

INFORMATIZACION DE LA SOCIEDAD Y DERECHO DE GENTES

por **GREGORIO GARZON CLARIANA**

SUMARIO

INTRODUCCION

I. DERECHO DE LA INFORMATICA Y COOPERACION INTERNACIONAL

1. La informática y el Derecho

- A) *Informática jurídica y Derecho de la informática*
- B) *Manifestaciones del Derecho de la informática*

2. La cooperación internacional en el ámbito del derecho de la informática

- A) *La contribución de las organizaciones internacionales al desarrollo del Derecho de la informática*
- B) *El Derecho de la informática, desafío a la cooperación internacional*

II. INFORMATICA Y PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Automatización de datos personales y derechos humanos

- A) *La protección de la persona humana frente a la automatización de los datos que la conciernen*
- B) *La dimensión internacional del problema*

2. La actividad normativa de las Organizaciones regionales para la protección de los datos de carácter personal

- A) *La contribución del Consejo de Europa*
- B) *La contribución de la OCDE y de la Comunidad europea*

III. INFORMATICA Y NUEVO ORDEN ECONOMICO INTERNACIONAL

1. El debate sobre los flujos internacionales de datos

- A) *Las repercusiones de los flujos en el ámbito económico*
- B) *La emergencia de políticas en conflicto*

2. El entorno jurídico de los flujos internacionales de datos

- A) *Disposiciones originadas por políticas económicas*
- B) *Otras disposiciones*

OBSERVACIONES FINALES

INTRODUCCION

Uno de los rasgos más característicos de la experiencia jurídica actual es la constante repercusión del avance tecnológico como factor de tensión y de cambio del Derecho. En ese contexto, el impacto de las aplicaciones de la informática, hoy en rápido despliegue, se anuncia muy considerable. La utilización masiva de ordenadores está provocando un amplio conjunto de modificaciones en el medio social, que suelen englobarse en la noción de «informatización de la sociedad», de amplia difusión tras la publicación del célebre informe de ese título aparecido en 1978 y preparado por Simon Nora y Alain Minc siguiendo instrucciones de la Presidencia de la República Francesa. Como ocurriera antaño con la industrialización, la informatización entraña el tránsito hacia un estado tecnológico superior y muy distinto, en el que van a quedar progresivamente obsoletas muchas de las normas, instituciones y prácticas del entorno jurídico que hemos heredado, que otras se están ya abriendo paso por la imperiosa fuerza de la necesidad.

El objeto de este curso son las proyecciones de esta evolución en el Derecho internacional o Derecho de gentes, esto es, en el sistema jurídico de la comunidad internacional. Es un aspecto aún poco conocido, donde escasea la reflexión crítica o, si se prefiere, la elaboración doctrinal. Si me he atrevido a proponerlo a su atención, es ante todo porque mi participación personal en la labor de diversos foros internacionales me ha hecho tomar pronto conciencia de su interés creciente y de algunas de sus implicaciones.

El plan del curso responde básicamente a la consideración de que los estudios de Derecho de la informática se encuentran entre nosotros en estado incipiente. No parece aconsejable, entonces, dar por supuestos unos conocimientos generales que acaso falten en algunos de ustedes. En consecuencia, el Capítulo I presenta, bajo el título de «Derecho de la informática y cooperación internacional», un panorama —ya que no un inventario completo— de las principales cuestiones jurídicas relacionadas con la informática, antes de pasar a señalar la contribución de las Organizaciones internacionales al desarrollo de la regulación sobre la materia. Con el apoyo de esta visión de conjunto, los

Capítulos subsiguientes se adentran en las dos áreas más afectadas por la irrupción de nuevos problemas derivados del uso de la informática: la protección internacional de los derechos humanos y el Derecho del desarrollo, orientado actualmente por el movimiento hacia un Nuevo Orden Económico Internacional.

I. DERECHO DE LA INFORMATICA Y COOPERACION INTERNACIONAL.

1. La informática y el Derecho.

A) *Informática jurídica y Derecho de la informática.*

Las relaciones entre la informática y el Derecho presentan dos vertientes claramente distintas: la informática jurídica y el Derecho de la informática. Esta distinción no siempre se recuerda, deficiencia esta que constituye la fuente de no pocas confusiones.

La informática jurídica comprende el conjunto de aplicaciones de la informática que guardan relación con el conocimiento del Derecho, aunque la noción puede extenderse para incluir también a la utilización de la informática como instrumento de gestión en las actividades específicamente jurídicas, por ejemplo en la Administración de Justicia o en los Registros públicos. Las realizaciones en este campo son relativamente numerosas, lo cual suele atribuirse al gran volumen y a la naturaleza cambiante de la información que necesitan los juristas. La dificultad cada vez mayor para encontrar las disposiciones pertinentes y vigentes ante un punto concreto explica que en varios países los juristas se hayan contado entre los primeros usuarios de la informática. El ámbito del Derecho internacional no ha sido una excepción, de modo que hoy existen diversos archivos automáticos especializados en los datos relativos a tratados internacionales, resoluciones de Organizaciones de este carácter, o bibliografía sobre temas de la disciplina o ciencia del Derecho internacional público.

Por Derecho de la informática entendemos, en cambio, el conjunto de reglas jurídicas que contemplan las operaciones efectuadas por medio de sistemas informáticos, así como las transacciones vinculadas a tales sistemas, o alternativamente la emergente disciplina o ciencia jurídica consagrada al estudio de este sector de reglamentación. Dicho de otro modo, mientras la informática jurídica es técnica aplicada al Derecho, el Derecho de la informática es la nueva rama del Derecho referente a la tecnología informática.

El Derecho de la informática se define por referencia al concepto de sistema informático. El sistema informático comprende los elementos precisos

para el proceso o tratamiento de los datos, y está compuesto por el equipo material (ordenador central, terminales y eventualmente equipo remoto, además de una variada gama de accesorios) y por la colección de programas indispensables para el funcionamiento del ordenador. Esta puntualización tiene como corolario que el Derecho de la informática no se reduce a la materialidad del ordenador, sino que abarca, por ejemplo, la protección de la propiedad intelectual sobre los programas. Conviene advertir también que en los países anglosajones la denominación habitual es la de «Derecho del ordenador» (*Computer Law*), pero que esta diferencia es puramente lingüística y no entraña una noción distinta de la descrita.

La autonomía del Derecho de la informática como disciplina o ciencia jurídica no es aceptada por todos, y puede ser atacada desde dos ángulos diferentes. En primer término, cabe pensar que las reglas jurídicas relacionadas con los sistemas informáticos se agrupan en núcleos claramente diferenciados, que pueden ser tratados más adecuadamente como subconjuntos dentro de las disciplinas jurídicas tradicionales. Esta posición parece implícita en la reivindicación de un Derecho Penal de la Informática, que ha hecho relativa fortuna. En segundo lugar, es posible estimar que las reglas en cuestión, consideradas globalmente, carecen de suficiente especificidad frente a las disposiciones asociadas a otras actividades informativas, de suerte que deberían quedar subsumidas en una disciplina de más amplia cobertura, el Derecho de la Información, de contornos todavía mal definidos. Esta tesis está siendo debatida en la actualidad, con actitudes tan discrepantes como la del Profesor Catalá, de la Universidad de París, autor de una teoría jurídica comprensiva de la información, y la del Dr. Bing, de la Universidad de Oslo, que ha planteado las más serias dudas sobre la viabilidad de una disciplina de este alcance.

En cualquier caso —y sin ánimo de terciar en este debate teórico— parece claro que la fórmula «Derecho de la informática» es cuando menos una etiqueta conveniente para designar a la totalidad de las reglas suscitadas por los efectos sociales de la proliferación de sistemas informáticos, o a la reflexión sobre ellas, y será acogida aquí por mor de la comodidad del lenguaje.

B) *Manifestaciones del Derecho de la informática.*

Las manifestaciones del Derecho de la informática cubren un amplio espectro de ámbitos de regulación, pues la referencia a la noción de sistema informático permite operar un corte transversal en las disciplinas jurídicas tradicionales, de forma parecida a lo que sucede en la adopción del concepto de tráfico privado externo como eje central de la disciplina del Derecho Internacional Privado. A los efectos de este curso, bastará con un sencillo muestreo de las realizaciones en los campos del Derecho constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho del Trabajo, el Derecho Civil y

el Derecho Mercantil. El propósito no es otro que ilustrar la extensión de los problemas debidos al proceso de informatización.

