

**LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL CONSEJO
DE EUROPA: EL PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO 108
RELATIVO A LAS AUTORIDADES DE CONTROL Y A LOS FLUJOS
TRANSFRONTERIZOS DE DATOS PERSONALES**

Por D. JUAN ANTONIO PAVÓN PÉREZ
Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad de Extremadura

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: LA LABOR DEL CONSEJO DE EUROPA EN LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES
2. EL PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO 108 RELATIVO A LAS AUTORIDADES DE CONTROL Y AL FLUJO TRANSFRONTERIZOS DE DATOS PERSONALES
3. CONSIDERACIONES FINALES: BALANCE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: LA LABOR DEL CONSEJO DE EUROPA EN LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Aún teniendo presente la importancia y trascendencia que ha ido adquiriendo la normativa jurídico-internacional sobre protección de datos personales en el ámbito de la Unión Europea¹ –cuyos instrumentos jurídicos normativos más significativos son la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas jurídicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la circulación de esos datos² y la Directiva 97/66/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones³–, así como en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (O.C.D.E.)⁴ –dónde

¹ Sobre la protección de datos personales en la Unión Europea existe una vasta literatura jurídico-comunitaria: M. Heredero Higuera, *La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal. Comentario a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/46/C.E., 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*, Aranzadi Editorial, 1997; O. Estadella Yuste, «The Draft Directive of the European Community Regarding the Protection of Personal Data», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, enero 1992, págs. 170-179; M. Heredero Higuera, «El mercado único europeo y la protección de los datos personales informatizados. Observaciones sobre el borrador de Directiva marco de protección de datos (SYN 287)», *Computerworld*, 1991; D. Alonso Blas, *La aplicación de la directiva europea de protección de datos en España: reformas necesarias en la L.O.R.T.A.D.*, comunicación, X Encuentro sobre Informática y Derecho, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 8-10 de mayo 1996; J. J. Martín-Casallo, «La Directiva 95/46/C.E. y su incidencia en el ordenamiento jurídico español», *Jornadas sobre el Derecho Español de la protección de datos personales* (Madrid, 28-30 octubre 1996), Madrid, Agencia de Protección de Datos, 1996; B. P. Holmes, «US criticizes EC Data Directive's Potential Burdens and Barriers», *Transnational Data and Communications Report*, vol. XIV, n.º 6, nov.-dic. 1991, págs. 8-9; «International Business Criticizes EC Data Protection Proposal», *Transnational Data and Communications Report*, enero-febrero 1992, págs. 37-41; R. L. Plessner y E. W. Cividanes, «EC Personal Data Privacy: US Concerns», *Transnational Data and Communications Report*, vol. XIII, n.º 9, noviembre 1990, pág. 19; T. Riley, «Data Protection Clash on EC Directives», *Transnational Data and Communications Report*, vol. XIII, n.º 9, págs. 5-11; Sp. Simitis, «Analyse du projet de directive pour l'harmonisation des législations», *XII Conférence Internationale des Commissaires à la Protection des Données*, París, 1991; P. Blume, *Comments on the amended proposal for a Council Directive on protection of personal data*, Universidad de Copenhague, Instituto de Ciencia Jurídica, B, n.º 48; G. Mirabelli, «In tema di tutela dei dati personali (note a margine della proposta modificata di direttiva C.E.E.)», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, págs. 609 y ss; F. M. Carlin, «The Data Protection Directive: the introduction of common privacy standards», *European Law Review*, febrero 1996.

² Vid. D.O.C.E. n.º L 281 de 23 de noviembre de 1995, pág. 31.

³ Vid. D.O.C.E. n.º L 24/1, de 30 de enero de 1998, pág. 1. International Working Group on Data Protection in Telecommunications, «Report and Recommendations on Telecommunications and Privacy in Labour Relationships», 18 de septiembre de 1996.

⁴ La O.C.D.E., atendiendo a sus fines de progreso y expansión de la economía y del comercio internacional, ha centrado sus trabajos en la incidencia de la informática en esos aspectos, y más

cabe referirse a la Recomendación, de 23 de septiembre de 1980, del Consejo de la O.C.D.E. relativa a las líneas directrices concernientes a la protección de la vida privada y los flujos de datos de carácter personal a través de las fronteras—, conviene dejar bien sentado que el propósito primordial de nuestra investigación no es otro que el análisis de los últimos desarrollos normativos generados en torno a la protección de datos personales en el marco del Consejo de Europa. Por consiguiente, no será objeto de especial consideración, y si acaso de manera tangencial, la realización de un estudio comparativo de los distintos regímenes e instrumentos jurídicos internacionales de protección de datos personales que encierran las organizaciones internacionales mencionadas, cuestión ésta que tendría de por sí entidad suficiente para un estudio posterior y que, de hecho, ha sido ya realizada en gran medida por la doctrina internacionalista que ha mostrado interés por el tema que nos ocupa⁵.

Sabido es que la protección de datos personales en el Consejo de Europa se ha convertido, sin duda alguna, en un objetivo político y jurídico de la Organización europea como una manifestación más del respeto a los derechos humanos. Consecuencia de ello precisamente es el Convenio 108 del Consejo de Europa, más conocido como *Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos personales*⁶, que vio la luz el 21 de enero de 1981

concretamente, en la transmisión internacional de datos. En este sentido, *vid.* O.C.D.E., *Policy issues in data protection and privacy*, Seminar Proceedings, París, 1974; O.C.D.E., *Symposium on TDF and protection of privacy: impacts and trends*, París, 1977; I.C.C.P.-O.C.D.E., *Transborder data flows and the protection of privacy*, Proceedings, Viena, 1979; E. Hogrebe, «Legal Persons in European Data Protection Legislation: Past Experience, Present Trends and Future Issues», O.C.D.E., D.S.T.I./I.C.C.P./81.25, 1981.

