

La ley italiana 675 de 1996 sobre la privacidad informática

Notas al margen de una ley difícil

1. INTRODUCCIÓN

Tras un largo debate, acelerado por la necesidad de permitirle también a nuestro país entrar en el “espacio” de Schengen, y así satisfacer las obligaciones comunitarias e internacionales que se derivan de la directiva 46/95/CE y de la ratificación precedente de la Convención de Estrasburgo 108/81, el Parlamento aprobó la ley 675 de 1996, denominada de “Tutela de las personas y de otros sujetos en relación con el tratamiento de los datos personales”, también conocida como ley sobre la privacidad informática. Posteriormente el texto de la ley es integrado y corregido en forma significativa mediante los decretos leyes 123, de mayo 9 de 1997, y 255, de julio 28 de 1997, con el fin de atenuar la rigidez del cuerpo prescriptivo originario que, como se recordará, no dejó de suscitar la alarma de los operadores más advertidos. Si bien el gobierno disponía todavía de algún margen de tiempo para modificarla de nuevo —la delegación de facultades vencía en junio de 1998—, al parecer la ley, en su versión modificada, tiene la estructura que resulta necesaria para que se la considere estable por lo que hace a su carácter de fondo y a sus contenidos principales (lo que también permite comen-

tarla). Carácter y contenidos que, por lo demás, no siempre (o mejor, aún no) convencen del todo.

2. LAS FINALIDADES PERSEGUIDAS Y EL INTERÉS PÚBLICO EVIDENCIADO ENTRE NECESIDAD DE PRIVACIDAD E INFORMACIÓN

Como lo indicábamos, fue sobre todo la exigencia de cumplir con las obligaciones comunitarias, que subordinaba la eliminación de las fronteras con Italia a la creación de un sistema de información para la circulación intracomunitaria de datos relativos a las personas (en especial para fines de seguridad y orden público) lo que terminó por acelerar el debate y, por así decir, obligó al Parlamento a ocuparse, *in limine*, del tema, tan complejo como delicado, de la tutela jurídica del derecho a la privacidad.

Es decir, era necesario el impulso de la presión comunitaria (y la atención por lo general orientada hacia los efectos que se derivarían directamente de su acogimiento, que habilitarían a Italia para participar también en la fase constitutiva de algunos órganos informativos comunitarios) para encontrar el consenso y enfrenar en forma incisiva, si bien de manera indirecta, una

cuestión que corría el riesgo de prolongarse indefinidamente. Cuestión, como decíamos, ciertamente delicada y objetivamente compleja.

En efecto, en ese debate la exigencia de acoger una normativa dedicada al tratamiento informático de los datos personales no parecía poder prescindir del examen de la cuestión más comprehensiva de la tutela jurídica del derecho a la privacidad *latu sensu* (es decir, de su ámbito de aplicación general, del régimen disciplinario dedicado a regularlo y de las soluciones de tipo organizativo establecidas para su gestión). De ello nació un texto que, ante todo, va más allá tanto de la Convención europea como de la directiva comunitaria citada, en el sentido que asume como propio ámbito objetivo *también* el tratamiento de los datos personales realizado sin el auxilio de medios electrónicos o en cualquier caso automatizados (artículo 5° ley 675).

Pese a que se la señala comúnmente como ley sobre la privacidad informática, en realidad ella dispone la tutela del derecho a la privacidad con independencia de los métodos y de las formas de recolección de los datos utilizados concretamente (no obstante luego se admita que ya hace tiempo que el interés jurídico que se debe proteger es, en especial, aquel expuesto a la recolección y elaboración de los datos por medios informáticos o automáticos).

Al establecerlo así, el legislador abandona por vía indirecta el criterio técnico-legislativo seguido hasta aquí, ligado al método (evolutivo) de diferenciar los instrumentos de tutela de acuerdo con la evolución de las tecnologías informáticas y de su capacidad específica de concernir a intereses y bienes jurídicos diferentes entre sí. Al primero opone por el contrario, mediante la ley 675, el método de la ley orgánica, es decir de la reglamentación, en la medida

de lo posible, unitaria. No es que se moviera en una *tabula rasa*, puesto que nuestro ordenamiento también había producido a lo largo del tiempo (al lado y tras el impulso de una jurisprudencia constitucional incisiva, dirigida a promover en todo su alcance —no obstante la ausencia de su sanción expresa en la carta constitucional— el derecho a la privacidad) una trama no despreciable (si bien incompleta) de disposiciones dedicadas expresamente a ponerlo en evidencia en los sectores más diversos.

Aquello que no se conocía, o que en cualquier caso nos diferenciaba de la experiencia de los otros ordenamientos semejantes al nuestro, no estaba constituido por el interés tutelado sino por la forma de su disciplina; es decir, faltaba una normativa cuadro, tendiente a delinear, con alcance general y en la medida de lo posible de manera homogénea, las características fundamentales (sobre cuyo desarrollo fundar, eventualmente, el nivel de factibilidad de las soluciones más o menos rígidas dejadas abiertas por la normativa comunitaria en relación con el tratamiento de los datos informáticos). En esta normativa, como es evidente, se debía hacer confluir la disciplina de integración e implementación en relación con los diferentes sectores materiales respecto de los cuales fuera resultando oportuno llegar a un mayor detalle.

