

# PERSPECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN RELATIVA A LOS DATOS PERSONALES

Ximena PUENTE DE LA MORA\*  
Nauhcatzin T. BRAVO AGUILAR\*\*

SUMARIO: I. *La sociedad de la información.* II. *La protección de datos personales en el marco de la Unión Europea.* III. *Directiva 95/46/CE de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.* IV. *Directiva 2002/58/CE del 12 de julio, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.* V. *Perspectiva jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a la protección de datos personales.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

## I. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Actualmente vivimos en una sociedad en la que las condiciones de generación de conocimiento y procesamiento de información han sido sustancialmente alteradas por una revolución tecnológica centrada por la generación del conocimiento y las tecnologías de la información. Para denominar esta nueva realidad que nos envuelve, la sociedad actual ha sido calificada

\* Coordinadora de la Maestría en Administración de Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima.

\*\* Profesor investigador en la Universidad de Guadalajara.

como “sociedad de la información”,<sup>1</sup> cuyo término fue anunciado, entre otros, por Alvin Toffler en su obra *La tercera ola* en 1980,<sup>2</sup> aunque se han usado también otros términos como “sociedad del conocimiento”,<sup>3</sup> “sociedad digital”, “era digital”, “mundo digital”, “sociedad posindustrial”, “sociedad informacional”,<sup>4</sup> “sociedad en red”;<sup>5</sup> también se ha designado el nombre de “generación Net” o simplemente “N”,<sup>6</sup> para conceptualizar el fenómeno social que se presenta ante el uso generalizado de tecnología.

Los cambios de organización —comerciales, económicos y sociales— que se han ido produciendo en estas tres últimas décadas, mundialmente basados en el uso generalizado de la información a bajo costo, almacenamiento de datos, la utilización de nuevas tecnologías en la comunicación, han generado entre otros hechos, la denominada “sociedad de la información”<sup>7</sup> teniendo lugar un cambio histórico que altera la realidad social, cultural y económica en la que se basaba la sociedad anterior. En la sociedad de la información, la información se encuentra como un “elemento clave del poder”.<sup>8</sup>

La información de todo tipo —asevera Álvarez-Cienfuegos— “se ha convertido en un bien de consumo; hay auténtica demanda social de información; el político, el empresario, el comerciante, necesitan para desarro-

<sup>1</sup> Ruiz Miguel, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 35.

<sup>2</sup> Toffler, Alvin, *La tercera ola*, Barcelona, Plaza & Janes, 1980, p. 172.

<sup>3</sup> La sociedad del conocimiento (*knowledge society*) emergió hacia finales de los años noventa; este término es empleado principalmente en medios académicos, como alternativa al término de sociedad de la información.

<sup>4</sup> Al respecto, Castells señala: “el término informacional indica el atributo de una forma específica de organización social en la que la generación, el procesamiento y la transmisión de la información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y el poder debido a las nuevas condiciones tecnológicas que surgen en este periodo histórico”, Castells, Manuel, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, México, Siglo XXI, 1999, p. 47.

<sup>5</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 21.

<sup>6</sup> Abad Amoros, María Rosa, *Derecho a la información*, Madrid, Ariel, 2003, p. 347.

<sup>7</sup> Ávalos María, G. y Arrabal de Canals Olga, P. (coords), *Derecho a la información, hábeas data e Internet*, Buenos Aires, La Roca, 2002, p. 29.

<sup>8</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 5, p. 22.

llar más su trabajo cada día más información, incluso el mismo ciudadano, en su dimensión más anónima, invierte gran parte de su ocio en consumir información”.<sup>9</sup>

Esta situación produce diversas consecuencias de largo alcance, algunas de orden metafísico,<sup>10</sup> otras en relación con los Estados en el sentido de que implicará “la publicidad de los actos de gobierno y su revisabilidad”,<sup>11</sup> y por supuesto traerá consecuencias para el propio individuo; por una parte, el uso de la tecnología permite agilizar las tareas que tenga tanto laborales como cotidianas, pero al mismo tiempo su cuya actuación puede originar una “pérdida de su anonimato proporcionalmente mayor en función de la cantidad de actividades exteriores que realice”.<sup>12</sup>

La información se convierte en un bien que no se agota en el consumo, “lo que permite que se haya producido no sólo a través de nuevas y mayores creaciones de información, sino que en gran medida haya sido provocada por el desarrollo de los sistemas de telecomunicación, que facilitan el acceso de la misma información a un número plural de usuarios”.<sup>13</sup> Debemos considerar que la llamada sociedad de la información no significa exclusivamente que existan tecnologías que faciliten la comunicación entre los hombres, sino que coincidimos con Llaneza González en el sentido de que considera que tienen un impacto más amplio puesto que “engloba un conjunto de actividades industriales y económicas, comportamientos sociales, actitudes individuales y formas de organización política y administrativa, relacionadas con el producto del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación”,<sup>14</sup> es decir, aunado al advenimiento de la

<sup>9</sup> Álvarez-Cienfuegos, José María, *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 14.

<sup>10</sup> Zubiri advirtió que el mundo comienza a realizar una peligrosa criba de verdades, fundada sobre el interés que ofrecen, interés que pronto se torna en utilidad inmediata. Este mundo que se mide así por su utilidad, comienza a perder progresivamente la conciencia de sus fines. En lugar de un mundo, tenemos así un caos. Cfr. Zubiri, Xavier, *Naturaleza: historia, Dios*, Madrid, Editora Nacional, 1999, p. 19.

<sup>11</sup> Pierini, Alicia, *et al.*, *Hábeas data. Derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2002, p. 17.

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> Morón Lerma, Esther, *Internet y derecho penal. “Hacking” y otras conductas ilícitas en la Red*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 87.

<sup>14</sup> Llaneza González, Paloma, *Internet y comunicaciones digitales*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 52.

tecnología en las diversas actividades del hombre, conlleva un cambio actitudinal en el comportamiento social del hombre, influyendo también en las formas de organización social.

En este sentido, Escobar de la Cerna se pronuncia por que esta sociedad se caracteriza por la aparición de una serie de “medios técnicos de transmisión y de información, que provocan numerosos efectos sobre el comportamiento individual y colectivo, sobre la formación de hábitos culturales”.<sup>15</sup> Ante este nuevo escenario con la presencia creciente de tecnología, José Julio Fernández señala que mientras que “la sociedad industrial se basaba en una dinámica de trabajo articulada en torno a categorías de espacio y tiempo, en la sociedad de la información ello se relativiza, ya que lo verdaderamente relevante es el resultado y no el periodo temporal que se dedique a ello, ni el lugar donde se realice”.<sup>16</sup>

Por lo tanto, la sociedad de la información tiene repercusiones directas en la sociedad, puesto que genera procesos de convergencia, facilitados por la propia tecnología que “afectan también a otros ámbitos de la nueva realidad como el sectorial (integración de las telecomunicaciones y la informática), el empresarial (como lo demuestra la intensificación de las fusiones), el de las políticas e instituciones, etcétera”.<sup>17</sup> Ante esta panorámica, surgen consecuencias que deben ser abordadas desde diversas disciplinas como la sociología, la psicología, la economía y por supuesto la ciencia jurídica. En la presente investigación, abordaremos la regulación jurídica que tienen las tecnologías de la información y las comunicaciones en el derecho a la intimidad, específicamente en lo que se refiere a la protección de datos personales en las directivas que conforman el marco jurídico comunitario en esta materia, a fin de establecer si estos nuevos procesos de comunicación e integración social, económica y política basados en la tecnología tienen repercusiones en los derechos fundamentales del individuo, específicamente en lo que respecta a su privacidad.