⁵ *Vid.* P. Bischoff, «Etude comparative entre la proposition modifiée de directive du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel», presentado al Comité Consultivo del Convenio 108 del Consejo de Europa en la 9.ª sesión [24-26 de noviembre 1993 (doc. TPD (93) 9, de 4 de noviembre de 1993]; L. Escobar de la Serna, «La protección de datos en el ámbito internacional y en el derecho comunitario», Comunidad Europea Aranzadi, enero 1996, págs. 45 y ss. Asimismo, puede verse mi trabajo: J. A. Pavón Pérez, «El Derecho de acceso y la protección de datos personales en el ámbito internacional y en el derecho comunitario: incidencia en la legislación española», Cursos de Doctorado del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Extremadura, Bienio 1994-1996, policopiado, 43 pág.

⁶ Para un análisis detallado del Convenio 108 véanse, entre otros, los siguientes trabajos doctrinales: C. Garzón Clariana, «La protección de los datos personales y la función normativa del Consejo de Europa», *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 1, enero-abril, 1981, págs. 9-25; M. Heredero Higuera, «Ante la ratificación del Convenio de protección de datos del Consejo de Europa», *Documentación Administrativa*, n.º 199, 1983, págs. 753-764; J. M. Bretal Vázquez, «Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, de 28 de enero», *B.L.E.*, n.º 4, 1982, págs. 50-76; V. Frosini, «La Convenzione Europea sulla protezione dei dati», *Rivista di Diritto Europeo*, 1984, págs. 3 y ss.; J. P. Jacqué, «La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel», *A.F.D.I.*, 1980, págs. 773 y ss.; S. Ripol Carulla, «El Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal: Balance a los siete años de su apertura a la firma», *Congreso sobre Derecho Informático*, Zaragoza, Universidad, 1989, págs. 395-413; R. J. Schweizer, «La Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des données

y entró en vigor el 1 de octubre de 1985. España ratificó el Convenio el 31 de enero de 1984 y hasta la promulgación de la *Ley Orgánica 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (L.O.R.T.A.D.)* nuestro país ha venido incumpliendo algunas de las obligaciones jurídico-internacionales establecidas en su texto normativo, referidas precisamente a la elaboración y aprobación de la mencionada legislación interna⁷ y explicitadas en el art. 4 del Convenio⁸. El Convenio trata de armonizar «los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información entre los pueblos» sobre la base de una serie de principios como la recogida lícita de datos, la calidad y confidencialidad de los datos sensibles, la información de la persona implicada y los derechos de acceso y de rectificación, ahora bien, siempre desde el convencimiento de que se trata de un Convenio de mínimos. Es por ello que el Convenio pretende compatibilizar en todo momento la protección del derecho a la intimidad personal⁹ con la liberalización de los flujos de datos entre Estados partes, siendo así que la libre circulación de los datos de carácter personal entre los Estados signatarios sólo decaerá en dos supuestos: 1) cuando la protección de los datos de carácter personal no sea equivalente en la otra parte y 2) cuando la transmisión de los mismos se realice a un tercer Estado que no sea parte en el Convenio.

En aplicación del Convenio 108, y atendiendo a la cada vez mayor complejidad que presentan todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales, el Consejo de Europa ha considerado más oportuno, al menos hasta el momento, seguir la técnica jurídica de adopción de toda una pléyade de recomendaciones de carácter sectorial¹⁰ dirigidas a los Gobiernos sobre temas espe-

personelles et la réglementation des flux transfrontières des dones», *Droit de l'informatique*, 1986/4, págs. 191-195.

⁷ Cfr. S. Ripoll Carulla, «En torno a la calificación de la pasividad española en el cumplimiento del Convenio n.º 108 del Consejo de Europa como acto ilícito internacional», en *La responsabilidad internacional*, XIII Jornadas de la A.E.P.D.I.R.I., Alicante, 1990, págs. 313-330.

⁸ Según el art. 4 «1. Cada parte adoptará en su derecho interno las medidas necesarias para dar cumplimiento a los principios fundamentales de protección de datos enunciados en el presente capítulo. 2. Tales medidas deberán ser adoptadas como muy tarde en el momento en el que el presente Convenio entrare en vigor con respecto a la parte».

⁹ Vid. J. Carrascosa González, «Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos de carácter personal en Derecho internacional Privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIV, 1992, págs. 417-441; G. Garzón y E. Vilariño, «Information and Privacy Protection in TDF: The Rights Involved», en O.C.D.E., *TDF and the Protection of Privacy*, págs. 306 y ss; D. H. Flaherty, *Privacy and Government Data Banks: an International Perspective*, Londres, Mansell, 1979; R. N. Savage y I. N. Waldenn, «Data Protection and Privacy Laws: Should Organisations Be Protected», *I.C.L.Q.*, 1988, págs. 37 y ss.