Acaso también para recuperar el tiempo perdido frente a las experiencias extranjeras y para acelerar así el proceso de conformación a ese interés en los espacios que habían permanecido ajenos a una reglamentación apropiada, el legislador eligió un método (tendencialmente) opuesto al de auto-limitarse a la (predominante) fijación de una disciplina por principios.

En el momento en que tiene que trazarla para acoger las directivas comunitarias, el legislador, en efecto y como lo hemos señalado, termina no sólo por dilatar su objeto, sino sobre todo –y este es el punto principal– por articularla en términos que constituyen secuelas procedimentales (que aparecen) excesivamente minuciosas si es que no también desenfocadas y que, como veremos, no parecen tener en la debida cuenta las medidas de organización y los costos que ellas implican para que puedan ser desarrolladas por todos los sujetos, públicos y privados, que resultan implicados. Se trata de secuelas procedimentales en cualquier caso de difícil explicación en vista de las numerosas variantes –quisiéramos decir: combinaciones– que emergen del entrecruzarse de los diversos niveles subjetivos (de quién está en el deber de respetarlas) y objetivos (de cuándo es preciso respecto de qué cosa) configurados en formas diversas.

El legislador termina así por realizar una elección que resulta en contraste con (las líneas de reforma de la –si bien posterior– ley Bassanini, pero también con) los criterios de técnica legislativa que a lo largo del tiempo se han revelado más confiables, consistentes en reservar a la ley únicamente la regulación de la disciplina general; y, así mismo, termina por poner en marcha una espiral organizativa neocentralista escasamente eficaz (lo que condiciona la puesta en práctica del amplio diseño de tutela introducido con la institución de un nuevo organismo central, probablemente nunca satisfactorio en su estructura: el Garante, que en la intención comunitaria constituía, es verdad, la solución obligada, pero sólo en el aspecto del tratamiento informático de los datos y en la perspectiva de una interacción intracomunitaria más eficaz y eficiente; de aquí, por una parte, el comienzo

de las inevitables críticas por los escasos recursos puestos a su disposición y, por otra, el temor correspondiente de su ineficacia por parte de los sujetos sometidos a sus amplísimas facultades).

En cualquier caso, sin poner en duda que la ley 675 reglamenta el derecho a la privacidad (no sólo informática) y que su disciplina no se limita a la definición de los principios generales, ciertamente es demasiado temprano para decir si el legislador se ha fijado un objetivo ambicioso y por tanto, pese al rigor del régimen normativo preceptivo y sancionatorio establecido en concreto, si está condenado a presenciar su inaplicación.

Más allá del esfuerzo de afirmar las razones de la sistematicidad que derivan de la uniformidad de la disciplina y de la imputación unitaria de las facultades establecidas, sigue el momento de la aplicación y es precisamente sobre éste que se presentan las mayores perplejidades en relación con la idoneidad del esquema para asegurarla con la responsabilidad pretendida.

Se trata de un esfuerzo, como decíamos, tendiente a afrontar una cuestión compleja y delicada, puesto que al desmonte de la anterior disciplina sectorial sobre el derecho a la privacidad corresponde la necesidad de equilibrar su reconstrucción en términos generales con el principio, no menos importante en una sociedad moderna, de ampliar y tutelar la libertad de circulación de la información (según el artículo 43 de la ley 675, la normativa anterior es abrogada, en general, y permanece en vigor sólo allí donde contempla prohibiciones y límites más restrictivos).

Así, no es difícil comprender que precisamente la plena satisfacción de esta última necesidad reclama en ocasiones límites positivos para poderse desplegar en forma idónea, y así poder salir de los

inciertos terrenos de una desregulación sustancial (véase por ejemplo, en el párrafo 5, *infra*, la cuestión del acceso a los documentos administrativos).

No cabe duda, en otras palabras, que en una sociedad como la nuestra, menos sensible culturalmente que otras al tema de la privacidad, pero no por ello menos objeto de los procesos de alta densificación informativa típicos de las actuales relaciones internas e internacionales, era preciso superar esta desventaja, precisamente para permitirle entrar a formar parte, plenamente, de los circuitos que los caracterizan. Y la circunstancia de que los límites al principio de la libertad de circulación de la información dictados por la ley configuren excepciones a su tutela confirma la indiscutible voluntad de continuar garantizándolo (dicho esto, queda por lo demás intacta la mencionada convicción crítica sobre la forma, demasiado reguladora y centralista, a través de la cual se propone obtener, en concreto, este resultado).