<sup>15</sup> Escobar de la Cerna, Luis (ed.), *Sociedad, información y Constitución*, Madrid, Universitas, 2004, p. 54.

<sup>16</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 5, p. 24.

<sup>17</sup> Tereciro, José B. y Matías, Gustavo, *Digitalismo, el nuevo horizonte sociocultural*, Madrid, Taurus, 2001, p. 46.

## II. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

La protección de datos personales en la Unión Europea forma parte del programa llamado “sociedad de la información”,<sup>18</sup> cuyo fin es que las empresas, gobiernos y ciudadanos de la Unión Europea sigan desempeñando un papel destacado en el desarrollo de una economía mundial del conocimiento y la formación, además de que participen activamente en ella. Los lineamientos que impulsan activamente el desarrollo de esta llamada “sociedad de la información” en Europa los encontramos en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo citado como TCE)<sup>19</sup> por medio del impulso a una política de telecomunicaciones,<sup>20</sup> el apoyo al desarrollo en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones,<sup>21</sup> debiendo estimular la creación de condiciones necesarias para favorecer la competitividad de las empresas comunitarias<sup>22</sup> y el fomento de las redes transeuropeas de transporte, energía y telecomunicaciones,<sup>23</sup> pero sobre todo la protección de los derechos fundamentales entre los cuales se encuentra el derecho a la protección de datos personales y que va de la mano con el derecho a la intimidad. “La protección de los datos personales juega un papel crucial, para elevar la confianza y seguridad en cuanto a su transmisión, almacenamiento y control dentro de la Unión”.<sup>24</sup>

Cabe señalar que la protección al derecho a la intimidad en Europa se contempla en un sentido amplio, los principios respecto a la intimidad o privacidad son aplicados a todas las entidades que recaban información personal identificable, sin considerar la naturaleza del asunto o la tecnolo-

<sup>18</sup> [http://europa.eu.int/pol/infso/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/pol/infso/index_es.htm).

<sup>19</sup> En la versión dada por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 y el Tratado de Ámsterdam del 2 de octubre de 1997 (modificado por el Tratado de Niza firmado el 26 de febrero de 2001).

<sup>20</sup> Artículos 95 (armonización del mercado interior), 81 y 82 (referentes a la competencia), 47 y 48 (derecho de establecimiento y servicios) del TCE.

<sup>21</sup> Artículos 163-172 del TCE.

<sup>22</sup> Artículo 157 del TCE.

<sup>23</sup> Artículos 154-156 del TCE.

<sup>24</sup> Villanueva, Ernesto y Luna Pla, Issa (eds.), *Derecho de acceso a la información pública. Valoraciones iniciales*, México, UNAM, 2004, p. 89.

gía involucrada;<sup>25</sup> a diferencia de la legislación en Estados Unidos que se describe como “sectorial”.<sup>26</sup> Otros países fuera del continente europeo están adoptando un conjunto de legislación relativo a la privacidad, de acuerdo con David Banisar y Simon Davis por una o varias de las siguientes razones: para remediar las injusticias del pasado, para promover el comercio electrónico y asegurar que estas leyes son coincidentes con la legislación europea, pertenecer en un futuro a esta Unión o asegurarse de que su intercambio comercial no se verá afectado por los requerimientos de las directivas comunitarias, como es el caso de Canadá.<sup>27</sup>

En Europa el derecho a la intimidad se concibe desde el rol tradicional que ha desempeñado el Consejo de Europa, que en su Convención Europea en 1950 estableció firmemente el derecho a la intimidad como un derecho humano reclamado por la Europa de la posguerra. El artículo 8o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), celebrado en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>28</sup> estableció textualmente que

1. Toda persona tiene el derecho al respeto a su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Cfr. Solove, David J. y Rotemberg, Mark, *Information Privacy Law*, Nueva York, Aspen Publishers, 2003, p. 687.

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> Banisar, David, Davies, Simon, *Global Trends in Privacy Protection: An International Survey of Privacy, Data Protection, and Surveillance Laws and Developments*, Illinois, J. Marshall, Computer & Info, 1999, pp. 11 y 12.

<sup>28</sup> Hasta hoy son 45 Estados contratantes del Convenio entre los cuales se encuentran todos los países miembros de la Unión Europea. Para garantizar los preceptos contenidos en el CDE, fue creado el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre con sede en Estrasburgo (artículo 19 de la CEDH).

<sup>29</sup> Cabe señalar la importancia que ha suscitado la creación de la Constitución Europea cuya preparación inició con la Convención Europea, bajo la presidencia de Valéry Giscard d'Estaing, la cual comenzó su labor el 28 de febrero de 2002, compuesto por 105 miembros representantes de los gobiernos de los Estados miembros y de los países candidatos a la adhesión, de los parlamentos nacionales de esos Estados, del Parlamento Europeo y de la Comisión. Tras 16 meses de trabajo se aprobó el Proyecto por el que se establece una Constitu-

Es conveniente puntualizar la importancia de las medidas supranacionales que ha tomado la Unión Europea (en adelante UE)<sup>30</sup> con el fin de armonizar los derechos fundamentales (antes, por supuesto, de la propuesta de la Constitución Europea), para cumplir este objetivo, la UE se vale de reglamentos y directivas, que son actos jurídicos de carácter obligatorio para los Estados miembros de la UE. El Reglamento puede describirse como la Ley Comunitaria, pues su alcance es general y obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.<sup>31</sup> La Directiva, por su parte, obliga al Estado miembro en cuanto al resultado que deba conseguirse, otorgando sin embargo a las autoridades nacionales la elección sobre la forma y los medios por los cuales se incorpore ésta a su sistema jurídico.<sup>32</sup>

A continuación presentaremos el marco jurídico general de la protección a la intimidad informática y el derecho a la protección de datos personales, contenidos en el Convenio 198 del Consejo de Europa y las directivas 95/46/CE del 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circu-

ción para Europa. Dicho proyecto fue presentado en una Conferencia Intergubernamental compuesta por los representantes de los gobiernos actuales y futuros, en donde llegaron a un acuerdo el 18 de junio de 2004. Finalmente la Constitución Europea ha sido firmada en Roma el 29 de octubre de 2004 por los jefes de Estado y de gobierno de los 25 Estados miembros, los cuales tienen que someter a la consideración de la población de sus países mediante referéndum la implementación de esta normatividad. La Constitución Europea se pronuncia de manera importante respecto a la protección de datos personales, en su parte I el artículo I-51 Protección de datos de carácter personal, señala 1. Toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que le conciernan. 2. La ley o ley marco europea establecerá las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de las autoridades independientes, así mismo en su parte II, establece en el artículo II-68. Protección de datos de carácter personal lo siguiente: 1. Toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos y que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto a estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

<sup>30</sup> A partir de mayo de 2004, la UE incrementó de 15 a 25 Estados miembros.