En la esfera del Derecho Constitucional, la aparición del ordenador ha sido vista como una amenaza a la distribución de funciones entre los poderes públicos, justificando cautelas como las que se establecen en la Ley de Protección de Datos del *Land* de Hesse, en la República Federal de Alemania, aprobada en 1970. El problema más conocido es, sin embargo, el de la incidencia de la automatización de los datos relativos a las personas en el disfrute de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La utilización del ordenador para mejorar la información disponible sobre las personas ha despertado profundos y justificados recelos en un cierto número de países, que en un primer momento se tradujeron en campañas de prensa y movilizaciones populares, y más tarde en una rica actividad legislativa encaminada a la protección de los datos personales. Este tema presenta especial interés desde el punto de vista del Derecho internacional, y se volverá sobre él más adelante.

En el campo de acción del Derecho Administrativo se detectan diversos supuestos, como son el derecho de acceso a los archivos o bases de datos de titularidad pública, las medidas para paliar la especial vulnerabilidad de las sociedades en trance de informatización, o la revisión del régimen de los contratos celebrados por el Estado.

El derecho de acceso a los archivos públicos se presenta como un corolario del derecho fundamental a la información. No obstante, la reivindicación actual de ese derecho presenta una cierta conexión con la protección de los datos personales. La informatización de los servicios públicos provoca la aparición de una línea de tendencia en la que los ciudadanos son vigilados con creciente facilidad por una Administración cada vez más impersonal, distante y opaca. Para invertir el signo de esta evolución no basta con tutelar los datos relativos a las personas: es preciso también que la Administración descubra sus arcanos, salvo cuando se trate de auténticos secretos oficiales. Esto se ha entendido así en varios países, por ejemplo en los Estados Unidos de América, dando lugar a la legislación correspondiente.

La cuestión de la vulnerabilidad presenta un carácter distinto. La progresiva dependencia de la sociedad respecto de los sistemas informáticos la hace especialmente vulnerable en las hipótesis de destrucción intencionada o fortuita de los equipos, de inutilización de los sistemas de comunicaciones, o de desaparición o alteración de los datos registrados. Este riesgo se ha materializado ya en algunos casos de sabotaje, por ejemplo en Italia, donde produjo el colapso de un importante servicio público. Para prevenir este género de situaciones se requiere, entre otras cosas, la adopción de medidas encaminadas a garantizar la seguridad material y técnica, como ya se ha hecho en Suecia por impulso del Ministerio de Defensa.

La revisión del régimen de los contratos celebrados por los poderes públicos viene determinada por las condiciones en que se desenvuelve el comercio de bienes y servicios informáticos. En particular, la presencia dominante de las grandes empresas transnacionales que fabrican los equipos informáticos convierte en ilusoria la posición eminente que formalmente corresponde a la Administración en esta clase de contratos; en los hechos, es la parte contratante privada la que impone las cláusulas del contrato. Esta práctica es difícil de erradicar sin una actualización de la legislación aplicable, aunque puede ser corregida hasta cierto punto mediante la negociación de condiciones generales entre la Administración, considerada como un todo, y las empresas suministradoras. Esta vía se ha ensayado con buenos resultados en Méjico, entre otros países.

En lo que respecta al Derecho Penal, se asiste a una tipificación como delitos de ciertas conductas que consisten básicamente en manipulaciones ilegales o no autorizadas de los sistemas informáticos. El factor desencadenante de esta reciente legislación han sido las transferencias electrónicas de fondos, que han proporcionado posibilidades antes inéditas a los amigos de lo ajeno, siempre que cuenten con la adecuada formación técnica. En los Estados Unidos se han producido algunos casos bien conocidos, bien por la importancia de la suma sustraída, bien por el refinamiento de los medios empleados.

En el Derecho del Trabajo encontramos disposiciones directamente relacionadas con la informatización. En particular, ha sido necesario introducir correctivos en el régimen de trabajo del personal informático, al objeto de humanizarlo. Los logros más celebrados son los que se han producido en Noruega.

El ámbito del Derecho privado ha presenciado una eclosión de problemas, que sólo parcialmente han recibido respuestas del legislador, y que ponen en juego intereses de gran magnitud. Así, en el Derecho Civil se plantea la responsabilidad por daños derivados del funcionamiento o de las operaciones de los sistemas informáticos, y también la protección de la propiedad literaria o artística, especialmente en el contexto de los bancos de datos bibliográficos. Por otra parte, el Derecho registral debe adaptarse a la automatización de los registros, que es un hecho incluso en los países en vías de desarrollo, como lo muestra la experiencia de Costa Rica respecto del Registro de la Propiedad. En cuanto al Derecho Mercantil, baste señalar los problemas inherentes a los medios electrónicos de pago y a la protección de los programas informáticos. En general, planea sobre el conjunto del Derecho privado la aparición de nuevos tipos contractuales, y más aún la inadecuación del Derecho de los contratos tradicional para abordar ciertos aspectos de las relaciones contractuales.

Las indicaciones anteriores podrían seguir con referencias al Derecho Procesal y al Derecho internacional privado, pero parecen suficientes para una

primera apreciación de conjunto de las repercusiones de la informatización de la sociedad en el Derecho del Estado. En la misma medida, deberían servir para calibrar mejor el alcance de la cooperación internacional en este ámbito.

2. La cooperación internacional en el ámbito del Derecho de la informática.

A) *La contribución de las Organizaciones internacionales al desarrollo del Derecho de la informática.*

El desarrollo del Derecho de la informática ha recibido un impulso nada desdeñable de los trabajos de ciertas Organizaciones internacionales, tanto universales como regionales. Tales trabajos se han traducido a veces en una actividad normativa, y en otras ocasiones en la preparación de informes o estudios o en la celebración de Conferencias o reuniones internacionales.

Las Organizaciones universales cuya labor ha sido más significativa son las Naciones Unidas, la Oficina Intergubernamental para la Informática (I.B.I.) y la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual. La actividad de las Naciones Unidas procede de la Conferencia de Teherán, donde se expresó inquietud por las consecuencias de la utilización de nuevas tecnologías en el disfrute de los derechos humanos. Como resultado de esta preocupación, el Secretario General de la Organización presentó en 1974 un importante informe a la Comisión de Derechos Humanos, titulado «Aplicaciones de la electrónica que pueden afectar los derechos de la persona y límites que se deberían fijar para estas aplicaciones en una sociedad democrática». Este informe no condujo a ninguna actividad digna de mención por parte de la Comisión, al parecer porque ésta se percató de las implicaciones económicas de la materia y de la inoportunidad de abordarlas en ese momento (1974 es el año de la Declaración sobre un Nuevo Orden Económico Internacional). No obstante, este informe despertó un gran interés en los expertos de otras Organizaciones y en las autoridades de los países democráticos. Posteriormente la Comisión se ha interesado por la cuestión de la protección de las personas frente a los archivos automatizados de las Organizaciones internacionales.

Otra actividad destacada de las Naciones Unidas es el estudio del «papel de las empresas transnacionales en los flujos transfronteros de datos y su impacto sobre el país de origen y el país huésped, en particular los países en vías de desarrollo», estudio emprendido como parte de los esfuerzos del Centro sobre las Empresas Transnacionales. Uno de los temas conexos, las transferencias electrónicas de fondos a través de las fronteras, está siendo examinado por la Comisión de Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

La Oficina Intergubernamental para la Informática viene dedicando especial atención a los aspectos jurídicos de los flujos transfronteros de datos.

La principal preocupación de esta Organización consiste en encontrar un marco jurídico que imprima a los flujos una orientación favorable al desarrollo. Esto se explica por cuanto el I.B.I., a pesar de su vocación universal, está lejos de haber alcanzado la universalidad efectiva: en concreto, 33 de sus 36 Estados Miembros son países en vías de desarrollo. El I.B.I. organizó la primera Conferencia Intergubernamental sobre Estrategias y Políticas en materia de Informática, celebrada en Torremolinos en 1978 con el copatrocinio de la UNESCO. La Segunda Conferencia está prevista para 1984 en La Habana, y cuenta con el apoyo del Movimiento de los Países No Alineados, según se desprende de la declaración política aprobada hace escasos meses en Nueva Delhi.

El I.B.I. es probablemente la organización más activa en este campo, y ha preparado o está preparando otras Conferencias más especializadas, reuniones regionales o nacionales, y un cierto número de relevantes estudios. En la actualidad constituye el principal punto de encuentro de los expertos en Derecho de la informática, así como la única Organización que se interesa por el conjunto de los temas.

La Organización Mundial para la Propiedad Intelectual patrocinó la reunión de un Grupo de Expertos sobre la propiedad intelectual sobre los programas de ordenador en 1979; más recientemente, en junio de 1982, ha organizado en cooperación con la UNESCO una reunión de expertos gubernamentales para tratar de los problemas surgidos del uso de ordenadores para el acceso a obras o para la creación de éstas.

En el plano regional, las Organizaciones cuya actividad ha alcanzado mayor difusión son el Consejo de Europa y la OCDE, aunque también pueden señalarse los trabajos de la Comunidad Europea.