¹⁰ Resolución (73) 22, de 26 de septiembre de 1973, sobre la protección de la intimidad frente a los bancos electrónicos de datos en el sector privado; Resolución (74) 29, de 20 de septiembre de 1974, sobre la protección de la intimidad frente a los bancos electrónicos de datos en el sector público; Recomendación Núm. R (85) 20, sobre protección de datos personales utilizados para fines de marketing directo, de 25 de octubre de 1985; Recomendación Núm. R (86) 1, sobre protección de datos personales en la seguridad social, de 23 de enero de 1986; Recomendación Núm. R (89) 2, sobre protección de datos personales utilizados a efectos de empleo, de 18 de enero de 1989;

cíficos que cubren cada uno de los aspectos necesitados de protección. Estas recomendaciones versan sobre cuestiones tan amplias y diversas como datos estadísticos¹¹, datos de carácter médico¹², el tratamiento de los datos personales en el sector de la policía¹³ y en la administración de justicia¹⁴. Más recientemente, la evidente e innegable relación existente entre la protección de datos personales e Internet ha quedado explicitada en la Recomendación Núm. R (99) 5 relativa a la protección de la vida privada en Internet adoptada por el Comité de Ministros. Asimismo, además de las recomendaciones, la actividad del Consejo de Europa en materia de protección de datos personales se ha visto convenientemente desarrollada por una serie Informes¹⁵ encargados a los expertos de la Organización que inciden en los extremos más necesitados de protección.

Un hecho ciertamente significativo en la labor llevada a cabo por el Consejo de Europa en materia de protección de datos personales lo ha constituido, sin duda alguna, la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio 108 del Con-

Recomendación Núm. R (90) 19, sobre protección de datos personales con fines de pago y otras operaciones conexas, de 13 de septiembre de 1990; Recomendación Núm. R (91) 10, sobre comunicación a terceros de datos personales en poder de organismo públicos, de 9 de septiembre de 1991.

¹¹ Recomendación Núm. R (83) 10, relativa a la protección de datos personales utilizados en investigaciones científicas y estadísticas. Adoptada por el Comité de Ministros el 23 de septiembre de 1983; Recomendación Núm. R (97) 18 sobre la protección de datos personales recopilados y tratados con fines estadísticos. Adoptada por el Comité de Ministros el 30 de septiembre de 1997.

¹² Recomendación Núm. R (81) I, relativa a la reglamentación aplicable a los bancos de datos médicos automatizados. Adoptada por el Comité de Ministros el 23 de enero de 1981. Asimismo, la Recomendación Núm. R (97) 5, relativa a la protección de datos médicos. Adoptada por el Comité de Ministros el 13 de febrero de 1997. Sobre la protección de datos médicos y genéticos en el Consejo de Europa véanse, entre otros, S. Ripio Carulla, «La protección de los datos médicos y genéticos en la normativa del Consejo de Europa (Parte I)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 5/1996, págs. 117-131; del mismo autor, «La protección de los datos médicos y genéticos en la normativa del Consejo de Europa (Parte II)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 6/1997, págs. 111-140; M. Serrano Pérez, «La protección de datos relativos a la salud en la legislación española y en la normativa comunitaria», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 187-188, agosto/septiembre 2000, págs. 59-68.

¹³ Recomendación Núm. R (87) 15, regulando el uso de datos personales en el sector de la policía. Adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987. *Vid. Rapport sur la coopération policière et la protection des données à caractère personnel dans le secteur de la police*, Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, doc. 6557, 30 de enero de 1992; M. Heredero Higuera, «La protección de datos personales en manos de la policía: reflexiones sobre el Convenio de Schengen», en..., págs. 29-47.

¹⁴ Recomendación Núm. R (83), relativa a la protección de los usuarios de servicios de informática jurídica. Adoptada por el Comité de Ministros el 22 de febrero de 1983; Recomendación Núm. R (95) 11, relativa a la selección, tratamiento, presentación y archivo de las decisiones judiciales en los sistemas de documentación jurídica automatizados. Adoptada por el Comité de Ministros el 11 de septiembre de 1995.

¹⁵ Rapport sur «la protection des données à caractère personnel concernant l'utilisations de cartes à puces», (2001); Rapport sur «les contrats encadrant les transferts des données à caractère personnel entre les Parties à la Convention STE n.º 108 et les pays tiers n'offrant pas un niveau de protection adéquat» (2001) preparado por M. Jérôme Huet; Rapport sur «la protection des données en relation avec la surveillance» (2000) preparado G. Buttarelli; Rapport sur «les données sensibles revisitées» (1999), preparado por Spiros Simitis y J. W. Goethe.

sejo de Europa¹⁶, ya que dicho sujeto de derecho internacional ha pretendido, básicamente, reforzar la cooperación con dicha Organización Internacional y contribuir de este modo al afianzamiento de un amplio foro internacional en materia de protección de datos personales, sobre todo, en todo lo relativo a las relaciones con terceros Estados. Atendiendo a lo dispuesto expresamente en el Convenio 108 únicamente podían ser partes en él los Estados, cerrando la puerta por tanto a otros sujetos de derecho internacional –organizaciones internacionales, fundamentalmente–. El inusitado interés mostrado por la Unión Europea en ser parte del Convenio 108 propició la enmienda de éste, siendo así que las modificaciones llevadas a cabo en el texto de dicho instrumento internacional fueron adoptadas el 15 de junio de 1999 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

De cualquier modo, el objetivo fundamental de esta trabajo es realizar una primera aproximación al papel que ésta llamado a desempeñar en el futuro más inmediato el último instrumento jurídico internacional obligatorio adoptado en el seno del Consejo de Europa al abrigo del Convenio 108, esto es, el Protocolo Adicional relativo a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos personales.