<sup>31</sup> Artículo 249 del TCE.

<sup>32</sup> *Idem.*

lación de estos datos (llamado también “Ordenamiento de privacidad”<sup>33</sup> y la reciente 2002/58/CE, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas, para destacar los aspectos más relevantes de éstas, a fin de realizar una valoración desde la perspectiva europea en cuanto a la protección de este derecho. Ambos ordenamientos se consideran el marco legislativo básico en la protección de la información personal en la Unión Europea, diseñado para armonizar las políticas públicas de los países miembros mediante la expresión de un conjunto de acuerdos de metas,<sup>34</sup> además de que han tenido un profundo efecto en el desarrollo del derecho a la privacidad, no sólo en Europa, sino incluso en todo el mundo.<sup>35</sup>

### III. DIRECTIVA 95/46/CE DEL 24 DE OCTUBRE, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE ESTOS DATOS

Esta Directiva 95/46/1999 se creó en los comienzos de 1990 y fue formalmente adoptada en 1995, establece reglas comunes para la protección de los datos entre los Estados miembros de la Unión Europea. Las directivas son una forma que tiene el derecho de la UE para vincular a los Estados miembros, pero sólo en el resultado que debe ser alcanzado, permitiendo a las autoridades nacionales elegir la forma y los métodos de implementación en el tiempo que la misma norma establece. Esta Directiva tiene un efecto directo para los individuos, pues les otorga derechos que pueden hacer valer en sus tribunales nacionales de sus respectivos países, si sus gobiernos no han implementado la Directiva en la fecha señalada.

La Directiva otorga derechos en vez de crear obligaciones, cuando ocurre una violación de derechos los ciudadanos pueden recurrir a las instituciones de la Unión Europea o a sus gobiernos nacionales que hayan adoptado (o “transpuesto”) la Directiva en su derecho nacional (efecto vertical); pero esto no le crea un derecho al ciudadano de la Unión Europea para

<sup>33</sup> Herrera Bravo, Rodolfo y Núñez Romero, Alejandra, *Derecho informático*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas La Ley, 1999, p. 158.

<sup>34</sup> Bennett, J. Colin, “Convergence revisited: Toward a Global Policy for the Protection of Personal Data?”, *Technology and Privacy: The New Landscape*, Nueva York, Aspen Publishers, 1999, p. 689.

<sup>35</sup> Solove, David J. y Rotemberg, Mark, *op. cit.*, nota 25, p. 688.

formular una acción en contra de otro ciudadano (efecto horizontal), en este caso se requiere una ley nacional.<sup>36</sup> A continuación analizaremos brevemente algunos de los aspectos más relevantes de la mencionada Directiva.

A fin de destacar los puntos principales que desarrolla esta Directiva<sup>37</sup> son los siguientes:

- Busca dar protección a las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, principalmente en lo que respecta a la privacidad.
- Considera que la confiabilidad de las comunicaciones está garantizada por los instrumentos internacionales (como el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, las directivas comunitarias) y también por las Constituciones de los Estados miembros.
- Las medidas de protección de datos personales adoptadas están formuladas con base en el desarrollo futuro de las telecomunicaciones.
- Se adoptan medidas para evitar el acceso no autorizado a las telecomunicaciones a fin de proteger la confiabilidad de las mismas.
- Los abonados a las guías ampliamente divulgadas y accesibles al público pueden decidir en qué medida se publican sus datos personales.

### 1. Estructura de la Directiva 95/46/CE

La Directiva está conformada por exposición de motivos y 34 artículos divididos en siete capítulos: I. Disposiciones Generales; II. Condiciones Generales para la Licitud del Tratamiento de Datos Personales; III. Recursos judiciales, responsabilidad y sanciones; IV. Transferencia de datos personales a países terceros; V. Códigos de conducta (que deben ser elaborados por la Comisión Europea y los Estados miembros); VI. Autoridad de control y grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales; y el capítulo VII. Medidas de Ejecución Comunitarias, además de las disposiciones finales.

Cabe mencionar que esta Directiva considera “las diferencias entre los niveles de protección de los derechos y libertades de las personas y, en par-

<sup>36</sup> Bennett, J. Colín, *op. cit.*, nota 34, p. 715.

<sup>37</sup> *Cfr.* Herrera Bravo, Rodolfo y Núñez Romero Alejandra, *op. cit.*, nota 33, pp. 163 y ss.

ticular, de la intimidad, garantizados en los Estados miembros por lo que respecta al tratamiento de datos personales, pueden impedir la transmisión de dichos datos del territorio de un Estado miembro al de otro”<sup>38</sup> sin perder de vista que se recurre “cada vez más en la Comunidad al tratamiento de datos personales en los diferentes sectores de actividad económica y social; que el avance de las tecnologías de la información facilita considerablemente el tratamiento y el intercambio de dichos datos”.<sup>39</sup>

## 2. *Objeto*

El objeto de la Directiva 95/46/CE es que en los Estados miembros se garantice la protección de las libertades y los derechos fundamentales de las personas físicas, en lo particular el derecho a la intimidad, a fin de contribuir al progreso económico y social al desarrollo de los intercambios, así como al bienestar de los individuos<sup>40</sup> (habitantes de la UE).

El tratamiento de datos que regula esta Directiva se refiere únicamente cuando se realiza de forma automatizada o cuando los datos a que se refiere se encuentran contenidos en un archivo estructurado al que se pueda acceder fácilmente a los datos personales de quien se trate.<sup>41</sup>

## 3. *Ámbito de aplicación*

El ámbito de aplicación de esta Directiva lo señala claramente el artículo 3o. al especificar que se aplicarán al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como el tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero, entendiendo por este concepto “todo conjunto estructurado de datos personales accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repetido en forma funcional o geográfica”.

Las excepciones de aplicación a esta Directiva las encontramos en actividades estratégicas de los Estados miembros como la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y las actividades del Estado en el ámbito penal, además de las actividades que una persona física realice en el ejerci-

<sup>38</sup> Considerando 7 de la Exposición de Motivos de la Directiva 95/46/CE.

<sup>39</sup> Considerando 4 de la Directiva 95/46/CE.

<sup>40</sup> Considerando 2 de la Directiva 95/46/CE.