La acción del Consejo de Europa se ha concentrado en muy pocos temas, pero en contrapartida ha sido jalonada de importantes manifestaciones de la función normativa de esta Organización. Entre ellas hay que anotar la Resolución 576 de la Asamblea Parlamentaria, aprobada en 1974, sobre el uso de ordenadores en las actividades parlamentarias. El objeto de esta Resolución es evitar que la utilización de la informática en la Administración redunde en un mayor predominio del poder ejecutivo, reforzando el control parlamentario precisamente mediante el uso de ordenadores. Se trata, sin embargo de una toma de posición no vinculante de la Asamblea.

Las realizaciones del Consejo de Europa que han conseguido mayor notoriedad e influencia son las relativas a la protección jurídica de los datos de carácter personal. En este terreno el Consejo mantiene un cierto liderazgo, favorecido por el prestigio y la autoridad de que disfruta en lo que concierne a la protección de los derechos humanos.

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) ha venido mostrando un gran interés por el libre flujo de los datos a través de las fronteras, llevada de su preocupación ante la posibilidad de que aparezcan barreras que sean un obstáculo para el comercio internacional. La orientación general de los trabajos de esta Organización está muy influida por las iniciativas de los Estados Unidos y por los intereses de sus nacionales. Esta circunstancia no constituye un secreto, ya que ha sido proclamada por funcionarios del Departamento de Estado como una importante ventaja de la OCDE desde el punto de vista norteamericano.

La Comunidad Económica Europea no ha desarrollado una actividad comparable a la de las Organizaciones antes referidas. Aun así, tanto el Parlamento Europeo como la Comisión de las Comunidades han recomendado líneas de acción concretas en lo que se refiere a los flujos intracomunitarios de datos personales.

B) El Derecho de la informática, desafío a la cooperación internacional.

Esta breve reseña de las actividades desarrolladas por las Organizaciones internacionales se presta a algunas observaciones de carácter general. La primera es que el Derecho de la informática es, en no pequeña medida, un producto de la cooperación internacional. La existencia de Administraciones y foros internacionales ha acelerado la preparación de estudios, ha permitido compartir experiencias y evaluar soluciones y, en ciertos casos, ha hecho posible la adopción de actitudes comunes. En conjunto, estas actividades han supuesto una caución importante para los expertos de los distintos Estados, de inapreciable valor para contrarrestar la influencia de aquellas instituciones y fuerzas económicas que consideran al Derecho de la informática como un atentado a su posición privilegiada.

La segunda observación es que, al propio tiempo, el Derecho de la informática constituye un reto a la cooperación internacional, cuyas debilidades e imperfecciones pone de manifiesto. Esto puede argumentarse en base a las duplicaciones existentes de actividad, y también aludiendo a la falta de acuerdo sobre algunas cuestiones significativas.

Se habrá advertido que algunos temas han sido abordados por dos o más Organizaciones internacionales. El paradigma puede ser la protección jurídica de los datos de carácter personal, en la que han concurrido las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la OCDE y la Comunidad Europea, por no mencionar la Recomendación n.º 1 de la Conferencia SPIN de Torremolinos. Esta plétora de esfuerzos ha tenido ya un importante efecto negativo, a saber la aprobación de textos normativos que responden a criterios y orientaciones divergentes. Este hecho es la consecuencia de la diversa composición de las

Organizaciones intervinientes, pero también apunta a una crisis de la distribución de funciones entre las Organizaciones internacionales como consecuencia de la informatización. Esta es una de las razones por las que esta materia merece una consideración más detallada.

Paralelamente, ha aparecido una falta de acuerdo entre los Estados en algunas cuestiones que, paradójicamente, parecen a primera vista especialmente adecuadas para la cooperación internacional. De este modo, no ha habido acuerdo sobre la regulación del tráfico privado internacional ni siquiera en el tema de la protección de los datos personales, donde se ha buscado con ahínco. Por otra parte, se han hecho patentes fuertes discrepancias acerca de la regulación deseable de los flujos internacionales de datos, que es muy probablemente el problema de mayor relevancia para el Derecho internacional público y la encrucijada donde se encuentran muchos otros. La ausencia de un compromiso sobre cuestiones como éstas pone de relieve el desajuste de los métodos habituales de la cooperación, ampliamente basados en la transacción y el compromiso, para hacer frente a la exacerbación actual de los conflictos de intereses y a una realidad rápidamente cambiante.

II. INFORMATICA Y PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

1. Automatización de datos personales y derechos humanos.

A) *La protección de la persona humana frente a la automatización de los datos que la conciernen.*

La práctica de registrar datos referentes a personas identificadas o identificables en archivos automáticos ha generado una gran desconfianza desde los años sesenta. Tal reacción es comprensible por cuanto la informatización de los ficheros públicos o privados sobre las personas supone un salto cualitativo en la información disponible para quienes los detentan. No se trata, en efecto, de una simple *mecanización* de las operaciones tradicionales, contra lo que parece sugerir el eufemismo según el cual nuestras Universidades confeccionan nóminas y listas de alumnos «mecanizadas». En realidad, la presencia de un ordenador facilita tanto estas operaciones que las convierte en algo distinto y, sobre todo, hace posibles operaciones nuevas a una escala y con una rapidez sin precedentes, cuya materialización no puede ser, además, detectada por el profano.

Los modernos sistemas informáticos facilitan la acumulación de un gran número de informaciones sobre las personas, simplifican el acceso selectivo a las informaciones que interesan y la rápida actualización de las informaciones

archivadas, y permiten obtener «perfiles de la persona» completos a través de la interconexión de los sistemas. Estas posibilidades, unidas al constante perfeccionamiento de las técnicas de vigilancia sobre las personas, han creado una considerable alarma entre los espíritus más conscientes e incluso en la opinión pública de las sociedades más atentas a la defensa de sus libertades. Baste con pensar que en un determinado país europeo se ha impedido la utilización de un nuevo modelo de carnets de identidad, adaptado al ordenador, por estimar que su imposición haría desaparecer la posibilidad de resistencia frente al ocupante en caso de conflicto bélico. Los ejemplos podrían multiplicarse. Es significativo que en los Estados Unidos las encuestas revelen que la protección de la vida privada es, desde hace algún tiempo, la cuestión que más preocupa a la mayoría de los ciudadanos.

El Derecho comparado es elocuente respecto de la reacción de las sociedades democráticas frente a semejantes novedades. En la actualidad unos catorce Estados cuentan con una legislación específica, que a menudo incluye cláusulas penales, y es cada vez mayor el número de los Estados que preparan leyes sobre el problema. Se han elaborado incluso informes oficiales en alguno de los países cuyo sistema político sigue el modelo soviético.

Las disposiciones protectoras tienen distinto rango jerárquico y ámbito de aplicación según los países, lo que permite distinguir varias clases, que por lo demás no son mutuamente excluyentes, de forma que pueden coincidir en un mismo Estado. Un primer grupo está constituido por disposiciones de rango constitucional que consagran el derecho individual a la protección de los datos personales, como las que se dan en Austria, España y Portugal. Un segundo bloque, más numeroso, es el de las disposiciones con rango de Ley. El alcance de estas leyes varía según los casos: algunas tienen un alcance general, como sucede, por ejemplo, en Francia o la República Federal de Alemania, mientras que otras tienen un ámbito de aplicación más restringido. Entre estas últimas pueden diferenciarse las leyes sectoriales —llamadas a aplicarse sólo en el sector público o sólo en el sector privado— y las leyes especializadas, que contemplan categorías de actividades con problemas específicos, por ejemplo el tratamiento de datos personales para la información crediticia. Finalmente, una tercera clase de disposiciones está formada por las que tienen un rango infralegal, emanadas del poder reglamentario de los poderes públicos o de distintos tipos de acuerdos, por ejemplo de convenios colectivos.

Las leyes correspondientes a Estados de Europa occidental presentan, en líneas generales, una serie de características comunes. Son leyes de alcance general, eventualmente complementadas por otras más especializadas, y en ellas se recogen tres tipos de normas: a) reglas sustantivas aplicables al tratamiento informático de datos personales; b) disposiciones de carácter adjetivo, sobre el procedimiento a seguir para que los individuos puedan acceder a los datos registrados sobre ellos e instar, en su caso, la eliminación o

la corrección de los datos falsos o cuyo registro no está justificado; y c) previsiones institucionales, sobre los órganos especiales a los que se encomienda el control de la aplicación de la ley.