2. EL PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO 108 RELATIVO A LAS AUTORIDADES DE CONTROL Y A LOS FLUJOS TRANSFRONTERIZOS DE DATOS PERSONALES

Tras 20 años de vigencia del Convenio 108 del Consejo de Europa éste se ha visto complementado muy recientemente por el Protocolo Adicional al Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos personales relativo a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos personales. En concreto, el Protocolo Adicional fue adoptado el 23 de mayo de 2001 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y abierto a la firma de los Estados signatarios del Convenio 108 el 8 de noviembre de 2001 en Estrasburgo. El Comité Consultivo del Convenio fue el encargado de elaborar el proyecto de Protocolo en su decimoquinta reunión celebrada del 16 al 18 de junio de 1999 y de someterlo al Comité de Ministros para su transmisión a la Asamblea Parlamentaria. Sea como fuere, ha de ponerse de relieve que un Estado signatario del Protocolo no podrá, en buena lógica, ratificarlo, aceptarlo o aprobarlo sin haber ratificado, aceptado o aprobado con carácter previo, o de manera simultánea, el Convenio o sin haberse adherido a él.

A fecha de 9 de enero de 2002 el Protocolo ha sido firmado por 15 Estados Miembros del Consejo de Europa¹⁷ –entre ellos no se encuentra España– y rati-

¹⁶ Vid. R. Brillat, «La Participation de la Communauté européenne aux Conventions du Conseil de l'Europe», *A.F.D.I.*, vol. XXXVII, 1991, págs. 819-832.

¹⁷ En particular, el Protocolo ha sido firmado por Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Lituania, Noruega, Portugal, Eslovaquia, Suecia, Turquía y Reino Unido.

ficado hasta el momento únicamente por Suecia. Según lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 3 del Protocolo Adicional las Comunidades Europeas pueden firmar el presente instrumento jurídico-internacional una vez que éstas se adhirieron en 1999 al Convenio conforme a las condiciones establecidas por éste último. Su entrada en vigor no se ha producido todavía como es de esperar, ya que atendiendo a lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 3 es precisa la manifestación del consentimiento de cinco Estados signatarios del Protocolo. Finalmente, hay que indicar que, tras producirse la entrada en vigor del Protocolo, todo aquel Estado que se halla adherido al Convenio podrá hacer lo mismo respecto al Protocolo.

El Protocolo Adicional aborda en sus dos primeros artículos aquellas cuestiones sustanciales referidas al nombramiento de las autoridades de control y al flujo internacional de datos personales, extremos éstos a los que dedicaremos la atención que merecen, tras adelantarnos en su preámbulo que su propósito primordial no es otro que reforzar la puesta en marcha y la aplicación efectiva de los principios enunciados en el Convenio 108 debido, sobre todo, al extraordinario crecimiento experimentado de los flujos transfronterizos de datos de carácter personal llevados a cabo desde un Estado Parte en el Convenio hacia un tercer Estado u organización internacional que no lo sea, laguna que había venido advirtiendo la doctrina al referirse a la formulación del art. 12. En esta dirección, el *Informe Explicativo* del Protocolo apunta que la multiplicación de los flujos internacionales de datos personales tiene su origen más inmediato, como no es muy difícil de adivinar, en la globalización de los intercambios internacionales y en la rápida evolución de las muy diversas aplicaciones de los progresos experimentados en el campo de las nuevas tecnologías, lo que a su vez requiere, de manera paralela, una mejora constante de la protección efectiva de los derechos garantizados por el Convenio en el contexto más amplio de los derechos humanos del individuo. Así, la búsqueda de la efectividad de esta protección implica una armonización internacional, no sólo de los principios fundamentales de la protección de datos, sino también, en cierta medida, de los medios de poner en marcha estos principios y de las condiciones en las que han de efectuarse las transferencias internacionales de datos a través de las fronteras.

Respecto a las autoridades de control el preámbulo del Protocolo adelanta el convencimiento de que éstas son un elemento esencial en la protección efectiva de las personas respecto al tratamiento de datos personales cuando ejercen sus funciones con total independencia. Sabido es que la correcta aplicación de los principios del Convenio requiere la adopción de sanciones y de recursos apropiados tal y como dispone el art. 10¹⁸ del Convenio 108. Ahora bien, el Convenio no prevé de forma explícita una obligación a cargo de los Estados Partes de dotarse de autoridades de control que velen por la correcta aplicación de los

¹⁸ Según el art. 10 «Cada Parte se compromete a establecer sanciones y recursos convenientes contra las infracciones de las disposiciones de derecho interno que hagan efectivos los principios básicos para la protección de datos enunciados en el presente capítulo».

principios enunciados en los capítulos segundo y tercero del Convenio y en el Protocolo Adicional. El art. 1¹⁹ del Protocolo Adicional persigue una doble finalidad según su propia *Memoria Explicativa*. Por un lado, trata de reforzar la protección efectiva del individuo disponiendo la designación de una o más autoridades de control que deberán contribuir a la protección de los derechos y libertades del individuo en lo que se refiere al tratamiento de datos personales. Por otro lado, pretende, como *desideratum* un tanto ilusorio, lograr una mejor armonización de los regímenes de control en todo lo relativo a la composición, el funcionamiento y las competencias de las autoridades nacionales de control. En cualquier caso, la autoridad ha de contar con facultades de investigación, de intervención y judiciales para el cumplimiento efectivo de sus funciones. De este modo, deberá poder tener acceso a los datos objeto del tratamiento, recopilar la información necesaria, acordar medidas tales como ordenar el bloqueo o supresión de datos o la prohibición provisional o definitiva de un tratamiento. Según el párrafo 2 letra a) del art. 1 cualquier persona podrá dirigir a la autoridad de control denuncias o reclamaciones referentes al tratamiento de sus datos personales. Asimismo, es de interés destacar como la decisión de la autoridad de control puede ser objeto de recurso jurisdiccional. Finalmente, el párrafo 5 deja la puerta abierta a la cooperación entre las autoridades de control de los Estados Partes en el Protocolo, sobre todo, mediante el intercambio de información sin perjuicio de lo establecido en el art. 13 del Convenio 108 y conforme a las disposiciones de su Capítulo IV. Como se sabe, en el caso español, la autoridad de control no es otra que la Agencia de Protección de Datos²⁰ y en el