<sup>41</sup> *Cfr.* considerando 15 de la Directiva 95/46/CE.

cio de actividades exclusivamente personales o domésticas. Otras excepciones están contenidas en el artículo 13 de la presente Directiva, según el cual los Estados miembros podrán adoptar ciertas medidas legales para limitar el alcance de los derechos y obligaciones correspondientes a la publicidad de los tratamientos de los datos cuando tal limitación sea con el fin de salvaguardar la seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública, la prevención, investigación, detención, así como la represión de infracciones penales, un interés económico y financiero importante de un Estado miembro o de la UE, o la protección del interesado o de los derechos y libertades de terceras personas.

#### *4. Principios relativos a la calidad de los datos*

Los Estados miembros velarán por que los datos personales deban ser tratados de una manera lícita, además deban ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos (no se considerará incompatible su tratamiento posterior con fines históricos, estadísticos o científicos). Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos, además de exactos; finalmente, deben ser conservados de forma que permitan la identificación de los interesados durante un periodo no mayor al necesario para los fines para los cuales fueron recolectados o para los que se traten con posterioridad.<sup>42</sup> Corresponderá al responsable del tratamiento garantizar el cumplimiento de lo anteriormente citado.

#### *5. Categorías especiales de tratamientos*

El tratamiento de datos que revelen el origen racial o étnico, las opciones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como los relativos al estado de salud o la preferencia sexual de las personas, debe ser prohibido por los Estados miembros, según lo dispuesto por el apartado 1 del artículo 8o. de esta Directiva.

Asimismo, los Estados miembros determinarán las condiciones en las que un número nacional de identificación o cualquier otro medio de identificación de carácter general podrá ser objeto.<sup>43</sup> El caso de tratamiento de datos con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o lite-

<sup>42</sup> Artículo 6o. de la Directiva 95/46/CE.

<sup>43</sup> Artículo 8o. fracción VII de la Directiva 95/46/CE.

raria, los Estados miembros deberán establecer excepciones y exenciones sólo en la medida que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con el derecho a la libertad de expresión acorde con lo señalado por el artículo 9o. de la citada Directiva. Según Prieto Gutiérrez estas excepciones “responden a la necesidad de tutelar un conjunto de intereses de carácter público o general, que deben prevalecer frente a intereses particulares, lo que no debe significar una merma en los derechos de las personas en el tratamiento de sus datos personales”.<sup>44</sup>

### 6. *Información del interesado*

Los Estados miembros regularán que el responsable del tratamiento de datos comunique a la persona de quien se recaben los datos, por lo menos: la identidad del responsable del tratamiento, así como los fines del tratamiento de que van a ser objeto sus datos, además de cualquier otra información como los destinatarios de los datos, el carácter obligatorio o no de la respuesta (y las consecuencias que tendría para la persona interesada una negativa a responder).<sup>45</sup> El interesado tiene el derecho, “a obtener acceso a la información recabada por el responsable del tratamiento, libremente, sin restricciones, con una periodicidad razonable y sin retrasos ni gastos excesivos”.<sup>46</sup>

### 7. *Decisiones individuales automatizadas*

El reconocimiento de este derecho en el marco comunitario tiene su más inmediato antecedente legislativo en la Ley francesa de 1978,<sup>47</sup> la Directiva dispone en su artículo 15.1 que los Estados miembros reconocerán a las personas el

derecho a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellas o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de

<sup>44</sup> Prieto Gutiérrez, Jesús María, “La Directiva 95/46/CE como criterio unificador”, *Revista del Poder Judicial*, Madrid, núm. 48, 1997, pp. 181 y 182.

<sup>45</sup> Artículo 10 de la Directiva 95/46/CE.

<sup>46</sup> Artículo 12 de la Directiva 95/46/CE.

<sup>47</sup> Herrán Ortiz, Ana Isabel, *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 34.

su personalidad, como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad, conducta, etcétera.

Este principio general tiene dos excepciones, por lo que las personas deberán someterse a decisiones individuales automatizadas cuando dicha decisión:

a) haya sido adoptada en el marco de la celebración o ejecución de un contrato, a petición del interesado; o

b) esté autorizada por una ley que establezca medidas que garanticen el interés legítimo del interesado.<sup>48</sup>

Ana Isabel Herrán señala que la norma provocó cierta intranquilidad para las empresas de *marketing* directo, ya que en consideración a estas disposiciones, se cuestionaba la licitud de las prácticas y usos de estas empresas, consistentes en seleccionar destinatarios a partir de determinada puntuación obtenida por la computadora, lo que facilita la tarea de formar listados o relaciones de destinatarios con fines de publicidad directa.<sup>49</sup>

#### 8. *Autoridad de control y grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales*

Esta Directiva comunitaria configuró a la autoridad de control como eje central de su sistema de protección de datos, estableciendo la obligación de crear una autoridad de control,<sup>50</sup> la cual tiene como función “vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas por ellos en aplicación de la presente Directiva”;<sup>51</sup> además, debe disponer de los medios necesarios para cumplir con esta función, ya se trate de poderes de investigación o de intervención, en particular en casos de reclamaciones presentadas a la autoridad, definiendo la posibilidad también de poder comparecer en un juicio.

La autoridad de control debe de contribuir a la transparencia de los tratamientos de datos efectuados por el Estado correspondiente, además debe existir una cooperación mutua entre las autoridades de control de los distintos Estados miembros,<sup>52</sup> la misma directiva apunta la relación entre la

<sup>48</sup> Artículo 15 inciso 2 de la Directiva 95/46/CE.

<sup>49</sup> Herrán Ortiz, Ana Isabel, *El derecho a la protección de datos... op. cit.*, nota 47, p. 35.

<sup>50</sup> En España fue creada la Agencia de Protección de Datos.

<sup>51</sup> Artículo 28 inciso 1 de la Directiva 95/47/CE.

<sup>52</sup> Considerandos 62-64 y artículo 28 de la Directiva 95/46/CE.

protección de datos personales pero a su vez señala la obligatoriedad del Estado para conducirse con plena transparencia.

En concreto, entre las funciones que la Directiva le atribuye a la autoridad de control podemos mencionar las siguientes: poderes de investigación, poderes efectivos de intervención (formular dictámenes antes de realizar los tratamientos, garantizar la publicidad adecuada de estos dictámenes, etcétera) capacidad procesal frente a infracciones a disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de esta Directiva, conocer las solicitudes de cualquier persona o asociación que la represente, informar periódicamente de sus actividades y fungir como consultor.