La significación global de las leyes protectoras ha sido analizada desde dos perspectivas diferentes. Para unos, se trata de nuevas garantías al derecho a la intimidad, exigidas por el cambiado entorno tecnológico. Esta concepción se mantiene fija al concepto de la *privacy*, familiar en los países anglosajones. Para otros, lo que se persigue es garantizar el disfrute del conjunto de las libertades públicas, que no sería posible en una situación de libertad vigilada. Este punto de vista se halla sólidamente enraizado en Francia. Hay en esta discrepancia el reflejo de unas tradiciones jurídicas distintas, así como la huella de ciertas vivencias históricas. En particular, los países de la Europa continental han padecido la utilización intensiva de ficheros de informaciones personales por parte de regímenes totalitarios o de las autoridades de la ocupación durante la Segunda Guerra Mundial. La experiencia de los países anglosajones no es comparable.

En cualquier caso, conviene retener que la legislación tutelar de los datos relativos a las personas no protege únicamente el bien jurídico de la vida privada, tal como aparece delineado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los catálogos internacionales y constitucionales de los derechos fundamentales. Un objetivo importante de esta legislación es la prevención de las discriminaciones en el disfrute de tales derechos. Esto se desprende con toda claridad, por ejemplo, de la protección cualificada que se otorga normalmente a los datos referentes al origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o de otro carácter, la salud, la vida sexual o las condenas penales. Estas categorías de datos suelen estar rodeadas, en efecto, de mayores garantías que los restantes datos personales.

B) *La dimensión internacional del problema.*

Como acaba de verse, el *quid* de la cuestión de la protección de los datos personales no estriba tanto en añadir un nuevo derecho fundamental al repertorio de los ya conocidos, como en asegurar el disfrute efectivo del conjunto de tales derechos. Esta sola reflexión revela ya la dimensión internacional del problema, en una época en que el respeto de los derechos humanos se considera una materia de interés internacional. A esto hay que añadir que la protección de los datos sería ilusoria, o enormemente costosa, sin un mínimo de concertación entre los Estados. La necesidad de una cooperación internacional es aquí acuciante debido a la existencia de corrientes internacionales de datos, a las características de la industria informática y a la importancia económica de los servicios de proceso de datos.

La revolución tecnológica en el campo de las comunicaciones ha hecho posible la transmisión masiva de datos automatizados a alta velocidad y larga distancia. El resultado ha sido la multiplicación de las corrientes internacionales de datos, la formación de redes multinacionales de sistemas informáticos interconectados, y la expansión del comercio internacional de servicios de tratamiento de datos. No es raro que los flujos incluyan datos personales, y en algunos supuestos implican transferencias a gran escala de datos de esta naturaleza. Este es el caso, por ejemplo, de las redes de la Sociedad para la Telecomunicación Financiera Mundial Interbancaria (SWIFT) o de la Sociedad Internacional de Telecomunicaciones Aeronáuticas (SITA).

Como resultado de esta realidad, la protección de los datos personales requiere, para ser efectiva, una cierta ordenación de los flujos internacionales. De otro modo lo único que se conseguiría sería trasladar parte de los servicios de proceso de datos al territorio de un Estado más indulgente —es decir, a un «paraíso de datos»— para importar luego los datos una vez automatizados. Inútil decirlo, esto privaría de gran parte de su efectividad a la legislación protectora y tendría al propio tiempo efectos económicos adversos.

La ordenación de los flujos puede intentarse mediante medidas unilaterales. Existe un cierto número de disposiciones legislativas que cumplen esta función, a partir de la ley de protección de datos de Suecia del año 1973, que sometía los flujos a un sistema de autorización. Esta vía presenta, sin embargo, serios inconvenientes prácticos, como se desarrollará en otro lugar, por lo que la única solución satisfactoria consiste en llegar a acuerdos internacionales.

Otro factor relevante es la propia industria de productos informáticos, en conexión con el problema de la seguridad técnica. Es evidente que la legislación protectora debe prever determinadas exigencias de seguridad técnica en los equipos, al objeto de prevenir el acceso no autorizado o la modificación o eliminación fortuitas o intencionadas de los datos que conciernen a los individuos. Ahora bien, una disparidad demasiado marcada en las exigencias de seguridad de los diferentes Estados conduciría inevitablemente a una diversificación de productos que absorbería fácilmente parte de los beneficios que hoy se destinan a la investigación. Esto sucedería, claro está, en el supuesto de que las poderosas multinacionales del sector no optaran por dejar de atender el mercado de uno o varios Estados, creando una situación insostenible para los servicios públicos y para la actividad económica.

La tercera razón por la que es indispensable la cooperación internacional es la creciente importancia económica de los servicios informáticos. Se está formando un gran mercado internacional de estos servicios, que incluyen la consulta de bases de datos y la utilización de centros de tratamiento de datos. En esta situación, un excesivo desnivel entre los requisitos y exigencias de las diversas leyes de protección tendría una influencia cierta en la ubicación de los

archivos o de los centros en el territorio de uno u otro Estado. Esto provocaría distorsiones en la actividad económica en perjuicio de los Estados más escrupulosos en materia de protección de datos, y también de aquellos sospechosos por su especial indulgencia. No se trata de una simple especulación, sino de una posibilidad que ha sembrado la inquietud en los círculos económicos de determinados países.

Como se deduce de todo lo anterior, el peso de las consideraciones económicas conduce a una cierta homogeneidad en los regímenes de protección de datos personales, y también a la necesidad de pautas uniformes en la ordenación de los flujos internacionales. Esto se ha conseguido hasta cierto punto merced a esfuerzos auspiciados por Organizaciones internacionales.

2. La actividad normativa de las Organizaciones regionales para la protección de los datos de carácter personal.

A) *La contribución del Consejo de Europa.*

En este ámbito, el protagonismo ha correspondido a las Organizaciones de alcance regional. La Organización que ha llevado a cabo una labor más destacada ha sido el Consejo de Europa. Esta actividad del Consejo responde a una iniciativa de su Asamblea Parlamentaria, que en 1968 aprobó una recomendación —la Recomendación 509— por la que pedía al Comité de Ministros que examinase la posible incidencia del avance tecnológico en los derechos humanos, y en particular en el derecho a la intimidad. El Comité, al acoger esta iniciativa, centró el problema en los peligros derivados del uso de ordenadores.

El primer resultado de los trabajos dispuestos por el Comité de Ministros fue la aprobación de dos resoluciones, la Resolución (73) 22, del año 1973, sobre la «protección de la vida privada de las personas físicas frente a los bancos de datos electrónicos en el sector privado», y la Resolución (74) 29 sobre la protección en los bancos de datos del sector público, de 1974. Estos fueron los primeros textos internacionales que establecieron pautas de conducta sobre esta materia, y por esta razón tuvieron una gran resonancia en Europa y fuera de ella.

En 1976 se inicia una nueva etapa en las tareas del Consejo. El Comité de Ministros decide en ese año encomendar a un Comité de Expertos especial la preparación de un Convenio internacional, siguiendo los deseos expresados por la VII Conferencia de Ministros de Justicia. La elaboración de este Convenio exigirá un esfuerzo considerable, en especial para el Grupo de Trabajo restringido responsable de su redacción. Finalmente, el texto es adoptado en septiembre de 1980, y el Convenio se abre a la firma el 28 de enero de 1981.

Este Convenio, titulado «Convenio para la protección de las personas respecto del tratamiento automatizado de datos de carácter personal», está llamado a ser el primer tratado multilateral jurídicamente obligatorio sobre la materia. Su objetivo se indica en el artículo 1:

«El fin del presente Convenio es garantizar en el territorio de cada parte, a todas las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y de sus libertades fundamentales, y en particular de su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal que la conciernen («Protección de datos»).

Existe también otro objetivo, que se desprende del Preámbulo y del Capítulo III del Convenio, que versa sobre los flujos internacionales de datos. Se trata de remover los obstáculos a la circulación de datos entre los Estados Partes cuya justificación radique en la protección de la vida privada. Este propósito de liberalizar los flujos debe relacionarse con la reafirmación, en el Preámbulo, del compromiso de los Estados signatarios «en favor de la libertad de información sin consideración de fronteras», que parafrasea los términos del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Los objetivos del Convenio se inspiran, pues, en consideraciones atinentes a los derechos humanos, a las que se da prioridad sobre las conveniencias económicas. Este enfoque preside todo el articulado, que subordina la libre circulación de datos personales a la presencia de un nivel mínimo de protección de datos en los Estados Partes. También condiciona el método elegido, que consiste básicamente en formular unos principios mínimos de protección, sin que nada impida a los Estados Partes ofrecer un nivel de protección más elevado. Es más, en tal supuesto pueden aportarse restricciones suplementarias a los flujos internacionales de manera unilateral, ya que la liberalización de los flujos no afecta a las categorías de datos y de archivos que sean objeto de una protección cualificada según la legislación del Estado.