¹⁹ El art. 1 del Protocolo Adicional al Convenio 108 del Consejo de Europa precisa que «1. Chaque Partie prévoit qu'une ou plusieurs autorités sont chargées de veiller au respect des mesures donnant effet, dans son droit interne, aux principes énoncés dans les chapitres II et III de la Convention et dans le présent Protocole.

2. a) A cet effet, ces autorités disposent notamment de pouvoirs d'investigation et d'intervention, ainsi que de celui d'ester en justice ou de porter à la connaissance de l'autorité judiciaire compétente des violations aux dispositions du droit interne donnant effet aux principes visés au paragraphe 1 de l'article 1 du présent Protocole.

b) Chaque autorité de contrôle peut être saisie par toute personne d'une demande relative à la protection de ses droits et libertés fondamentales à l'égard des traitements de données à caractère personnel relevant de sa compétence.

3. Les autorités de contrôle exercent leurs fonctions en toute indépendance.

4. Les décisions des autorités de contrôle faisant grief peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel.

5. Conformément aux dispositions du chapitre IV et sans préjudice des dispositions de l'article 13 de la Convention, les autorités de contrôle coopèrent entre elles dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leurs missions, notamment en échangeant toute information utile».

²⁰ Sobre las funciones que desempeña la Agencia véanse, entre otros, los siguientes trabajos doctrinales: F. López Ramón, «La Agencia de Protección de Datos como Administración Independiente en el Derecho Español y Comunitario Europeo», *Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales. Madrid (28, 29 y 30 de octubre de 1996)*, Agencia de Protección de Datos, 1996, págs. 252 y ss.; P. Lucas Murillo de la Cueva, «Las Funciones de la Agencia de Protección de Datos», *Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales. Madrid (28, 29 y 30 de octubre de 1996)*, Agencia de Protección de Datos, 1996, págs. 263 y ss.; L. Marroig Pol, «La Agencia de Protección

Derecho de la Unión Europea la actividad de control es llevada a cabo por la Comisión Europea²¹.

Por lo que se refiere al tratamiento y al flujo internacional de datos personales, la Comunidad internacional, y la incipiente doctrina²² que se ha ocupado de esta cuestión, ha hecho saber la necesidad de adoptar instrumentos jurídicos-internacionales, fundamentalmente de carácter convencional, que incidan en todas aquellas cuestiones relativas a la protección de esos datos. En esta dirección, se ha llegado a afirmar que «el número de transferencias internacionales amparadas en un Tratado o Convenio son un número pequeño debido sobre todo a la inexistencia de textos internacionales que recojan mandatos relativos a la protección de datos. Los existentes son acuerdos ratificados por Estados que a su vez tienen legislación equiparable a la española»²³. Por tanto, queda claro, a la vista de lo manifestado, que las transferencias internacionales de datos constituyen un auténtico desafío para el Derecho Internacional.

Es así que se hace preciso destacar, al menos en una primera aproximación a la cuestión ahora señalada, la temprana preocupación mostrada por el Consejo de Europa en su actividad normativa. Ésta intranquilidad por las transferencias internacionales de datos queda explicitada ya en un primer momento con cierta claridad en los propios considerandos del preámbulo del Convenio 108²⁴. Es más,

de Datos. Reflexiones sobre la Administración de Datos de Carácter Personal», *X Años de Encuentros sobre Informática y Derecho, 1996-1997*, Aranzadi, 1997, págs. 173 y ss.

²¹ Consejo de Europa, Comité de Expertos en Protección de Datos: *Problems of Conflicts of Law, Authorities and Courts Connected for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data*, informe elaborado por J. M. Bischoff, Doc. CJ-PD (80) 2, Estrasburgo, 8 de abril de 1980.

²² J. M. Fernández López, «Flujo internacional de datos», *Informática y Derecho (Revista Iberoamericana de Derecho Informático)*, n.º 30-32, 1999, págs. 189 y ss.; O. Estadella Yuste, «La transmisión internacional de datos y su control», *Jornadas sobre el Derecho español de la Protección de Datos Personales*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996, págs. 197 y ss.; S. Ripoll Carulla, «El Movimiento internacional de datos en la Ley Española de Protección de Datos», *Informática y Derecho*, n.º 6-7, 1994, págs. 313-322; J. L. Piñol Rull y O. Estadella Yuste, «La regulación del flujo internacional de datos», en *La protección de los datos personales. Regulación nacional e internacional de la seguridad informática*, Centro de Investigación de la Comunicación de la Universidad Pompeu Fabra, Generalitat de Catalunya, 1993, págs. 75-91; J. Piñol Rull, «Los flujos internacionales de datos: aproximación a su regulación jurídica», U.N.E.D., tomo IV, Barbastro, 1987, págs. 137 y ss.; G. Garzón, «El marco jurídico del flujo de datos transfronteros», IBI, Doc. TDF, 102, Roma, 1981; L. Faugerolas, *L'accès international à des banques de données*, París, G.L.N., 1989; A. Madec, *Les flux transfrontières de données*, París, 1982; W. Fishman, «Legal Issues of Transborder Data Transmission», *P.A.S.I.L.*, 74th Meeting, 175, 1980; J. Freese, *International Data Flow*, Lund, 1970.