El único requisito que impone esta Directiva a los países miembros de la UE es que la autoridad que se encargue del control de los datos personales debe ejercer sus funciones con “total independencia”, sin embargo, en el texto de este instrumento normativo, no precisa que esta autoridad nacional sea de nueva creación, ni armoniza, según la opinión de Prieto Gutiérrez, los principios para la configuración jurídica de las autoridades nacionales de control.<sup>53</sup>

### 9. Recursos judiciales, responsabilidad y sanciones

Como ya lo hiciera el Convenio 108 del Consejo de Europa en su artículo 10, la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer los recursos y sanciones necesarias en los supuestos de infracciones a las disposiciones de derecho interno respecto a la protección de datos, es por ello que esta Directiva dispone que los Estados miembros establecerán que toda persona disponga de un recurso judicial en caso de violación de los derechos que garanticen las disposiciones nacionales aplicables a cada tratamiento.

Respecto al régimen de responsabilidad, garantiza que la persona que sufran un daño a raíz de un tratamiento ilícito de datos personales, ha de ser reparado por el responsable del tratamiento de datos, el cual sólo podrá ser eximido de su responsabilidad si se demuestra que no le es imputable el hecho perjudicial,<sup>54</sup> o si se prueba la responsabilidad del interesado, o un caso de fuerza mayor.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Prieto Gutiérrez, Jesús María, *op. cit.*, nota 44, p. 193.

<sup>54</sup> Artículos 22-24 de la Directiva 95/46/CE.

<sup>55</sup> Considerando 55 de la Directiva 95/46/CE.

## 10. *Flujos transfronterizos de datos personales*

El principio general adoptado por la Directiva en relación con transferencias de datos a países terceros es el de autorizarlas. No obstante, se establecen, de manera específica, excepciones importantes a este principio, se exige que el país de destino de los datos donde se hará el tratamiento de los mismos “garantice un nivel de protección adecuado” (contrario al criterio establecido por el Convenio 108 del Consejo de Europa, en el que se establecía que para las transferencias de datos entre los Estados se adoptaba el principio de nivel de protección equivalente entre el Estado de origen y el destino de los datos).<sup>56</sup> Sin embargo, la mencionada Directiva no define específicamente qué se entiende por “nivel de protección adecuado”, dejando su interpretación a los países miembros de la UE.

Las excepciones respecto a la prohibición de transferencia de datos a tercer país que no garantice un nivel adecuado, las encontramos cuando la transferencia:<sup>57</sup> se haya consentido de forma inequívoca por el interesado; sea necesaria para la ejecución de un contrato; sea necesario para celebrar o ejecutar un contrato celebrado o por celebrar; sea necesaria o legalmente exigida para salvaguardar un interés público importante, o para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial; sea necesaria para la salvaguarda del interés vital del interesado, tenga lugar desde un Registro Público, concebido para facilitar información al público y esté abierto a la consulta para el público en general o por cualquier persona que demuestre un interés legítimo.

## 11. *Implementación por los Estados miembros*

La Directiva provee parámetros generales para que los Estados miembros de la UE adopten las disposiciones legales, reglamentarias y adminis-

<sup>56</sup> El carácter de protección adecuado que señala esta Directiva de protección se valorará específicamente atendiendo el caso concreto, además de lo establecido por el artículo 25.2 de la Directiva, «la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países». Para establecer el nivel inadecuado de protección, se considera que será aquel en el que se producen perjuicios para los interesados que permiten hablar de vulneración de su derecho a la protección de datos personales.

<sup>57</sup> Artículo 26 de la Directiva 95/46/CE.

trativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido por la misma, a más tardar al final de un periodo de tres años a partir de su adopción.

Además, se contempla que la Comisión presente al Consejo y al Parlamento Europeo periódicamente un informe sobre la aplicación de esta Directiva, acompañado, en su caso, de las oportunas propuestas de modificación, mismo que será publicado.<sup>58</sup>

#### IV. DIRECTIVA 2002/58/CE DEL 12 DE JULIO, SOBRE LA PRIVACIDAD Y LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Han sido importantes y numerosos los esfuerzos de las instituciones comunitarias por adecuar los avances tecnológicos a normas que facilitarán la protección de las personas en relación con el tratamiento de sus datos personales,<sup>59</sup> de ahí que la primera Directiva 97/66/CE sobre la protección de datos en el sector de las telecomunicaciones,<sup>60</sup> haya sido recientemente derogada, por un nuevo texto que,

se adapta al desarrollo de los mercados y de las tecnologías de los servicios de comunicaciones electrónicas para que el nivel de protección de los datos personales y de la intimidad ofrecido a los usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas, sea el mismo, con independencia de las tecnologías utilizadas.<sup>61</sup>

Esta Directiva 2002/58/CE establece protección específica que abarca el correo electrónico, las comunicaciones telefónicas, el tráfico de datos, la identificación de la línea telefónica y las comunicaciones no solicitadas,<sup>62</sup> debido al imparable desarrollo de la sociedad de la información que ha contribuido a que resulte relativamente accesible la utilización de redes móviles digitales y de Internet, lo que conlleva a nuevas posibilidades en materia de tratamiento de datos personales,<sup>63</sup> además de nuevas formas de

<sup>58</sup> *Cfr.* el artículo 33 de la Directiva 95/46/CE.

<sup>59</sup> Herrán Ortiz, Ana Isabel, *El derecho a la protección de datos... op. cit.*, nota 47, p. 46.

<sup>60</sup> Directiva 97/66/CE, del 15 de diciembre, relativa al tratamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.

<sup>61</sup> Considerando 4 de la Directiva 2002/58/CE.

<sup>62</sup> Solove, David J. y Rotenberg, Mark, *op. cit.*, nota 25, p. 722.

<sup>63</sup> Herrán Ortiz, Ana Isabel, *El derecho a la protección de datos... op. cit.*, nota 47, p. 46.

agresión a la intimidad y a la vida privada como lo señala Fernández Rodríguez,<sup>64</sup> al citar las siguientes:

- La entrada en el disco duro de un ordenador sin consentimiento.
- La elaboración de perfiles del navegante (construidos en torno a su vida privada) con fines publicitarios, u otros más graves.
- La simple acumulación o registro de datos sin consentimiento.
- La transferencia de datos sin consentimiento.
- La interceptación de mensajes de correo electrónico y de las comunicaciones en general (leyendo y/o modificando su contenido).
- La suplantación de la personalidad de un usuario o de la identidad de una computadora.
- El hostigamiento electrónico.
- El uso indebido de directorios de correo electrónico o listas de usuarios.
- Alteración o destrucción de la información.
- Impedimento para acceder a la información (interrupción del servicio).
- El acceso a la cuenta del administrador.

Ante estas nuevas formas de agresión a la intimidad en lo que respecta a la protección de datos personales y también en lo relativo a las comunicaciones, esta Directiva 2002/58/CE señala las disposiciones básicas que deben de cumplir los países miembros de la UE, algunos de los cuales mencionaremos a continuación.