Esta ley pretende, entonces, satisfacer al menos dos necesidades de fondo, que se encuentran en una relación recíproca: una activa, tendiente a proporcionar una tutela satisfactoria del derecho a la privacidad, y otra pasiva (por lo general), orientada a mantener indirectamente a salvo el principio de la libertad de circulación de la información, ya homogéneo con los estándares comunitarios. Y en este sentido, quiere ser a un mismo tiempo conquista de la ciudadanía civil y estímulo para la modernización del país.

3. MÉTODO E INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN Y TUTELA: ALGUNAS PERPLEJIDADES

A la luz de estas consideraciones acaso pueda “aceptarse” mejor la evidencia de

que nos encontramos ante un texto reglamentario nada simple: en efecto, a la cuestión del equilibrio entre las dos necesidades de principio mencionadas (si bien jurídicas) corresponde una respuesta normativa especialmente compleja y, a nuestro modo de ver, en realidad acaso demasiado desequilibrada hacia el lado de la tutela del derecho a la privacidad. De otra parte el legislador mismo, por lo general guiado por el esquema de la directiva 46/95/CE, revelaba que consideraba esta respuesta incompleta y ojalá en un futuro enmendable.

En efecto, al lado de la presente ley 675, aprobó en la misma sesión una ley (676 de 1997) que faculta al gobierno para disponer en sede legislativa la integración y también, «en el respeto de los principios y del diseño sistemático», las «disposiciones correctivas» que resultaren oportunas a la luz de los resultados de la primera aplicación. Facultades que el gobierno, como hemos dicho, ha utilizado hasta ahora para emanar los dos importantes decretos leyes mencionados.

Decretos importantes en cuanto (al introducir, entre otros, «la notificación en forma simplificada», artículo 5bis; la limitación considerable del radio de los sujetos exonerados de realizarla, artículo 5ter; y la información “oral”, artículo 10, inciso 1) revelan la sensibilidad del gobierno ante la necesidad de desplazar hacia atrás el umbral original de aplicación de la ley, pero al mismo tiempo presentan la consecuencia de “diluir”, por así decirlo, su espíritu; en efecto, como consecuencia de su planteamiento de ley que dicta reglas y no principios, la introducción de estas vías derogatorias (subjetivas y objetivas) termina por resquebrajar el alcance general y, así, por reintroducir en una amplia zona la situación de desreglamentación que, por el contrario, se quería superar.

Al lado de la utilización de la fuente normativa “sub-primaria”, que como hemos dicho el gobierno podía ejercitar hasta junio de 1998, se prevé también (artículo 15) que la mayor parte de las hipótesis contempladas por la ley 675 encuentre una detallada disciplina en actos reglamentarios del gobierno (tanto en la forma del decreto presidencial reglamentario como del decreto del presidente del Consejo de Ministros), así como en códigos deontológicos y de buena conducta (artículos 25 y 31), y en especial en los actos de competencia del Garante (artículos 30 a 33).

Si las líneas de fondo resultaban lo suficientemente esclarecidas y compartidas (la ley fue aprobada por una amplia mayoría parlamentaria), era claro desde un comienzo que con su recaída en los numerosos riachuelos, tanto públicos como privados, con los que había que equilibrarlas, estos pretenderían –y en efecto pretenderán– respuestas igualmente diferenciadas (y es deseable que más satisfactorias que las ofrecidas en concreto por las “cartas de los servicios”, en gran parte reconducibles a la misma *ratio* que inspira el proceso de aplicación de la ley en examen).

Si se tiene en cuenta que al dato normativo se sumarán con el tiempo los resultados de la actividad interpretativa en sede de tutela administrativa (por parte del Garante mismo) y jurisdiccional (por los tribunales civiles), será posible –y lo era desde un comienzo– comprender que nos encontramos evidentemente ante la construcción de un régimen jurídico complejo, no sólo por ser innovador sino también porque, pese a su nivel de detalle, permanece inevitable y expresamente abierto a su profunda integración a partir de otras fuentes.

Así, en relación con este complejo proceso constructivo, que va llamando a

participar a los diferentes actores, culturas e intereses, queda en el horizonte la perplejidad acerca de la consistencia de un diseño legislativo, que por una parte, pese al encabezamiento de su primer capítulo, dicta enseguida, en el artículo 1º, «finalidades y definiciones» (es decir, reglas) y no una trama de principios inderogables; y por otra, concentra en cabeza del Garante un número de tareas y un tipo de responsabilidades que, si bien son típicos de la figura de las autoridades administrativas independientes, no parecen resistir, ni de lejos, la comparación con las experiencias análogas vigentes. En resumen, el Garante está llamado a operar en calidad de quien autoriza, decide, dicta normas, propone, tutela la legalidad por vía administrativa, etc. respecto de un abanico de sujetos y de situaciones obligadas realmente enorme y de difícil gestión (también para fines de la certeza del derecho). Al tener que operar en estas condiciones, corre paralelamente el riesgo de convertirse en un tipo diferente y distinto respecto del modelo de las autoridades administrativas independientes, y cuyas facultades para gobernar un determinado sector de la administración no llegan a comprender, más aún si se refiere a una multitud de sujetos, todas aquellas competencias que, en cambio, se le han atribuido. Como se sabe, el hecho funcional se refleja en el organizativo y viceversa, lo que muestra, a la luz de las críticas mencionadas, hasta qué punto nuestra cultura jurídica permanece en el fondo atraída por soluciones de tipo estructural, es decir que, más allá de las denominaciones, tienden por lo general a reintroducir el fenómeno de una “entificación” sustancial.