²³ M.ª J. García Beato, «Flujo internacional de datos personales», en *La protección del derecho a la intimidad de las personas (ficheros de datos)*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., 1997, págs. 195-226, pág. 213.

²⁴ «Considerando que el fin del Consejo de Europa es llevar a cabo una unión más íntima entre sus miembros, basada en el respeto particularmente de la preeminencia del derecho así como de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;

Considerando que es deseable ampliar la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de cada uno, concretamente el derecho al respeto de la vida privada, teniendo en cuenta la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objeto de tratamientos automatizados.

en nuestro propio ordenamiento jurídico interno el preámbulo de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (L.O.R.T.A.D.)²⁵ dibujaba con nitidez las incertidumbres creadas en el extremo apuntado al hacerse eco de los principios establecidos en el Convenio. Estos principios aparecen desarrollados en los arts. 32 y 33 de la Ley Española de Protección de Datos²⁶. En el art. 32 la ley anuncia una norma general prohibitiva al precisar que «No podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la presente Ley, salvo que, además de haberse observado lo dispuesto en ésta, se obtenga autorización previa del Director de la Agencia de Protección de Datos, que sólo podrá otorgarla si se obtienen garantías adecuadas».

A continuación, el art. 33 plasma las excepciones a la norma general al poner de relieve que «Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación: a) cuando la transferencia internacional de datos de carácter personal resulte de la aplicación de tratados o convenios en los que sea parte España; b) cuando la transferencia se haga a efectos de prestar o solicitar auxilio judicial internacional; c) cuando la misma tenga por objeto el intercambio de datos de carácter médico entre facultativos o instituciones sanitarias y así lo exija el tratamiento del afectado, o la investigación epidemiológica de enfermedades o brotes epidémicos; d) cuando se refiera a transferencias dinerarias conforme a su legislación específica». Además, ha de tenerse en cuenta los arts. 3 y 4 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se abordan aspectos concretos de la Ley 5/1992, en la medida en que desarrolla de modo más prolijo el régimen

Reafirmando al mismo tiempo su compromiso a favor de la libertad de información sin tener en cuenta las fronteras.

Reconociendo la necesidad de conciliar los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información entre los pueblos».

²⁵ Establece expresamente el Preámbulo de la L.O.R.T.A.D. que «La protección de la integridad de la información personal se concilia, de esta suerte, con el libre flujo de los datos, que constituye una auténtica necesidad de la vida actual de las que las transferencias bancarias, las reservas de pasajes aéreos o el auxilio judicial internacional pueden ser simples botones de muestra. Se ha optado por exigir que el país de destino cuente en su ordenamiento con un sistema de protección equivalente al español, si bien permitiendo la autorización de la Agencia cuando tal sistema no exista pero se ofrezcan garantías suficientes. Con ello no sólo no se cumple una exigencia lógica, la de evitar un fallo que puede producirse en el sistema de protección a través del flujo a países que no cuenten con garantías adecuadas, sino también con las previsiones de instrumentos internacionales como los Acuerdos de Schengen o las futuras normas comunitarias».

²⁶ Vid. G. Garzón Clariana y E. Vilaríño Pintos, *Las leyes de protección de datos personal y su incidencia en la circulación transnacional de datos*, IBI, Doc. TDF008, Roma, 1980, págs. 5-11; E. Vilaríño Pintos, «La Ley de regulación del tratamiento automatizado de datos de datos de carácter personal ante el Derecho Internacional», en *La protección de datos personales. Regulación nacional e internacional de la seguridad informática*, Centro de Investigación de Comunicación de la Universidad Pompeu Fabra, Generalitat de Catalunya, 1993, págs. 49-74.

de las transferencias y las excepciones²⁷. Sea como fuere, la L.O.R.T.A.D. distingue entre: 1) transferencias a un país con nivel de protección equiparable o equivalente; 2) transferencias a un país con un nivel de protección diferente.

Asimismo, no podemos dejar de mencionar, siquiera brevemente, la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas jurídicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la circulación de esos datos²⁸, en la medida en que con-

²⁷ Según lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 4 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, se exceptúan aquellas transferencias que resulten de la aplicación de tratados o convenios en los que sea Parte España y, en concreto: «a) las transmisiones de datos registrados en ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en función de una investigación concreta, hechas por conducto de INTERPOL u otras vías previstas en Convenios en los que España sea parte, cuando las necesidades de la investigación en curso exijan la transmisión a servicios policiales de otros Estados.

b) las transmisiones de datos registrados en la parte nacional española del Sistema de Información Schengen, con destino a la unidad de apoyo del sistema, a los solos efectos de una investigación policial en curso que requiera la utilización de datos del sistema.

c) las transmisiones de datos previstas en el sistema de intercambios de información contemplado en el Título VI del Tratado de la Unión Europea (R.C.L. 1994/81).

d) las transmisiones de datos registrados en los ficheros creados por las Administraciones tributarias, a favor de los demás Estados miembros de la Unión Europea o a favor de otros Estados terceros, en virtud de lo dispuesto en los convenios internacionales de asistencia mutua en materia tributaria».

Además, el párrafo segundo anuncia más genéricamente que «se exceptúan, asimismo, de la autorización previa del Director de la Agencia de Protección de Datos, cualquiera que sea el Estado destinatario de los datos, las transmisiones de datos que se efectúen para cumplimentar exhortos, cartas órdenes, comisiones rogatorias u otras peticiones de auxilio judicial internacional, y en los demás supuestos previstos en el art. 33 de la Ley Orgánica 5/1992».