### 1. *Estructura de la Directiva 2002/58/CE*

La Directiva está conformada por la exposición de motivos y 21 artículos relativos al ámbito de aplicación y objeto, definiciones (al precisar conceptos como usuario, datos de tráfico, datos de localización, comunicación, llamada, consentimiento, servicios de valor añadido y correo electrónico), servicios afectados, seguridad, confidencialidad de las comunicaciones, datos de tráfico, facturación desglosada, restricciones de comunicación de la línea de origen y línea conectada, datos de localización, distintos a datos de tráfico, excepciones, desvío automático de llamadas, guías de abonados,

<sup>64</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 5, pp. 99 y 100.

comunicaciones no solicitadas, características técnicas y normalización, aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 95/46/CE, disposiciones transitorias, incorporación al derecho nacional, revisión, derogación, entrada en vigor y finalmente, los destinatarios de la misma.

## 2. *Ámbito de aplicación y objeto*

El objeto de esta Directiva pretende armonizar “las disposiciones de los Estados miembros necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas...”.

Al mismo tiempo fomenta la “libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la Comunidad”.<sup>65</sup>

## 3. *Confidencialidad de las comunicaciones*

Al tratar el tema de la seguridad en los servicios de comunicaciones electrónicas, las mayores dificultades las presenta el Internet y las comunicaciones por vía de telefonía móvil, no cabe duda que el desarrollo tecnológico hace que “cada día sea más difícil conservar intacto el ámbito de la propia vida privada”,<sup>66</sup> es por esto que los usuarios deberán de estar convenientemente informados de los riesgos para la seguridad que escapan a posibles soluciones adoptadas por el proveedor del servicio, informándose de manera especial a los usuarios de Internet las medidas que pueden adoptar ellos mismos para proteger sus comunicaciones.

La regulación pública, con la penetración del uso de Internet, se ve sometida a nuevos desafíos como lo indica Christian Pau, el poder público tiene que regular Internet pero “no para articular medidas represoras de la libertad individual, sino proteccionistas y garantes de la libertad de expresión y de la intimidad de los navegantes”.<sup>67</sup> El aparato estatal no puede de-

<sup>65</sup> Artículo 1o. de la Directiva 2002/58/CE.

<sup>66</sup> Fernández Esteban, María Luisa, *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, p. 137.

<sup>67</sup> Christian, Paul, *Du droit et des libertés sur Internet*, París, La documentation française, 2001, p. 67.

saparecer en este punto, ya que como indica Lessing: “la libertad del ciberespacio no surgirá de la ausencia del Estado”,<sup>68</sup> sino de la mano del mismo, coincidimos con esta afirmación porque insistimos que las nuevas tecnologías no sustituyen de ninguna manera la actividad estatal, sino al contrario, representan nuevos medios para el mejor control de su actividad, el desenvolvimiento de los individuos que las utilizan pero garantizando la protección a su privacidad.

Esta Directiva 2002/58/CE exige en su artículo 5.1 que los Estados “garanticen la confidencialidad de las comunicaciones, y de los datos de tráfico asociados a ellas, realizadas a través de redes públicas de comunicación y de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público”. Se prohíbe la escucha, grabación, almacenamiento u otros tipos de intervención o vigilancia de las comunicaciones y datos de tráfico asociados a ellas por personas distintas de los usuarios, sin el consentimiento de los interesados, salvo cuando estén autorizados legalmente conforme a lo dispuesto por esta Directiva en su artículo 15.1. En este sentido, la Comisión Especial de Redes Informáticas creada por el Senado español el 14 de marzo de 1998, cuyo informe fue aprobado por el pleno del Senado el 17 de diciembre de 1999, se había pronunciado al respecto, en la cuarta de sus conclusiones afirma que “el ordenador personal y el domicilio electrónico son inviolables”.

Respecto a los programas espía o identificadores ocultos y otros dispositivos similares que pueden introducirse en la terminal del usuario, sin su consentimiento, para acceder a información oculta o rastrear las actividades del usuario, únicamente será posible su utilización con conocimiento del propio usuario cuyos fines sean legítimos.<sup>69</sup>

#### 4. *Protección de los usuarios en el tratamiento de datos personales*

Respecto al tratamiento de “datos de tráfico”, entendiendo por tales “aquellos tratados a efectos de la conducción de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o a efectos de facturación”,<sup>70</sup> exige la Directiva el cumplimiento de la calidad de los datos, porque su tra-

<sup>68</sup> Lessing Lawrence, *El Código y otras leyes del ciberespacio*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 23.

<sup>69</sup> Considerando 24 de la Directiva 2002/58/CE.

<sup>70</sup> Artículo 2o. de la Directiva 2002/58/CE.

tamiento solo será posible en relación con los datos necesarios para facturación y pago de interconexiones, también se respetará el principio de la finalidad en el tratamiento de estos datos, por cuanto el mismo se autoriza sólo hasta por la expiración del plazo durante el cual pueda impugnarse legalmente el pago. El proveedor podrá utilizar la información de tráfico para la promoción comercial, únicamente mediante el consentimiento del interesado, mismo que puede revocar en cualquier momento.

### 5. *Comunicaciones no solicitadas*

Un problema importante para los usuarios de la Unión Europea ha sido “el envío de comunicaciones no deseadas”,<sup>71</sup> los abonados tienen derecho, a que se le garantice su intimidad, frente a intromisiones no deseadas a través de comunicaciones no solicitadas, al señalar que “sólo se podrá autorizar la utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana (aparatos de llamada automática) fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo”.<sup>72</sup>

Propone también la Directiva otras medidas en relación con la utilización de sistemas mediante los cuales el usuario puede acceder a la identidad del remitente e incluso pueda borrar sin tener que descargar el contenido de los mismos ficheros anexos, con lo que se reducen los costos del usuario.

### 6. *Implementación por los Estados miembros*

La Directiva 2002/58/CE señala en su artículo 17 lo relativo a la implementación de estas disposiciones indicando que los Estados miembros pondrán en vigor antes del 31 de octubre de 2003.

Resulta pertinente señalar que en el caso de que los Estados miembros no hayan cumplido con la fecha fijada por la Directiva, caen en responsabilidad y las personas físicas y jurídicas afectadas pueden acudir al Tribunal

<sup>71</sup> Herrán Ortiz, Ana Isabel, *El derecho a la protección de datos... op. cit.*, nota 47, p. 50.