En consonancia con este planteamiento, el centro de gravedad del Convenio consiste en el enunciado de un «núcleo irreductible» (*noyau dur/hardcore*) de disposiciones tutelares. Estas hacen referencia a la calidad y la seguridad de los datos, las garantías de las personas cuyos datos han sido registrados, el régimen especial de los datos que merecen una protección cualificada y las excepciones y restricciones legítimas. Las disposiciones en cuestión se presentan como unas bases que han de ser desarrolladas en el Derecho interno del Estado para ser operativas en la práctica.

El principio de la calidad de los datos supone, por una parte que la información archivada ha de ser correcta y adecuada a la finalidad del archivo, y por otra parte que su obtención y utilización (incluida su comunicación o

difusión) sólo puede hacerse de una forma compatible con la finalidad del archivo. Esta finalidad ha de ser, huelga decirlo, conocida y legítima.

La regulación de la seguridad de los datos es exigente en el sentido de que no autoriza excepción alguna, pero se expresa en términos muy generales, dejando a los Estados Partes en libertad para elegir las medidas que estimen más adecuadas.

Las garantías de los particulares se articulan en torno a una serie de derechos: el derecho a conocer la existencia del archivo de datos, el derecho de acceso a los datos registrados sobre la persona, el derecho a la corrección o eliminación de los datos registrados de manera ilegal, y el derecho de recurso para el caso de que no sea respetado alguno de los derechos anteriores.

Los datos especialmente «sensibles», es decir los que con mayor facilidad pueden originar discriminaciones, son objeto de una protección cualificada, consistente en la prohibición general de registrarlos salvo en el caso de que la legislación arbitre las cautelas oportunas.

El Convenio prevé también la posibilidad de excepciones y restricciones a la aplicación de este «núcleo irreductible» de principios básicos, aspecto en el que sigue muy de cerca a otros instrumentos internacionales sobre la protección de los derechos humanos, con algunas ligeras variantes. También contempla la asistencia mutua de los Estados Partes para su debida aplicación, incluida la creación de una Comisión de seguimiento.

Este Convenio no ha allegado todavía el número de ratificaciones necesario para su entrada en vigor, aunque es muy posible que ésta no se haga esperar mucho tiempo. Mientras tanto ha tenido, y está teniendo, importantes repercusiones prácticas, ya que las últimas versiones del texto han orientado de manera decisiva los trabajos conducentes a la aprobación de leyes protectoras en un cierto número de Estados europeos.

Por último, interesa señalar que la labor del Consejo de Europa no ha cesado tras la preparación del Convenio de 1981. El Comité de Expertos en Protección de Datos ha continuado en funciones, redactando recomendaciones para la protección de datos en ciertos ámbitos que presentan características o problemas peculiares, como los bancos de datos médicos o la investigación científica.

B) La contribución de la OCDE y de la Comunidad europea.

El Consejo de la OCDE aprobó el 23 de septiembre de 1980 una «Recomendación relativa a las directrices aplicables a la protección de la vida privada y a los flujos transfronteros de datos personales», con la abstención de los gobiernos de Australia, Canadá, Irlanda, Islandia, el Reino Unido y

Turquía. Estas abstenciones son todavía más significativas si se tiene presente que, según lo dispuesto en el artículo 6 del tratado constitutivo de esta Organización, los Estados que se abstienen no quedan afectados en ningún sentido por la decisión o recomendación de que se trate.

Como se habrá observado, la aprobación de estas «directrices» de la OCDE se produjo casi al mismo tiempo que la adopción del texto del Convenio del Consejo de Europa. A esto hay que añadir que existe una práctica identidad entre ambos textos en muchos puntos, y que las personas que los elaboraron fueron las mismas en la gran mayoría de los casos. Naturalmente, lo anterior conduce a preguntarse por la razón de las abstenciones indicadas y, en definitiva, por el sentido de esta duplicación de esfuerzos entre dos Organizaciones diferentes.

La explicación estriba en que los propósitos que han guiado a la OCDE son distintos, ya que de lo que se trata es de evitar que la extensión del movimiento en pro de la protección de datos personales redunde en barreras proteccionistas en el comercio internacional. En este sentido, la Organización se ha hecho eco de temores frecuentemente expresados por los Estados Unidos de América y por influyentes círculos económicos de ese país. En realidad, es notorio que las directrices son el resultado de la presión norteamericana por conseguir una caución internacional para el denominado «principio de libre flujo», con las menores concesiones posibles. La principal contrapartida para los Estados europeos miembros de la OCDE era llegar a un entendimiento con los Estados Unidos acerca de la legitimidad de imponer algunas restricciones a los flujos en aras de la protección de los derechos humanos, lo cual no era posible en el seno del Consejo de Europa.

Estas motivaciones se reflejan ampliamente en el texto de las directrices, que en muchos aspectos es paralelo al del Convenio del Consejo de Europa, pero que se distancia de él en sus objetivos y en su economía global. Su preámbulo las justifica ya en base al artículo 1 (c) del Convenio constituyente de la OCDE, que establece el objetivo de «la expansión del comercio internacional». Su parte dispositiva concede amplio espacio a la cuestión de los flujos, que en el Convenio del Consejo se despacha en un artículo único. La orientación es, además, bastante diferente en este punto, según se aprecia con toda claridad en la Parte Tercera de las directrices, bajo la rúbrica ya de suyo significativa de «principios básicos de aplicación internacional: libre flujo y restricciones legítimas».

El aspecto más discutible de las directrices es precisamente el haber adoptado una actitud tan combativa respecto de los flujos de datos, como se comprobará más adelante. Pero sería injusto no ver en ellas sino este aspecto. Con independencia de su motivación, las directrices de la OCDE han favorecido la consagración de los principios jurídicos sobre protección de datos

enunciados en el Convenio del Consejo de Europa, que recoge con simples diferencias de matiz. Su aprobación no puede dissociarse del interés por esta temática que se ha despertado en ciertos Estados extraeuropeos, como Japón o Australia. En los hechos, este efecto beneficioso es todavía mayor, puesto que la observancia de las directrices ha sido recomendada con insistencia a las empresas transnacionales de origen norteamericano por las dos últimas Administraciones de los Estados Unidos. Claro es que esto también supone que tales empresas pueden sentirse inclinadas a actuar con criterios distintos de los que prevalecen en los Estados donde operan.

En cuanto a la Comunidad europea, la actividad normativa de las instituciones comunitarias ha tenido una importancia comparativamente menor. En 1979 el Parlamento Europeo aprobó una «Resolución sobre la protección de los derechos de la persona ante el desarrollo de los progresos técnicos en el ámbito de la informática». Se trataba de una toma de posición que reclamaba la atención de los Estados Miembros sobre el problema e iba acompañada de recomendaciones a la Comisión y al Consejo. Un elemento destacable de esta Resolución era el apoyo que prestaba a los trabajos entonces en curso en el Consejo de Europa.

Esta actitud favorable hacia el esfuerzo del Consejo ha continuado posteriormente. En julio de 1981 la Comisión de las Comunidades recomendó a los Estados Miembros la pronta ratificación del Convenio del Consejo, a ser posible dentro de un plazo prefijado. El 9 de marzo de 1982 se aprobó una resolución del nuevo Parlamento Europeo elegido por sufragio universal que también encarecía la ratificación de este Convenio. Sin embargo, esta segunda Resolución del Parlamento se pronunciaba también por el ejercicio de la función normativa comunitaria, debido en buena parte al retraso de las ratificaciones del Convenio.

El Convenio del Consejo de Europa se confirma, así, como la principal realización en este ámbito. Las dificultades existentes para su entrada en vigor son comprensibles si se tiene presente que supone una importante limitación a la libertad de acción de los Estados en el terreno de las políticas informáticas. Esta es, sin embargo, una razón importante para deseársela.

III. INFORMATICA Y NUEVO ORDEN ECONOMICO INTERNACIONAL.

1. El debate sobre los flujos internacionales de datos.

A) *Las repercusiones de los flujos en el ámbito económico.*

La informatización de la sociedad lleva consigo cambios amplios y profundos en la actividad económica. Muchos bienes y servicios que hasta ayer

parecían insustituibles están siendo reemplazados por aplicaciones de la informática, y la estructura del mercado de trabajo está variando en consecuencia. A escala internacional, el comercio de productos informáticos arroja considerables beneficios para los Estados tecnológicamente más avanzados y para las multinacionales del sector, acentuando las diferencias ya existentes con otros Estados o empresas; pero el problema más característico que se plantea es el de los flujos internacionales de datos.