Pero también es aún temprano para determinar con fundamento si es correcta esta apreciación: de manera que habrá que aplazarla al momento en que el Garante

según lo dispuesto por el artículo 31, inciso 1, literal n, de la ley 675, presente al Parlamento y al gobierno sus informes anuales «sobre la actividad desempeñada y sobre el estado de aplicación de la presente ley».

Para fines de las corrientes anotadas, se debe considerar la necesidad de declarar incompatible tratar, por un lado, de predefinir, más allá de cierto punto, el proceso de aplicación concreto (es decir, en especial, de evaluar su capacidad de lograr el equilibrio entre los dos intereses primarios mencionados), y por otro, de comentar en forma analítica las numerosas disposiciones.

Cabe tan solo agregar que la ley 675 tiende a introducir la necesidad de recurrir no sólo a la formación de operadores profesionales sino también de intérpretes jurídicos expertos en ella, reforzando así la impresión de que –más que en el pasado, con la introducción de autoridades análogas– aquí se ha introducido en el ordenamiento jurídico general, con mayor o menor conciencia, un cuerpo normativo, por así decirlo, autónomo, dotado de sus propios órganos de regulación, decisión y juicio, de un aparato central propio y de estructuras específicas al interior de la organización de los sujetos implicados; y, así mismo, de un lenguaje jurídico propio (véase *infra* lo que se refiere a los términos). Es cierto que desde hace tiempo se desarrolló también en Italia, con una dignidad propia y autonomía científica, la rama de la informática jurídica, y que este lenguaje era propuesto por la normativa comunitaria; pero, como se ha repetido en diversas ocasiones, el ámbito de aplicación de la ley 675 termina por superar el contexto innovador y admisiblemente “cerrado” de los fenómenos de impacto informático, haciendo tal vez menos coherente su marcada propensión a ser impermeable a

los instrumentos interpretativos generales y homogéneos.

4. EXPOSICIÓN SINTÉTICA DE LAS PRINCIPALES FIGURAS

Podemos limitarnos, así, a recordar que la ley 675 se articula en diez capítulos, el primero de los cuales está dedicado a los principios generales y a la identificación de la finalidad de la ley (artículo 1°, inciso 1). Esta resulta ser, de acuerdo con una lectura sistemática de los artículos 1 a 6, la de garantizar que el tratamiento de los datos personales, realizado por cualquiera en el territorio del Estado, siempre que no lo sea para fines exclusivamente personales, incluso sin medios electrónicos o de otro modo automatizados, e incluso si estos datos se encuentran en el exterior, «se desarrolle en el respeto de los derechos, de las libertades fundamentales, así como de la dignidad de las personas físicas, en especial en relación con la privacidad y la identidad personal», garantizando de igual manera «los derechos de las personas y de cualquier otra entidad o asociación».

A continuación se define el significado jurídico-legal de los términos más significativos que se utilizan, ya sean innovadores o no: así, se dispone que por “banco de datos” se debe entender «cualquier conjunto de datos personales, repartido en una o más unidades dislocadas en uno o más lugares, organizado de acuerdo con una pluralidad de criterios determinados para facilitar su tratamiento»; por “tratamiento” se debe entender «cualquier operación o conjunto de operaciones, desarrollados con o sin el auxilio de medios electrónicos, que se refieren a la recolección, el registro, la organización, la conservación, la elaboración, la modificación, la selección, la extracción,

la comparación, la utilización, la interconexión, el bloqueo, la comunicación, la difusión, la cancelación y destrucción de los datos»; y por “dato personal”, «cualquier información relativa a una persona física, a una persona jurídica, a una entidad o asociación, identificadas o identificables aun indirectamente, mediante la referencia a cualquier otra información, incluido un número de identificación personal».

Acto seguido se aclara que todo tratamiento implica a tres diferentes sujetos de derecho, es decir el “titular”, el “responsable” y el “interesado”.

El “titular” es «la persona física, la persona jurídica, la administración pública y cualquier otra entidad, asociación u organismo al que competen las decisiones en relación con las finalidades y modalidades de tratamiento de los datos personales, incluido el aspecto de la seguridad»; por su parte, el “responsable” es «la persona física, la persona jurídica, la administración pública y cualquier otra entidad, asociación u organismo encargado por el titular del tratamiento de los datos personales»; y el “interesado” es «la persona física, la persona jurídica, la entidad o la asociación a que se refieren los datos personales».

