas (siempre que actúen dentro de

28. Cfr. el documento elaborado por un grupo de expertos bajo la dirección de Spiros Simitis y aprobado en la Asamblea de la European Science Foundation del 12 de noviembre de 1980, *Déclaration sur la protection de la vie privée et l'utilisation de données à caractère personnel à des fins de recherche*, Strasbourg, European Science Foundation, 1980.

la esfera de la autorización específica que se les otorgue y sometidas a los órganos de control general de las actividades informáticas a los que anteriormente se ha aludido). Se tratará, en suma, de optar en cada caso por un juicio estimativo de si el sacrificio (nunca ilimitado) de determinados aspectos de la intimidad personal es necesario para obtener un beneficio relevante para los intereses científico-culturales de la colectividad.

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 Brandeis²⁹, 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 mismo cuándo, cómo y en qué medida... pueden ser transmitidas a terceros informaciones que les atañen directamente»³⁰. Esto es, al principio de la intimidad, tal como era entendido en una sociedad individualista, se abren los principios de la información 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 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

29. S. WARREN y L.D. BRANDEIS en su trabajo pionero *The Right to Privacy*, en «H.L.R.», 1890, n. 4, p. 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.

30. A.F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1967, p. 7.

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 al 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 degenera 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 interdisciplinaria entre el mundo de las máquinas y el mundo de los hombres, con la plena consciencia, lúcida expresada por Habermas, de que al «desafío de la técnica no se debe responder sólo con la técnica»³¹.

31. «Herausforderung der Technik ist durch Technik allein nicht zu begegnen», ha escrito JÜRGEN HABERMAS, *Technik und Wissenschaft als Ideologie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1968, p. 118. «Es, en principio, hartamente cuestionable — en opinión de Pedro de Vega — 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 independiente, conduce a una especie de divinización de los hechos, que puede suponer un falso entendimiento de esta realidad». *Estudios político-constitucionales*, México, UNAM, 1980, pp. 131-132.