En un sentido amplio, se entiende por flujos transfronteras o internacionales de datos toda transferencia de informaciones destinadas a un tratamiento informático o de datos ya automatizados del territorio de un Estado al territorio de otro Estado distinto. Esto significa que hay flujos tanto si se utilizan sofisticados sistemas de telecomunicación como cuando el transporte de los datos se hace a través de los servicios postales o de un mensajero. Sin embargo —y con la posible salvedad de los flujos entre Estados limítrofes— los supuestos más relevantes, y que plantean mayores problemas, son los de los flujos vía sistemas de telecomunicaciones. Dentro de este grupo, los flujos vía satélite ofrecen características peculiares. En estos casos, la distancia que ha de recorrer la señal desde nuestro planeta al satélite y de regreso a la Tierra es tal, que convierte en prácticamente irrelevante la distancia que separa el centro de emisión del centro de recepción en la superficie terrestre. Este hecho revoluciona la proximidad o lejanía de un Estado respecto de otro a efectos informativos. Llega un momento en que no importa tanto la distancia geográfica como la infraestructura de las comunicaciones y la capacidad de utilizarla.

La intensificación de los flujos internacionales de datos constituye una nueva forma de relación e interacción entre los individuos y las colectividades humanas, y lleva aparejada una amplia gama de consecuencias en las relaciones internacionales. Además de sus efectos en el campo de la protección de los datos personales, los flujos implican un desafío para la seguridad del Estado, para la identidad cultural de los pueblos y para el empeño del desarrollo, por citar sólo sus efectos más conocidos. En el aspecto de la seguridad del Estado, baste con pensar que los Estados Unidos, constantes defensores del libre flujo, se han visto obligados a tomar medidas para evitar la exportación de datos reservados con destino a la Unión Soviética. En cuanto a la identidad cultural, se ha advertido un serio peligro; por ejemplo, para la subsistencia de las lenguas minoritarias.

Las repercusiones en la vida económica son todavía más importantes. Como lo advirtiera el Secretario General de las Naciones Unidas en su Nota Verbal de 15 de marzo de 1982, el efecto acumulado de los flujos puede conducir a una nueva división internacional del trabajo. Todo hace pensar, además, que ésta no sería la clase de división que propician los textos sobre un Nuevo Orden Económico Internacional emanados de las Naciones Unidas. En

otras palabras, se produce un conflicto entre la dinámica de la informatización y los intereses y las expectativas de los países en vías de desarrollo.

En este sentido, presenta especial interés el estudio de los flujos relacionados con el comercio de servicios, la gestión de empresas transnacionales, la detección de recursos naturales, las transferencias electrónicas de fondos, la documentación electrónica de actividades comerciales y el diagnóstico remoto de sistemas informáticos. Por razones de espacio, sólo se va a desarrollar aquí el impacto de las tres primeras categorías.

Las consecuencias económicas adversas del comercio internacional de servicios informáticos se detectaron por vez primera en el Canadá, donde fueron atentamente examinadas por las autoridades. Debido a la proximidad de los Estados Unidos, auténtico coloso en el sector de la informática, muchas empresas radicadas en el Canadá utilizaban los servicios de compañías u oficinas de servicios informáticos norteamericanas como instrumento de su gestión interna o de sus actividades. Con esto conseguían servicios que todavía no eran posibles en el Canadá, o una mejor calidad del proceso de datos, así como una reducción en los costes. Sin embargo, pronto se vio que esta práctica, al extenderse, estaba creando problemas a la economía del país. Concretamente, lo que se generaba era una salida de divisas con su correspondiente incidencia en la balanza comercial, y también un sensible descenso en el nivel de empleo, puesto que actividades más o menos tradicionales estaban siendo sustituidas, de una forma progresiva, por servicios informáticos prestados en el extranjero.

La utilización habitual de transmisiones vía satélite, la diversificación de la oferta de servicios informáticos y el florecimiento de los bancos de datos comerciales en los países más desarrollados ha extendido este género de problemas a casi todos los países del mundo. En la actualidad, puede ser más barato y más rápido evacuar una consulta en Burdeos acudiendo a una base de datos de Nueva York que no recurrir al archivo equivalente de París. La tentación es demasiado grande en estos supuestos.

Las consecuencias de los flujos asociados a la gestión de las empresas transnacionales están siendo estudiadas por el Centro para las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas y por la OCDE. No obstante, es posible hacer alguna observación en base a un estudio general sobre los efectos de los flujos internacionales presentado en Francia en 1980 por una Comisión interministerial presidida por Alain Madec. El informe Madec llegaba en este punto a la conclusión de que los flujos podían representar una importante pérdida de empleos de nivel superior en el país, con la probable secuela de una «fuga de cerebros». La causa era que los flujos favorecen la centralización de las decisiones importantes en la dirección general del grupo de empresas y en su gabinete de expertos. Por consiguiente, los altos ejecutivos y expertos de las

sociedades filiales comenzaban a estar de más, y difícilmente serán reemplazados en el momento de su jubilación.

La detección remota de recursos o fenómenos naturales mediante el recurso a satélites sensores permite transferir de un Estado a otro informaciones de las que, en realidad, no dispone el Estado de procedencia, ni ningún Estado que no cuente con este recurso. Estas informaciones pueden referirse, por ejemplo, a las perspectivas de las cosechas o a la ubicación de yacimientos minerales. Su posesión facilita, pues, la orientación de la propia actividad agrícola y la elección certera del lugar donde conseguir concesiones mineras de los países en desarrollo. No es de extrañar, entonces, que éstos reivindiquen con énfasis participar de los conocimientos obtenidos de este modo. Esto es algo que conseguirán seguramente, aunque no, desde luego, *gratis et amore*.

B) *La emergencia de políticas en conflicto.*

A la vista de las observaciones anteriores, resulta evidente que los principales beneficiarios de los flujos internacionales son los países tecnológicamente avanzados, y muy especialmente los Estados Unidos, y también que los flujos vienen a ensanchar el abismo que separa a los países desarrollados de los subdesarrollados. Esta situación se refleja fielmente en las políticas adoptadas por los diversos Estados y Organizaciones internacionales.

Ya se ha señalado en otro lugar que los Estados Unidos y la OCDE se han constituido en esforzados paladines del libre flujo de datos a través de las fronteras. Conviene saber ahora que esta posición ha conocido algunas inflexiones, y que se ha justificado con diversos argumentos, incluidos argumentos basados en el Derecho internacional.

En los años de la Administración Carter se siguió una línea maximalista respecto del libre flujo. En ese período fueron constantes los reproches de los sectores privados a la legislación de protección de datos de los países europeos, considerada como un pretexto para actitudes proteccionistas en el ámbito comercial. Por otra parte, el consejero de Seguridad, Sr. Brezinsky, elaboró una doctrina según la cual la libertad de los flujos constituía un elemento básico para la seguridad de los Estados Unidos. Esta posición intransigente se argumentó en base al derecho fundamental de la persona humana a la información «con independencia de las fronteras», que está reconocido en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. El énfasis en este derecho era coherente con la posición de los países occidentales en la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, en particular en lo tocante a la libre circulación de las ideas.

La actual Administración republicana ha seguido una estrategia distinta, aunque los objetivos han continuado siendo básicamente los mismos que en la

etapa anterior. Este cambio puede relacionarse con el hecho de que en los últimos años han ido arreciando los ataques al supuesto «principio de libre flujo», tanto en el plano teórico como en el práctico, tanto en los países desarrollados como en el grupo de países en desarrollo. Ante esta realidad, el *slogan* del *free flow* ha dejado paso a la reivindicación de juego limpio en el comercio de servicios (*fair trade*), aunque continúe habiendo sectores de opinión que mantienen una posición integrista en este aspecto. Las consecuencias de esta nueva orientación han sido un enorme interés de los Estados Unidos por llegar a acuerdos sobre el comercio internacional de servicios —en particular en el seno del GATT— y la aparición de diversas propuestas legislativas en el Congreso. Estas propuestas se inspiran en la aplicación de la reciprocidad a las relaciones comerciales, cuando menos en el comercio de servicios; dicho de otro modo, propugnan la aplicación automática de medidas de retorsión sobre las importaciones de los países que concedan un trato considerado no equitativo a los servicios ofertados por las empresas norteamericanas.

La posición del resto de los países industrializados presenta diferencias de importancia. En conjunto, estos países están interesados en el libre flujo y en la expansión del mercado de servicios informáticos. Sin embargo, han necesitado —y necesitan todavía— ganar tiempo para poner a sus empresas en condiciones de concurrir con éxito con las correspondientes norteamericanas. Esto exige, entre otras cosas, una política de incentivos públicos y una puesta a punto de redes de comunicaciones. La estrategia de estos países ha consistido en establecer barreras proteccionistas camufladas, fundamentalmente aplicando tarifas de telecomunicaciones más altas para los flujos internacionales y gravando con el impuesto sobre el valor añadido los microfilms, las cintas magnéticas y otros soportes físicos de los datos automatizados. Estas prácticas han sido reiteradamente denunciadas por las autoridades norteamericanas, que publican regularmente información detallada y análisis sobre las mismas.