En el artículo 4 se prevén los tratamientos excluidos en cualquier caso del ámbito de aplicación de la ley, que se refieren a las informaciones en poder del Estado para fines de su propia defensa y seguridad, así como de la prevención, investigación y represión del crimen (incluidos los expedientes judiciales y los procesos pendientes).

En el capítulo segundo se definen las obligaciones del titular (en realidad también del responsable) del tratamiento, que consisten en la obligación por parte del primero de notificar al Garante la intención de proceder a un tratamiento de datos per-

sonales (artículo 7), y del segundo de proceder concretamente al tratamiento ateniéndose a las instrucciones impartidas por el titular, que sigue siendo en cualquier caso el responsable *in vigilando* (artículo 8). En el artículo 7, incisos 2 a 4, se indican las formas y el contenido necesarios para la notificación. La rigidez de este esquema se corrigió mediante las modificaciones introducidas por el decreto ley 255 de 1997, en la perspectiva de una simplificación, disponiendo en el sucesivo inciso 5bis como admisible una notificación «en forma simplificada», en los términos que serán establecidos por un acto reglamentario, por parte de determinados sujetos (entre los cuales las entidades públicas, siempre y cuando no sean de carácter económico), y en el inciso 5ter otros casos de tratamiento sustraídos a la obligación de la notificación, entre ellos, lo que es de especial importancia para el interés predominantemente temático del *vademecum*, pueden recordarse los realizados por «asociaciones, fundaciones, comités incluso de carácter político, filosófico, religioso o sindical, o por organismos que los representen, instituciones sin ánimo de lucro y que persigan fines lícitos, respecto de datos inherentes a los asociados y a los sujetos que en relación con estas finalidades tienen contactos regulares con la asociación, la fundación, el comité o el organismo, a salvo las obligaciones de informar a los interesados y de obtener su consentimiento, de ser necesario», así como los realizados «por las organizaciones de voluntariado a que se refiere la ley 266 de agosto 11 de 1991 en los límites del literal i y al respeto de las autorizaciones y de las prescripciones legales de los artículos 22 y 23».

El extenso capítulo tercero, subdividido en cuatro secciones, está dedicado a la disciplina del “tratamiento de los datos personales”. En la sección I, artículos 9 y

10, se indican los requisitos de los datos personales, que se deben tratar de manera lícita y recta; recogidos y registrados para fines determinados, explícitos y legítimos, y (dado el caso) utilizados en otras operaciones del tratamiento en términos no incompatibles con estos fines; exactos, actualizados, pertinentes, completos y no excedentes respecto de las finalidades para las cuales se recogieron y posteriormente se trataron; por último, conservados en una forma que permita la identificación del interesado por un arco de tiempo no superior al necesario para los fines para los cuales se recogieron y luego se trataron.

A su vez, se dispone que el interesado, antes de la recolección de los datos, debe recibir, por escrito o bien (gracias a la integración por parte del decreto ley 123 de 1997) oralmente, una serie de informaciones sobre las finalidades, la naturaleza, etc. de la recolección y el consiguiente tratamiento de sus datos personales.

En la sección II, artículos 11 a 14, se dispone que el tratamiento de los datos personales por parte de particulares o de entidades públicas de carácter económico (quedando así excluidas las administraciones públicas) es admisible «sólo con el consentimiento expreso del interesado», y que él se otorgue «libremente, de manera específica y documentada por escrito, y si se han proporcionado al interesado las informaciones establecidas por el artículo 10». A esta regla sigue en el artículo 12, una lista de los casos que pueden derogarla (entre los cuales se señalan el que se refiere a la condición de estar «destinado exclusivamente a finalidades de investigación científica o estadísticas y si se trata de datos anónimos» y el que sea «necesario para la salvaguardia de la vida o de la integridad física del interesado o de un tercero, en caso de que el interesado no pueda prestar su

consentimiento por imposibilidad física, por incapacidad de actuar o por incapacidad de entender y de querer».

En el artículo 13 se afirma el derecho del interesado a conocer la existencia de tratamientos de datos que puedan concernirle y de ser informado sobre la identidad del titular y del responsable del tratamiento, así como sobre las finalidades del tratamiento mismo. Por lo tanto, su derecho de obtener, «sin retardo, la confirmación de la existencia o no de datos personales que le conciernen, así no hayan sido registrados, y la comunicación en forma inteligible de los mismos datos y de su origen, así como de la lógica y de las finalidades en que se basa el tratamiento...»; la cancelación, la transformación en forma anónima o el bloqueo de datos tratados con violación de la ley; la actualización, la rectificación o bien, en caso de que tenga interés en ello, la integración de los datos, etc. Por último, el mismo artículo 13, en el inciso 1, literales d y e, afirma el derecho del interesado a oponerse «en todo o en parte, por motivos legítimos, al tratamiento de los datos personales que le conciernen, aunque sean pertinentes a la finalidad de la recolección», así como «al tratamiento de datos personales que le conciernen, previsto para fines de información comercial o de expedición de material publicitario o de venta directa, o bien para la realización de investigaciones de mercadeo o de comunicación comercial interactiva y de ser informado por el titular, antes del momento en que los datos sean comunicados o difundidos, de la posibilidad de ejercitar gratuitamente ese derecho».