<sup>72</sup> Artículo 13.1 de la Directiva 2002/58/CE.

de Primera Instancia de la Comunidad Europea,<sup>73</sup> a través del recurso de anulación establecido en los artículos 225 y 230 del TCE.<sup>74</sup>

#### V. PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas fue creado en 1952 conforme al Tratado de París (por el que se creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero), su trabajo es garantizar que la legislación de la Unión Europea (conocida también como “derecho comunitario”) se interprete y aplique de la misma manera en cada Estado miembro, sin tener competencia para resolver conflictos entre Estados miembros, empresas y particulares. El Tribunal está integrado por un juez por cada Estado miembro y un grupo de ocho abogados generales encargados de presentar dictámenes sobre los casos planteados por el mismo. El Tribunal resuelve mediante sentencias, que versan sobre cuestiones prejudiciales, recurso por incumplimiento, recurso de anulación y recurso por omisión.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> El Tribunal de Primera Instancia, al igual que el Tribunal de Justicia, tiene la misión de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los tratados constitutivos de las comunidades europeas y de las disposiciones adoptadas por las instituciones comunitarias competentes. Este Tribunal está compuesto por 25 jueces al menos, uno por cada Estado miembro, los cuales eligen a su presidente. La creación del Tribunal de Primera Instancia implica la institución de un sistema jurisdiccional basado en un doble grado de jurisdicción: todos los asuntos juzgados en primera instancia por el mismo, pueden ser objeto de un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia, limitado a las cuestiones de derecho. Para mayor información, consultar la página: <http://www.curia.eu.int/es/instit/presentationfr/tpi.htm>.

<sup>74</sup> Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

<sup>75</sup> El año 2004 ha sido el más productivo en la historia del Tribunal de Justicia, se resolvieron 30% más de los casos que respecto a 2003, significando una reducción de asuntos pendientes a sólo el 14%. Se redujo sensiblemente la duración media de los procedimientos; entró en vigor el Tratado de Niza en febrero de 2003, que introdujo una serie de modificaciones como la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, el Tribunal de Justicia se pronuncie sin intervención del abogado general. Otro factor de incremento de la eficiencia en este Tribunal es que a partir de la incorporación de nuevos miembros a la Unión Europea en mayo de 2004 se incorporaron 10 nuevos jueces, teniendo una repercusión directa en el la resolución de asuntos efectivos de este Tribunal. Así, en 2004 se resolvieron 665 y se presentaron 531, comparados con 2003 donde se presentaron 561 asuntos, de los cuales se resolvieron sólo 494. La duración de los procedimientos en 2004 se agilizaron notablemente comparados con 2003. La remisión prejudicial se redujo de 25 a 23 meses; los recur-

Este Tribunal de Justicia se ha pronunciado respecto a la protección de datos, analizaremos dos de sus principales sentencias: la del 20 de mayo de 2003 y del 6 de noviembre de ese mismo año, las cuales serán brevemente referidas a continuación.

a) En la Sentencia del Tribunal de Justicia del 20 de mayo de 2003. Austria. Caso *Österreichischer*. Decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 95/46/CE,<sup>76</sup> se plantea el litigio entre el *Rechnungshof* (Tribunal de cuentas) y un gran número de sujetos a su control por una parte, y por la otra la señora Neukomm, el señor Lauer mann y su empleador, un organismo público de radiodifusión.

La controversia en la referida sentencia está centrada en que el Tribunal de Cuentas publicaba en sus informes el nombre de las personas afectadas y junto a éste el importe de sus salarios. Los argumentos se encuentran divididos según las partes: el Tribunal de Cuentas afirma que la inclusión de datos nominales en los informes es legal (conforme a la legislación austriaca), puesto que el anonimato no permite ejercer un control suficiente de los contribuyentes, el gobierno austriaco destaca que se debe tener en cuenta la proporcionalidad en la que los datos afectan a la intimidad, puesto que los datos relativos a la intimidad de la persona, a la salud, a la vida familiar o a la sexualidad deben protegerse más que los datos relativos a los ingresos y a los impuestos que si bien revisten también un carácter personal, afectan en menor medida la identidad de la persona y son, por tanto, menos sensibles.

El gobierno danés se suma e estos argumentos aduciendo que la protección de datos personales que no se consideren sensibles debe ceder ante el “principio de transparencia”, que ocupa un lugar esencial en el ordenamiento comunitario. El gobierno finlandés afirma que la protección a la intimidad no es absoluta y que los datos relativos a una persona en el marco

esos directos se redujeron de 25 a 20 meses; los recursos de casación de 28 a 21 meses. Información obtenida del comunicado de prensa publicado en la página oficial de la Unión Europea, mismo que se puede consultar en la dirección electrónica: <http://curia.eu.int/es/actu/calendriers/index.htm>.

<sup>76</sup> “Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Directiva 95/46/CE. Protección de la intimidad. Divulgación de datos sobre ingresos de empleados de entidades sujetas a control del *Rechnungshof* (Tribunal de cuentas)”, sentencia publicada en la página de la Agencia de Protección de Datos Personales: <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=es&num=79969479C19000465&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>.

de sus funciones o misiones públicas no están comprendidos en la protección de este derecho.

Por el otro lado, en los argumentos de la contraparte se estima que debido a la publicidad que se da a sus salarios, limita la capacidad de los trabajadores de negociación con las sociedades extranjeras y disuade a los nacionales de otros Estados miembros de buscar empleos en las entidades sujetas a dicho control, por lo tanto, no es necesario la publicación de los salarios relacionados directamente con los nombres de las personas en lo particular.

Ante estos argumentos, el Tribunal de Justicia se pronuncia que los datos relativos a los ingresos abonados por ciertas entidades constituyen “datos personales” en el sentido que establece la Directiva 95/46/CE, y que la comunicación que se hace a un tercero lesiona el respeto a la vida privada de los interesados, sea cual fuere la utilización posterior de los datos comunicados, por tal motivo “carece de relevancia que los datos comunicados tengan o no el carácter de sensible o que los interesados hayan sufrido o no eventuales inconvenientes”.<sup>77</sup>

A la cuestión que se plantea sobre si la relación del nombre de las personas afectadas junto con los ingresos que se perciben es proporcionada a la finalidad legítima perseguida y si los motivos invocados ante el Tribunal de Justicia (en adelante TJ) para justificar tal divulgación, resultan pertinentes o suficientes, el mismo TJ señala que corresponde a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar si tal publicidad es necesaria y apropiada para lograr el objetivo de una buena gestión de los recursos públicos. El TJ en su resolutivo segundo reconoce que las disposiciones de la Directiva 95/46/CE relativos a que los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos pueden ser invocados por un particular ante sus órganos nacionales para evitar la aplicación de normas de derecho interno contrarias a estas disposiciones.

b) En la Sentencia del Tribunal de Justicia del 6 de noviembre de 2003 —Suecia, caso Lindqvist, decisión prejudicial de la interpretación de la Directiva 95/46/CE—<sup>78</sup> se plantean cuestiones prejudiciales sobre la inter-

<sup>77</sup> Considerando 74 y 75 de la STJ del 20 de mayo de 2003.