La ambivalente posición de estos países se proyecta en la posición jurídica que mantienen sobre los flujos, y que ha consistido básicamente en jugar a dos paños, apoyando a la vez los textos del Consejo de Europa y de la OCDE en materia de protección de datos personales, a pesar de que, como se ha visto, estos textos presentan diferencias importantes de orientación en lo tocante al régimen de los flujos. En este sentido, conviene tener en cuenta que varios de los Estados que en su día se abstuvieron en la votación de las directrices les han prestado su apoyo con posterioridad.

Los países en desarrollo no pueden prescindir de los flujos, que pueden ser un importante instrumento de desarrollo, pero se ven cada vez más afectados por sus efectos adversos en el balance comercial y en el nivel y la calidad del empleo. Tales efectos contribuyen a deteriorar la situación ya de suyo dramática de muchos de estos países. Su posición ante el problema se

refleja en la «Declaración de México sobre la informática, el desarrollo y la paz», suscrita el 23 de junio de 1981 por personalidades de 20 países, a las que se han añadido después otras. Esta Declaración es el instrumento de lanzamiento de la Conferencia SPIN 2, prevista para 1984 en La Habana.

La Declaración de México comprende dos pasajes de interés sobre los flujos. En el primero se afirma que «es menester, entre otras cosas, sostener debates internacionales sobre los flujos de datos transfronteras y su impacto en la división internacional del trabajo y las concentraciones tecnológicas». En el segundo, se señala que «el derecho a la información, tal como lo reconocen la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y los tratados internacionales, ha adquirido, como resultado de la evolución tecnológica, un alcance cualitativo y cuantitativo diferente del que tenían cuando fueron adoptados. El concepto del *derecho a la información* necesita hoy una nueva interpretación a la luz de los cambios originados por la informática». Estas manifestaciones son bien expresivas de una actitud claramente diferenciada de la de los países desarrollados.

2. El entorno jurídico de los flujos internacionales de datos.

A) *Disposiciones originadas por políticas económicas.*

La existencia de posiciones diferentes y hasta antagónicas entre distintos grupos de Estados no debe llevar a la conclusión, que sería errónea, de que los flujos internacionales de datos se desarrollan en un vacío jurídico. Por el contrario, les son aplicables un heterogéneo conjunto de disposiciones. Lo que sí es cierto es que muy pocas de ellas responden a políticas económicas, a pesar de la evidente trascendencia de los flujos en este ámbito. Esta escasez responde a la intervención de factores diversos, como las vacilaciones sobre la legitimidad de introducir restricciones al derecho a la información atendiendo a razones exclusivamente económicas, la resistencia de los actores económicos —y en especial, de las empresas transnacionales— a someterse a controles sobre los flujos, y, no menos importante, la posibilidad ya examinada de incidir en los flujos de forma encubierta y sin suscitar cuestiones de principio.

En el plano internacional, la OCDE y la Oficina Intergubernamental para la Informática (I.B.I.) están examinando desde hace algún tiempo las cuestiones económicas relacionadas con los flujos. A ellas ha venido a añadirse, más recientemente, el Centro para las Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas. Sin embargo, la única expresión normativa de estos trabajos hasta el momento se encuentra en uno de los «principios sobre flujos de datos transfronteras» sometidos por la Secretaría del I.B.I. a uno de los Grupos Internacionales de Trabajo auspiciados por la Organización en el año 1981. De

acuerdo con este principio, «los acuerdos internacionales relativos al comercio internacional deberían ser aplicables al tráfico comercial de datos y servicios». Este principio no ha sido aún objeto de una aprobación definitiva, ni figura desde luego en un instrumento jurídicamente obligatorio.

En el plano estatal, el único supuesto que ha alcanzado una cierta notoriedad es el de la regulación unilateral de los flujos puesta en práctica por el Brasil. Esta regulación consiste básicamente en someter a autorización previa el uso de las facilidades para la transmisión de datos, que en Brasil constituyen un monopolio estatal. Tal autorización depende de un organismo especial, la CAPRE (*Comissão de Coordenação das Atividades de Processamento Eletrónico*). De acuerdo con la Resolución n.º 1 de la CAPRE, de 2 de mayo de 1978, son criterios relevantes para evaluar las solicitudes de autorización «la defensa del mercado de trabajo brasileño y el funcionamiento de las organizaciones y empresas nacionales, y el deseable libre flujo de la información, habida cuenta de los derechos individuales a la vida privada».

La experiencia brasileña es interesante porque proporciona un indicio de los objetivos que podría perseguir una regulación internacional de los flujos inspirada por los países en desarrollo. Sin embargo, todo hace pensar que una regulación semejante tropezaría con la oposición de los países desarrollados. En este sentido, es revelador que un cuidado estudio presentado a la OCDE por un grupo de trabajo de la Universidad de Oslo se haya abogado por la aplicación analógica a los flujos del trato de la nación más favorecida y del trato nacional.

Por último, debe recordarse que una ordenación de los flujos coherente con las políticas de desarrollo globales propiciadas desde las Naciones Unidas debería partir del reconocimiento de la situación específica de los países en desarrollo. En concreto, esta especificidad debería traducirse probablemente en un doble régimen jurídico: un régimen general, y un régimen especial para los flujos hacia o desde los países en desarrollo, que resultara más beneficioso para éstos.

B) Otras disposiciones.

Existen otros grupos de disposiciones aplicables a los flujos internacionales de datos. Con excepción de las reglas relativas a la protección de los datos personales, ya mencionadas, estas disposiciones proceden de la era pre-informática, y si resultan de aplicación es porque los flujos o los servicios vinculados con ellos son subsumibles en las categorías que utiliza la regla jurídica. Ciertamente, esta circunstancia no basta para garantizar que la aplicación de estas reglas, jurídicamente obligada, tenga efectos sociales positivos y no constituya un factor de perturbación.

Las disposiciones en cuestión pueden referirse a la transmisión de los datos o a las funciones de los flujos. En cuanto a las transmisiones, adquiere especial relevancia el régimen internacional de las telecomunicaciones, gestionado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Este régimen condiciona los flujos vía telecomunicaciones en el aspecto técnico, y su aplicabilidad no parece haber sido discutida hasta el momento.

La toma en consideración de las funciones de los flujos revela que éstos se hallan bajo la atracción de distintos cuerpos normativos, que sería prolijo enumerar. A título de ejemplo, los flujos de datos bibliográficos están en conexión con el régimen de protección de la propiedad intelectual, mientras que los flujos relacionados con la cooperación entre autoridades de Estados distintos dependen de los acuerdos vigentes entre ellos.

Esta convergencia de reglas basadas en distintos principios inspiradores, y en su mayoría anticuadas, crea antinomias y dificultades prácticas. De este modo, ciertas actividades de la INTERPOL han dado lugar a la intervención concertada de los comisarios nacionales de protección de datos. Por otra parte, determinados países siguen una política de policía en los puertos que obstaculiza los flujos del sistema INMARSAT, necesarios para la seguridad de la navegación marítima.

El problema de los flujos internacionales de datos no es la ausencia de reglas y prácticas, sino la existencia de una regulación fragmentaria, dispersa y en amplia medida obsoleta. Lo que se echa en falta es un enfoque global y actualizado que oriente los flujos en función de los intereses fundamentales de la Sociedad internacional contemporánea, y muy especialmente del interés en la protección de los derechos humanos y del interés en el desarrollo. La solución de los problemas económicos que los flujos plantean difícilmente llegará sin ese enfoque global.

La labor de las Organizaciones internacionales se va alineando en esta dirección. Es muy posible que el año próximo presencie compromisos globales sobre los flujos en el seno de la OCDE y de la Conferencia SPIN 2. Estos compromisos expresarán probablemente políticas divergentes. Aun así, es una ironía del destino que 1984 sea, precisamente, el año crucial para el principio del fin de una pesadilla.

OBSERVACIONES FINALES.

La informatización de las sociedades contemporáneas abre un nuevo período histórico, en el que aparecen nuevos horizontes y perspectivas para el género humano. Hace posible una racionalización y una economía sin precedentes de muchas actividades humanas, e intensifica las relaciones entre

individuos y colectividades antes distantes. Permite llevar un control mucho más estrecho de los armamentos y las actividades antisociales, y reaccionar con anticipación ante catástrofes naturales. En general, coloca al hombre en una situación cualitativamente distinta respecto del conocimiento de su entorno.

Al propio tiempo, el uso masivo de ordenadores de todas clases crea graves tensiones en la sociedad, que reclaman de forma apremiante la intervención del Derecho. En líneas generales, las aplicaciones de la informática están favoreciendo la concentración del poder político y económico, el desempleo estructural a gran escala y la uniformidad de hábitos y rasgos culturales en todo el planeta. El impacto acumulado de todas estas transformaciones sólo puede ser absorbido sin graves conflictos mediante la búsqueda de soluciones imaginativas.