Por otra parte, el ejercicio de estos derechos del interesado está condicionado, siempre por el artículo 13, por algunos límites que expresan intereses públicos evidentemente considerados predominantes frente al de la privacidad, como los que se

refieren a la lucha contra el lavado de activos ilícitos, a las actividades de las comisiones parlamentarias de investigación, a la política monetaria, etc.

La sección III reglamenta la seguridad de los datos personales (artículo 15), la cesación de su tratamiento (artículo 16) y los límites de su uso (artículo 17). En el artículo 18, al disponerse que «quienquiera que ocasione daño a otro por efecto del tratamiento de datos personales está obligado al resarcimiento según el artículo 2050 del código civil», se evidencia la reconducción del supuesto en examen a las actividades “peligrosas”, con lo que se determina el surgimiento de una presunción legal de responsabilidad a cargo del sujeto que haya realizado el tratamiento con violación de la ley.

La sección IV, en los artículos 19 a 21, establece nuevas disposiciones (respecto de las del artículo 1) en lo que se refiere a la comunicación y difusión de los datos, a la que, por lo demás, están sometidos únicamente los particulares y las entidades públicas de carácter económico.

En el capítulo IV se encuentra la disciplina que se refiere al tratamiento de los datos particulares, es decir, en primer término, de los así llamados “datos sensibles”, definidos por el artículo 22 como aquellos datos «personales aptos para revelar el origen racial y étnico, las convicciones religiosas, filosóficas o de otra naturaleza, las opiniones políticas, la adhesión a determinados partidos, sindicatos, asociaciones u organizaciones de carácter religioso, filosófico, político o sindical, así como los datos personales aptos para revelar el estado de salud y la vida sexual», todos los cuales «pueden ser objeto de tratamiento sólo con el consentimiento escrito del interesado y con autorización previa del Garante». Queda claro, por lo que hace a la acción de los

sujetos públicos (excluidos los de naturaleza económica), que su tratamiento «está permitido sólo si se encuentra autorizado por una disposición legal expresa en la que se especifiquen los datos que pueden ser tratados, las operaciones ejecutables y las finalidades relevantes para el interés público que se persiguen», es decir, que tales sujetos públicos deben, dentro de los doce meses sucesivos a la fecha de entrada en vigor de la presente ley, comunicar al Garante su voluntad de proseguir el tratamiento «incluso en ausencia de las disposiciones legales allí indicadas» (como en efecto establece enseguida, en estridente contraste con la regla, el artículo 41, inciso 5).

El artículo 23 se ocupa específicamente del tratamiento de los datos inherentes a la salud (estableciendo que los mismos pueden darse a conocer sólo a través de un médico designado por el interesado o titular), y los artículos 24 y 25 se ocupan de los datos que se refieren a los expedientes judiciales y al ejercicio de la profesión de periodista (cuya protección, con la novedad introducida por el decreto ley 123 de 1997, se extiende también a los publicistas y a los promotores, así como «a los tratamientos temporales destinados exclusivamente a la promoción ocasional de artículos y muestras»).

En el capítulo quinto, dedicado a los tratamientos sujetos a régimen especial, se considera el caso de los que son realizados por parte de sujetos públicos (excluidas las entidades de carácter económico, artículo 27) y la transferencia de datos personales al exterior (artículo 28).

En cuanto a los sujetos públicos, se prevé que el tratamiento «está permitido sólo para el desempeño de las funciones institucionales, en los límites de lo establecido por la ley y los reglamentos» y que en cualquier caso «la comunicación y la

difusión de los datos tratados a sujetos públicos, excluidas las entidades de carácter económico, se admiten cuando estén previstas por normas legales o reglamentarias, o cuando resulten en todo caso necesarias para el desempeño de las funciones institucionales», caso en el cual se debe comunicar por anticipado al Garante, que puede prohibir, motivándolo, la comunicación o la difusión.

Igualmente significativa, también en relación con la disciplina sobre el acceso a los documentos administrativos introducida por la ley 241 de 1990 (véase *infra*), es la disposición contenida en el inciso 3, en donde se establece que «la comunicación y la difusión de los datos personales por parte de sujetos públicos a particulares o a entidades públicas de carácter económico están admitidas sólo si se encuentran previstas en normas legales o reglamentarias».

En los capítulos sexto a octavo se establecen, respectivamente, normas sobre la tutela administrativa y jurisdiccional, sobre la organización y funcionamiento de la autoridad instituida (el Garante) y por último sobre las (severas) sanciones aplicables a quien viole la ley o, en cualquier modo, no respete las disposiciones del Garante (las cuales pueden comportar, a menos que el hecho ya no constituya delito grave, la imposición de una pena de hasta tres años).