²⁸ Los principios inspiradores de la Directiva sobre transferencias internacionales de datos quedan recogidos en sus considerandos 56 a 59. Los intereses en presencia se plasman en el considerando 56: «Considerando que los flujos transfronterizos de datos personales son necesarios para el desarrollo del comercio internacional; que la protección de las personas garantizada en la Comunidad por la presente Directiva no se opone a la transferencia de datos personales a terceros países que garanticen un nivel de protección adecuado; que el carácter adecuado del nivel de protección ofrecido por un país tercero debe apreciarse teniendo en cuenta todas las circunstancias relacionadas con la transferencia o la categoría de transferencias» y el considerando 57 «considerando, por otra parte, que cuando un país tercero no ofrezca un nivel de protección adecuado debe prohibirse la transferencia al mismo de datos personales».

A continuación, el considerando 58 establece que «considerando que han de establecerse excepciones a esta prohibición en determinadas circunstancias, cuando el interesado haya dado su consentimiento, cuando la transferencia sea necesaria en relación con un contrato o una acción judicial, cuando así lo exija la protección de un interés público importante, por ejemplo en casos de transferencias internacionales de datos entre las administraciones fiscales o aduaneras o entre los servicios competentes en materia de seguridad social, o cuando la transferencia se haga desde un registro previsto en la legislación con fines de consulta por el público o por personas con un interés legítimo; que en tal caso dicha transferencia no debe afectar a la totalidad de los datos o las categorías de datos que contenga el mencionado registro; que, cuando la finalidad de un registro sea la consulta por parte de personas que tengan un interés legítimo, la transferencia sólo debería poder efectuarse a petición de dichas personas o cuando éstas sean las destinatarias».

Finalmente, se contempla la posibilidad de regular los flujos internacionales de datos a aquellos países que no alcancen un nivel de protección adecuado, señalando en su considerandos 58 y 59 que «considerando que pueden adaptarse medidas particulares para paliar la insuficiencia del

tiene regulación específica sobre las transferencias internacionales de datos²⁹, además de incidir en la legislación española de protección de datos y guardar ambas unas considerables semejanzas. Las transferencias internacionales de datos se recogen en los arts. 25³⁰ –la regla general– y 26 –excepciones– de la Directiva. Es más, tras la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio 108 del Consejo de Europa, cobra especial significación la cooperación entre ambas organizaciones europeas. Desde la perspectiva económica, se ha advertido que «las disposiciones de la Directiva reguladoras de la transferencia de datos a países no

nivel de protección en un tercer país, en caos de que el responsable del tratamiento ofrezca garantías adecuadas; que, por lo demás, deben preverse procedimientos de negociación entre la Comunidad y los países terceros de que se trate», y disponiendo en el 59 que «considerando que, en cualquier caso, las transferencias hacia países terceros sólo podrá efectuarse si se respetan plenamente las disposiciones adoptadas por los Estados miembros en aplicación de la presente Directiva, y, en particular, de su art. 8».

²⁹ Vid. H. Ancos Franco, «La regulación de las transferencias internacionales de datos de carácter personal como barrera al comercio internacional: De la Directiva 95/46 a los acuerdos UE-terceros Estados», *R.D.C.E.*, vol. 6, 1999, págs. 497-516; G. Pierce y N. Platten, «Achieving Personal Data Protection in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, vol. 36, n.º 4, págs. 529-547; Documento de Trabajo n.º 4, *Primeras orientaciones sobre las Transferencias Internacionales de datos personales a países terceros. Posibles formas de evaluación*. XV D/5020/97-final, WP 4; Dictamen 1/99 del Grupo de trabajo sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento automatizado de datos personales relativo al nivel de protección de datos en EE.UU. y a los debates en curso entre la Comisión Europea y el Gobierno de los EE.UU. WP 15, 5092/98/ES/final, de 26 de enero de 1999; H. Burket, «Transborder Data Flow, Data Protection and the EEC: Towards an EEC Directive and Data Protection», Paper presented at the 6th Annual Conference on Computers and Legal Education. Montreal, 14 al 17 de junio de 1990; A. C. M. Nutger, *Transborder Data Flow of Personal Data Within the European Community*, Ed. Kluwer, 1990.

³⁰ Según el art. 25 «1. Los Estados miembros dispondrán que la transferencia a un país tercero de datos personales que sean objeto de tratamiento destinados a ser objeto de tratamiento o destinados a ser objeto de tratamiento con posterioridad a su transferencia, únicamente pueda efectuarse cuando, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva, el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección adecuado. 2. El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece un país tercero se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurren en una transferencia o en una categoría de transferencia de datos; en particular, se tomará en consideración 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. 3. Los Estados miembros y la Comisión se informarán recíprocamente de los casos en que consideren que un tercer país no garantiza un nivel de protección adecuado con arreglo al apartado 2. 4. Cuando la Comisión compruebe, con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 2 del art. 31, que un tercer país no garantiza un nivel de protección adecuado con arreglo al apartado 2 del presente artículo, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para impedir cualquier transferencia de datos personales al tercer país de que se trate. 5. La Comisión iniciará en el momento oportuno las negociaciones destinadas a remediar las situaciones que se produzca cuando se compruebe este hecho en aplicación del apartado 4. 6. La Comisión podrá hacer constar, de conformidad con el procedimiento previsto en el apartado 2 del art. 31, que un país tercero garantiza un nivel de protección adecuado de conformidad con el apartado 2 del presente artículo, a la vista de su legislación interna o de sus compromisos internacionales, suscritos especialmente al término de las negociaciones mencionadas en el apartado 5, a efectos de protección de la vida privada o de las libertades o de los derechos fundamentales de las personas. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para ajustarse a la decisión de la Comisión».

comunitarios han provocado la preocupación de gobiernos y operadores económicos no comunitarios en la medida en que su aplicación puede representar un obstáculo a la libre transferencia de datos»³¹, siendo así que la Directiva podría muy bien actuar como barrera al comercio internacional.