<sup>78</sup> “Directiva 95/46/CE. Ámbito de aplicación. Publicación de datos personales en Internet. Lugar de la publicación. Concepto de transferencia de datos personales a países terceros. Libertad de expresión. Compatibilidad con la Directiva 95/46 de una protección más rigurosa de los datos personales por parte de la normativa de un Estado miembro”, sentencia publicada en la página de la Agencia de Protección de Datos Personales.

pretación de la Directiva 95/46 en el marco de un proceso penal seguido a la señora Lindqvist, acusada de haber infringido la normativa sueca relativa a la protección de datos personales al publicar en su sitio de Internet, diversos datos de carácter personal sobre 18 personas que, como ella, colaboran voluntariamente con una parroquia de la Iglesia protestante de Suecia, relativos a su situación familiar, número de teléfono e información adicional. La señora Lindqvist no había informado a sus compañeros de la existencia de estas páginas Web, tampoco había solicitado su consentimiento, ni había comunicado su iniciativa a la agencia sueca de protección de datos personales.

Por su parte, el ministerio fiscal inició un proceso penal contra la señora Lindqvist por haber tratado datos personales de modo automatizado sin haberlo comunicado a la agencia sueca de protección de datos personales; así como haber tratado datos personales delicados como los relativos a la lesión de un pie y a la baja parcial por enfermedad y haber transferido datos de carácter personal a países terceros sin autorización.

Ante estos argumentos de las partes, el TJ se pronunció señalando los siguientes resolutivos:

1. La conducta que consiste en hacer referencia en una página web a diversas personas y en identificarlas por su nombre u otros medios como su número de teléfono, o condiciones de trabajo y a sus aficiones constituye un “tratamiento total o parcialmente automatizado de sus datos personales”, por lo tanto es aplicable la Directiva 95/47/CE.
2. Un tratamiento de esta naturaleza no está comprendido en ninguna de las excepciones que se mencionan en el citado ordenamiento comunitario como el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito del derecho comunitario o en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.
3. La indicación de que una persona se haya lesionado un pie y está en situación de baja parcial constituye un dato personal relativo a la salud en el sentido del artículo 8o. apartado 1 de la Directiva en cuestión.
4. No existe una “transferencia a país tercero de datos” en el sentido de la Directiva 95/46, puesto que cuando se difunden datos en una página web de modo que dichos datos resulten accesibles a cualquier persona que se conecte a Internet, incluidas aquellas que se encuentren en países terceros.

5. Muy importante resulta el contenido del resolutivo quinto puesto que señala que las disposiciones de la Directiva 95/46/CE no entrañan por sí mismas una restricción contraria al principio general de libertad de expresión; además, incumbe a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales “garantizar el justo equilibrio entre los derechos e intereses en juego, incluidos los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico comunitario”.
6. En el resolutivo sexto afirma que aunque los Estados miembros tienen la obligación de sujetarse a las directivas comunitarias, nada impide que un Estado miembro “extienda el alcance de la normatividad nacional que adapte el derecho interno a lo dispuesto por la Directiva 95/46 a situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta última” siempre que no contravenga alguna otra norma de derecho comunitario.

## VI. CONCLUSIONES

Una consideración especial en lo relativo al nivel de protección de los datos personales dentro de los países miembros de la Unión Europea se deben indudablemente a la adopción de instrumentos normativos supranacionales llamados Directivas, las cuales —como tuvimos oportunidad de observar— establecen obligaciones respecto al resultado de la protección de datos personales y no en cuanto al medio empleado, motivo por el cual cada país miembro elige su sistema de protección con base en su propia tradición jurídica, además de la ideología y las prioridades que tenga cada país miembro de la Unión Europea.

En lo relativo a la protección de datos personales, resulta inminente mencionar los dos principales instrumentos normativos en la materia, nos referimos a la Directiva 95/46/CE del 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, así como la Directiva 2002/56/CE del 12 de julio, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

Sin embargo, ambas directivas otorgan derechos en vez de crear obligaciones por lo tanto cuando ocurre una violación de los derechos de los ciudadanos miembros de algún país integrante de la Unión Europea, pueden recurrir a las instituciones comunitarias, tal como el tribunal de Justicia de la Unión Europea, o directamente a sus gobiernos nacionales que hayan

transpuesto o adoptado esta normativa en su derecho nacional originando así un “efecto vertical”, pero esto no crea un derecho para que un ciudadano formule en contra de otro ciudadano (efecto horizontal) para esto es necesario recurrir a la legislación nacional.

Tanto la implementación de directivas que marcan pautas generales de protección de datos personales, como el correcto funcionamiento de tribunales transnacionales han significado que los países miembros tengan un alto nivel de responsabilidad en el manejo y protección de la información de sus ciudadanos, configurándose una posición conservadora a nivel internacional que marca pauta para la adopción de regulación jurídica incluso de países no miembros del sistema comunitario.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABAD AMOROS, María Rosa, *Derecho a la información*, Madrid, Ariel, 2003.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, José María, *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- ÁVALOS MARÍA, G. y ARRABAL DE CANALS Olga, P. (coords), *Derecho a la información, hábeas data e Internet*, Buenos Aires, La Roca, 2002.
- BANISAR, David y DAVIES, Simon, *Global Trends in Privacy Protection: An International Survey of Privacy, Data Protection, and Surveillance Laws and Developments*, Illinois, J. Marshall, Computer & Info, 1999.
- BENNETT, J. Colin, “Convergence revisited: Toward a Global Policy for the Protection of Personal Data?”, *Technology and Privacy: The New Landscape*, Nueva York, Aspen Publishers, 1999.
- CHRISTIAN, Paul, *Du Droit et des libertés sur Internet*, París, La documentation française, 2001.
- ESCOBAR DE LA CERNA, Luis (ed.), *Sociedad, información y Constitución*, Madrid, Universitas, 2004.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- HERRERA BRAVO, Rodolfo y NÚÑEZ ROMERO, Alejandra, *Derecho informático*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas La Ley, 1999.
- LESSING LAWRENCE, *El Código y otras leyes del ciberespacio*, Madrid, Tecnos, 2001.

- LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma, *Internet y comunicaciones digitales*, Barcelona, Bosch, 2000.
- MORÓN LERMA, Esther, *Internet y derecho penal. "Hacking" y otras conductas ilícitas en la Red*, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- PIERINI, Alicia, *et al.*, Hábeas data. *Derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2002.
- PRIETO GUTIÉRREZ, Jesús María, "La Directiva 95/46/CE como criterio unificador", *Revista del Poder Judicial*, Madrid, num. 48, 1997.
- RUIZ Miguel, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995.
- SOLOVE, David J. y ROTENBERG, Mark, *Information Privacy Law*, Nueva York, Aspen Publishers, 2003.
- TERCEIRO, José B. y MATÍAS, Gustavo, *Digitalismo, el nuevo horizonte sociocultural*, Madrid, Taurus, 2001.
- TOFFLER, Alvin, *La tercera ola*, Barcelona, Plaza & Janes, 1980.
- VILLANUEVA, Ernesto y LUNA PLA, Issa (ed.), *Derecho de acceso a la información pública. Valoraciones iniciales*, México, UNAM, 2004.
- ZUBIRI, Xavier, *Naturaleza: historia, Dios*, Madrid, Editora Nacional, 1999.