Se trata de normas, como es fácil comprender, de gran importancia (en especial las dedicadas, en los artículos 31 a 33, a las funciones del Garante), y respecto de las cuales no es aquí posible realizar un reconocimiento siquiera sintético e incompleto. Permítasenos, entonces, como para las de los capítulos noveno y décimo (sobre las disposiciones transitorias y finales y las abrogaciones, y sobre la cobertura financiera y la entrada en vigor), remitir a su lectura, señalando tan solo la mayor

importancia de aquellas dedicadas, como decíamos, a las facultades de reglamentación, decisión, propuesta, solicitud, organización, etc., del Garante.

5. EL DERECHO A LA PRIVACIDAD FRENTE AL DERECHO DE ACCESO

Ampliando apenas un poco el horizonte de las cuestiones implicadas por esta ley al sector material que ocupa más de cerca el *vademecum*, no parece impropio tratar de establecer algunos nexos entre sus fines y los que establecen las dos principales fuentes de la acción administrativa: la ley 241 de 1990 y el decreto ley 29 de 1993.

En cuanto al primero, que establece el principio general de la publicidad de la acción administrativa y en forma coherente con ello reconoce el derecho de acceso a los documentos administrativos, no se ven relaciones de antinomia formal si se recuerda que este último derecho tiene un límite si resulta predominante, en concreto, la necesidad de «salvaguardar [...] la privacidad de terceros, personas, grupos y empresas...» (artículo 24, inciso 2, literal b, de la ley 241/90).

En cuanto al segundo, que, como también es sabido, establece el *corpus* normativo de reforma de la organización de las administraciones públicas, tampoco se ven relaciones de antinomia formal si se recuerda que al lado de la finalidad de «incrementar la eficiencia de las administraciones [...] aun mediante el desarrollo coordinado de sistemas públicos de información» (artículo 1, inciso 1, literal a del decreto ley 29) —y por tanto de la «conexión de las actividades de las funciones a través del deber de comunicación interna y externa y de la interconexión mediante sistemas informáticos y esta-

dísticos públicos»— se dispone que ello suceda «en los límites de la reserva y del secreto a que se refiere el artículo 24 de la ley 241 de agosto 7 de 1990» (artículo 5, inciso 1, literal b, decreto ley 29/93).

En resumen, encontramos aquí una importante expresión de la valencia especular de los dos principios tutelados por la ley sobre la privacidad, valencia ya señalada. Si bien es cierto que la ley 241 y el decreto ley 29 subrayan con mayor énfasis, entre las respectivas finalidades, la protección del derecho a la información y no la del derecho a la privacidad, también lo es que precisamente gracias a la ley 675, que lo define, será posible darle a éste realidad mejor que en el pasado; y ello porque esta ley establece que los límites a que se remite el artículo 24 son precisamente los que se refieren a los “datos personales”, en especial aquellos “sensibles” (artículos 1, inciso 2, literal c, y 22 de la ley 675).

Como ha sido subrayado (por G. Arena), de ello se deriva que por fuera de estas “excepciones” las administraciones públicas no pueden ya oponer un rechazo legítimo a las solicitudes de acceso, motivadas en forma adecuada, que se refieran a terceros, escudándose con demasiada libertad en el incierto alcance del artículo 24: en efecto, en el artículo 12, inciso 1, de la ley 675 se dispone que pueden ser objeto de tratamiento, prescindiendo del consentimiento del interesado, por ejemplo, los datos «necesarios [...] para la adquisición de informes precontractuales [...] o bien para el cumplimiento de una obligación legal» (literal b), así como “los datos que provengan de registros públicos, listas, actos o documentos conocibles por cualquiera» (literal c).

Dicho brevemente, la ley sobre la privacidad juega también aquí una función positiva y otra negativa, en el sentido que

en el primer aspecto establece ciertamente límites al principio general de la publicidad de la acción administrativa, pero en el segundo la “libera”, indirectamente, respecto de lo que no está expresamente comprendido en ellos.

Desde otro punto de vista, ya mencionado, es decir el de la importancia concedida a la ausencia de antinomias de tipo “formal”, no puede callarse el temor, fundado en la valoración de la ya importante jurisprudencia administrativa al respecto, a que dicha reconstrucción sistemática sea traicionada luego, de hecho, por la resistencia de las administraciones públicas a acoger hasta el fondo el alcance del principio general de la publicidad: encontrando en la estrecha red de la ley en examen, por el contrario, una nueva excusa para no darle aplicación (y así promover la agotadora actividad jurisdiccional que hasta ahora por lo general la ha visto sucumbir; véase últimamente, en especial, Consejo de Estado, Sala Plena, febrero 4 de 1997, N° 5, en donde se afirma que el derecho de acceso prevalece sobre la exigencia de privacidad del tercero en los casos en que aquél tenga relevancia para la protección o defensa de los intereses públicos del accionante).