El Derecho de gentes tiene un importante papel que jugar en este empeño. Sin un esfuerzo ambicioso de cooperación internacional, el disfrute de los derechos humanos básicos puede convertirse en una ilusión, y los desequilibrios económicos entre los Estados pueden rebasar los límites de lo tolerable. Las realizaciones actuales son demasiado pobres para evitar estos resultados. Una consecuencia es que este sector de problemas no debiera ser ignorado por más tiempo por la casi totalidad de la doctrina del Derecho internacional público.

El esfuerzo colectivo de los internacionalistas es aún más urgente por cuanto la informatización pone al descubierto las nuevas condiciones en que discurre la elaboración del Derecho. En una economía a escala planetaria, con un protagonismo innegable de las empresas transnacionales, es un hecho la interacción del Derecho internacional y de los Derechos internos como única vía para el ajuste de los grandes intereses. La acción unilateral del Estado, con un enfoque provinciano y al margen del contexto global, no es ya sólo inconveniente: a menudo es sencillamente impensable. Quizá, después de todo, no hayan sido tan utópicos quienes han visto en el Derecho de gentes el anticipo o el preludio de un Derecho de la Humanidad.

BIBLIOGRAFIA

A) TEXTOS INTERNACIONALES

- OFICINA INTERGUBERNAMENTAL PARA LA INFORMATICA (I.B.I.) y ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACION, LA CIENCIA Y LA CULTURA (U.N.E.S.C.O.): *Conferencia SPIN 1978, Actas y Documentos*, volumen 3, *Informes finales, recomendaciones y comunicaciones*, Madrid, Presidencia del Gobierno, 1979.
- OFICINA INTERGUBERNAMENTAL PARA LA INFORMATICA (I.B.I.): *Primera reunión del Grupo Internacional de Trabajo sobre protección de datos y Derecho Internacional*. - *Actas resumidas*, I.B.I. Doc. TDF 104, Roma 1981.
- - - *SPIN 2. Estrategias y Políticas para la Informática*, s.f. (Roma c. 1983).
- CONSEIL DE L'EUROPE: *Rapport explicatif concernant la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, Estrasburgo 1981 (existe traducción castellana publicada por el Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid 1983).
- ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES (O.C.D.E.): *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, París 1981 (existe traducción castellana publicada por el Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid 1982).
- COMMUNAUTES EUROPEENNES: Parlement Européen, Résolution du 6 mai 1979, *J.O.C.E.* n.º C 140, 5 juin 1979.
- - - Commission des Communautés, Recommandation du 29 juillet 1981, *J.O.C.E.* n.º L 246, 29 août 1981.
- - - Parlement Européen, Résolution du 9 mars 1982, *J.O.C.E.* n.º C 87, 5 avril 1982.

B) ESTUDIOS E INFORMES

N.B.: Los trabajos que se relacionan a continuación han sido seleccionados atendiendo tanto a su calidad intrínseca como a su accesibilidad para el público lector. Por esta razón no se han incluido informes multicopiados de circulación restringida ni estudios fuera del comercio. Sin embargo, estos trabajos componen un conjunto importante en términos tanto cualitativos como cuantitativos.

- BING, J.: Regulating International Computer Services: the Problem and a Possible Solution, I.B.I., *Transborder Data Flow Policies*, Nueva York 1981, págs. 233 sigs.
- BURKERT, H.: Agencies of Data Protection and the Control of Transborder Data Flows, I.B.I., *Transborder Data Flow Policies*, Nueva York 1981, págs. 89 sigs.
- BUSHKIN, A.: Trade Remedies Endanger Free Flow of Information, *Los Angeles Times*, May 3, 1982.
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES: Parlement Européen, *Rapport sur la protection des droits de la personne face au développement du progrès technique dans le domaine de l'informatique* (Rapporteur: A. BAYERL), PE, Docs. de séance, Doc. 100/79, 4 mai 1979.
- - - - - Parlement Européen, *Second rapport sur la protection des droits de la personne face au développement du progrès technique dans le domaine de l'informatique* (Rapporteur H. SIEGLERSCHMIDT), PE, Docs. de séance, Doc. 1548/81, 12 octobre 1981.
- CONSEIL DE L'EUROPE: Assemblée Parlementaire, *Data Processing and the Protection of Human Rights*, Strasbourg 1980.
- DE SOLA POOL *et al.*: *Communications, Computers and Automation for Development*, UNITAR Studies n.º 6, Nueva York 1971.
- DIAZ RIPPER, M. y CESARIO WANDERLEY, J.L.: The Brazilian Computer and Communications Regulatory Environment and Transborder Data Flow Policy, I.B.I., *Transborder Data Flow Policies*, Nueva York 1981, págs. 1 sigs.
- FIELDMAN, M.B.: Commercial Speech, TDF and the Right to Communicate under International Law, *Transnational Data Report*, vol. 6 (1983), págs. 51 sigs.
- - - - - y GARCIA, D.R.: National Regulation of Transborder Data Flows, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 7, n.º 1 (1982).
- FISHMAN, W.L.: Some Policy and Legal Issues in Transborder Data Flow, *Proceedings of the American Society of International Law*, 1980, págs. 179 sigs.
- FOCSANEANU, L.: La protection des données à caractère personnel contre l'utilisation abusive de l'informatique, *Journal du Droit International*, 1982, págs. 55 sigs.
- GARZON, G.: La protección de los datos personales y la función normativa del Consejo de Europa, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 8, n.º 1 (1981).
- - - - - y VILARINO, E.: Information and Privacy Protection in Transborder Data Flows: the Rights Involved, O.C.D.E., *Transborder Data Flows and the Protection of Privacy*, Paris 1979, págs. 302 sigs.
- - - - - y VILARINO, E.: Las leyes de protección de datos de carácter personal y su incidencia en la circulación transaccional de datos, I.B.I., *Transborder Data Flow Policies*, Nueva York 1981, págs. 104 sigs.
- GASSMANN, H.P.: Privacy Implications of Transborder Data Flows: Outlook for the 1980s, L.J. HOFFMAN (ed.), *Computers and Privacy in the Next Decade*, Nueva York 1980, págs. 109 sigs.
- GOTLIEB *et al.*: The Transborder Transfer of Information by Communications and Computer Systems: Issues and Guiding Principles, *The American Journal of International Law*, vol. 78 (1974), págs. 227 sigs.
- HAFEL, T.: Transborder Data Flows-The Scandinavian Solution, J. BING y K.S. SELMER (eds.), *A Decade of Computers and Law*, Oslo 1980, págs. 59 sigs.

Informatización de la sociedad y derecho de gentes

- JACQUE, J.-P.: La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, *Annuaire Français de Droit International* 1980, págs. 773 sigs.
- MALMAN, O.: *The Transborder Movement and Protection of Data. Relevant International Agreements and Organisations*, O.C.D.E. Doc. DSTI/ICCP/77.18, París 1977.
- OFICINA INTERGUBERNAMENTAL PARA LA INFORMATICA (I.B.I.): *Flujos de datos transfronteros: su contexto y consecuencias*, IBI Doc. SPIN 231, Roma 1980.
- - - *Flujos de datos transfronteros, protección de datos y Derecho internacional*, IBI Doc. TDF 102, Roma 1981.
- - - *Consideraciones para el estudio del Derecho informático*, IBI Doc. Dr. 01 (1981).
- - - *Programa para un estudio comprensivo de los aspectos que conformarían un «sistema de Derecho de la Informática» o Corpus Iuris Informaticae*, IBI Doc. Dr. 02, Roma 1982.
- ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS: *Aplicaciones de la electrónica que pueden afectar los derechos de la persona y límites que se deberían fijar para estas aplicaciones en una sociedad democrática*, Informe del Secretario General a la Comisión de Derechos humanos, NU Docs. E/CN. 4/1142, E/CN. 4/1142 Add. 1 y E/CN. 4/1142 Add. 2 (1974).
- - - *The Role of Transnational Corporations in Transborder Data Flows and Their Impact on Home and Host Countries, Particularly Developing Countries*, Informe a la Comisión de Empresas Transnacionales, NU Doc. E/C. 10/1983/12 (1983).
- PLOMAN, E.W.: *Transborder Data Flows and International Regulation of Information and Communications*, I.B.I., *Transborder Data Flow Policies*, Nueva York 1981, págs. 273 sigs.
- *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980) (número monográfico dedicado a los flujos transfronteros de datos).
- STEINMULLER, W.: *Legal Problems of Computer Networks: A Methodological Survey*, *Computer Networks*, vol. 3 (1979), págs. 187 sigs.