Subsiste así la duda ligada a la experiencia que deriva del advenimiento de las pocas normas claras, dictadas por la ley 241, en donde, a siete años de su entrada en vigor, emerge la confirmación de que muchas entidades públicas (por lo general locales o territoriales) ni siquiera se han dotado de los reglamentos necesarios para aplicarlas y que, allí donde los han emanado, siempre le han asignado a la fuerza del principio una acepción muy relativa, tendiente a limitar su expansión legal. En efecto, la ley 127 de 1997, en su artículo 17, inciso 91, al subrayar la obligatoriedad de su adopción,

considera oportuno acompañarla de la “amenaza” de un comisario.

Si esta misma “interpretación” cultural llegara a caracterizar el acogimiento de la nueva ley 675 para fines de acceso a los documentos administrativos emanados o en poder de las administraciones públicas, habría que concluir que ella ha traicionado una de las finalidades prioritarias (que, repetimos, no es ciertamente la de resquebrajar el principio general de publicidad de la acción administrativa).

6. ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE LAS IMPLICACIONES ORGANIZATIVAS REQUERIDAS A LAS ENTIDADES PÚBLICAS

Al lado del hecho sustancial, ligado a la formación progresiva y a la consolidación de un texto jurídico que la ley 675 parece querer encauzar de manera a nuestro modo de ver demasiado estrecha, como si se pudiera construir un ordenamiento “cerrado” en sí mismo, no se debe olvidar la mención del elemento organizativo, llamado indirectamente a su gestión y alimentación para no sofocar, como lo mencionábamos, la inserción de nuestro país en una moderna sociedad internacional de la información.

Y no nos referimos aquí tanto a la ya subrayada debilidad estructural de la autoridad administrativa independiente llamada a gobernar la aplicación de la ley en examen —el «Garante para la protección de los datos personales»— sino más bien al impacto a nivel de organización y recursos que su entrada en vigor ocasiona para todos aquellos sujetos que se ven implicados por estar más o menos institucionalmente en poder de bancos de datos o en cuanto utilizan datos sensibles. Es decir, en especial, las administraciones públicas y los otros

diferentes sujetos, incluso privados, que componen el así llamado “sector público ampliado” (en cuanto en concierto con ellas, por ellas acreditados o en cualquier caso administradores o prestadores de servicios públicos).

Se sabe desde hace tiempo que la afirmación plena no sólo de los derechos sociales sino también de los de libertad tiene un costo económico relevante: ello es evidente desde el origen, así mismo, en relación con el derecho, puramente subjetivo, a la privacidad. Pese a los esfuerzos de los últimos años, nuestra administración pública no parece estar todavía en condiciones, con mayor razón en el actual régimen de recorte del gasto público, de organizarse oportunamente en el respeto de esta ley (estableciendo nuevas jerarquías, nombrando responsables específicos, definiendo procedimientos especiales, etc.) y al mismo tiempo realizar la interconexión para el intercambio, incluso *on-line*, de los datos respectivos, como lo propugna o implica la reforma Bassanini (por ejemplo los artículos 15 de la ley 59 y 2, inciso 5, de la ley 127) en una óptica de simplificación y de mayor eficacia de la administración pública en su conjunto. No obstante que el artículo 17 de la directiva 46/95/CE imponía explícitamente vincular las medidas técnicas y de organización necesarias para garantizar la protección y la difusión de los datos personales a los «conocimientos actuales en la materia» y a los «costos de su aplicación», el artículo 15 de la ley en examen parece no tenerlo en la debida cuenta, pues se limita a establecer una conexión tan rápida como genérica solo con los «conocimientos adquiridos con base en el progreso técnico [...] de manera de reducir al mínimo, mediante la adopción de medidas de seguridad idóneas y preventivas, los riesgos de destrucción [...], acceso no autorizado

o tratamiento no permitido o no acorde con las finalidades de la recolección».

En breve, en el momento en que con grandes dificultades se está poniendo en marcha la teleadministración, es decir, la utilización de la tecnología informática ya no sólo para la organización y al interior, sino para la adopción de los actos y hacia el exterior (sustituyendo así, también por medio del intercambio de las informaciones contenidas en los bancos de datos organizados por administraciones públicas diferentes, el acto de papel), no parece infundado el temor (manifestado, por ejemplo, por M. Clarich) de que la aplicación de la presente ley pueda constituir un poderoso freno para los resultados esperados, y ello por la radicalización de las responsabilidades indivi-

duales que ya caracteriza todo el accionar de la administración pública y por la conexas inadecuación de los sistemas informativos comúnmente utilizados para realizarla, por lo general incapaces de establecerlas en cabeza de un sujeto determinado (el “responsable” del tratamiento), como pretende por el contrario la ley 675, allí donde de manera apresurada se refiere a la «adopción de medidas de seguridad idóneas y preventivas».

GUIDO FRANCHI SCARSELLI
Universidad de Bolonia

Traducción
SANTIAGO PEREA LATORRE

Artículo publicado originalmente en *Autonomie Locali e Servizi Sociali* (Nº 3, 1997) pp. 505-515.