En cualquier caso, hay que ser plenamente conscientes de que en una sociedad internacional globalizada como la que vivimos, unos de los aspectos del tratamiento de datos personales que genera mayor incertidumbre es precisamente el de las transferencias internacionales de datos. En este sentido, tal y como se ha puesto de manifiesto con carácter genérico, «la regulación jurídica de las transferencias internacionales de datos plantea numerosos problemas por la existencia de diversos intereses en juego y por la dificultad práctica de dar eficacia a las garantías que se puedan establecer. Para solucionarlo y obtener una regulación eficaz, hay que intentar lograr un equilibrio entre los intereses comerciales y los derechos individuales, de tal forma que sin menoscabar la intimidad del individuo no se paralicen las transacciones y la realidad comercial»³².

Más aún, como se ha señalado con acierto «la especial volatilidad de las transferencias de datos complica extraordinariamente la definición del derecho sustantivo aplicable, en lo que algunos autores han calificado acertadamente como una desterritorialización cualificada. Las características de los flujos de información y el carácter abierto de las redes hacen que los datos puedan ser accedidos, recopilados y tratados desde varios países de manera simultánea, por lo que distintos Estados tendrán competencia normativa para definir los términos y las condiciones de las prácticas apropiadas en el ámbito de la información»³³.

Sea como fuere, y centrándonos en el tema de estudio, el Consejo de Europa toma como punto de partida de la regulación de la transmisión de datos el art. 12 del Convenio 108 en el que se pone de manifiesto cual ha de ser la relación existente entre los flujos transfronterizos de datos de carácter personal y el derecho interno. Es así que según el párrafo 1 del mencionado artículo «las disposiciones que siguen se aplicarán a las transmisiones a través de las fronteras nacionales, por cualquier medio que fuere, de datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado o reunidos con el fin de someterlos a ese tratamiento». Acto seguido, el párrafo 2 de la disposición mencionada establece con rotundidad que «una Parte no podrá, con el único fin de proteger la vida privada, prohibir o someter a una autorización especial los flujos transfronterizos de datos de carácter personal con destino al territorio de otra Parte», de tal manera que se enuncia la regla general que ha de imperar entre los Estados miembros del Consejo de Europa que han ratificado el instrumento internacio-

³¹ H. Ancos Francos, *op. cit.*, pág. 499.

³² M.^a J. García Beato, «El Flujo internacional de datos personales», en *La protección del derecho a la intimidad*, *op. cit.*, pág. 198.

³³ H. Ancos Franco, «La regulación de las transferencias internacionales de datos de carácter personal como barrera al comercio internacional...», *op. cit.*, pág. 499.

nal aludido, esto es, el principio de la libre circulación de datos entre los Estados Partes.

Ahora bien, el párrafo 3 del art. 12 se apresta a indicar las excepciones que cabe contemplar a la regla general establecida en el párrafo segundo, siendo así que deja abierta la puerta a cualquier Estado Parte para el establecimiento de la excepción en dos supuestos:

- a) en la medida en que su legislación prevea una reglamentación específica para determinadas categorías de datos de carácter personal o de ficheros automatizados de datos de carácter personal, por razón de la naturaleza de dichos datos o ficheros, a menos que la reglamentación de la otra Parte establezca una protección equivalente;
- b) cuando la transmisión se lleve a cabo a partir de su territorio hacia el territorio de un Estado no contratante por intermedio del territorio de otra Parte, con el fin de evitar que dichas transmisiones tengan como resultado burlar la legislación de la Parte a que se refiere el comienzo del presente párrafo».

A la vista de lo manifestado hasta el momento no resulta muy difícil adivinar una de las carencias más importantes apreciadas reiteradamente por la doctrina en el art. 12 del Convenio 108, esto es, en dicha disposición no se regula el flujo internacional de datos de carácter personal con destino a terceros Estados, salvo el supuesto de tránsito de los datos a través de otro Estado contratante.

Una vez establecidos los parámetros normativos básicos de la transferencia de datos personales, hemos de profundizar en el contenido sustantivo del art. 2³⁴ del Protocolo Adicional al Convenio 108 al referirse específicamente a los flujos transfronterizos de datos personales hacia un destinatario que no esté sometido a la jurisdicción de un Estado Parte en la Convención. En este sentido, sería de interés también aventurar la posible incidencia del Protocolo en la legislación española, si bien no es este el fin perseguido ahora desde el momento en que España no lo ha ratificado. En el Informe Explicativo del Protocolo Adicional al Convenio 108 y en el párrafo 1 del art. 2 deja bien sentado como regla general que la transferencia de datos internacionales sólo se efectuará a aquellos Estados

³⁴ El art. 2 establece que «1. Chaque Partie prévoit que le transfert des données à caractère personnel vers un destinataire soumis à la juridiction d'un Etat ou d'une organisation qui n'est Partie à la Convention ne peut être effectué que si cet Etat ou cette organisation assure un niveau de protection adéquat pour le transfert considéré.

2. Par dérogation au paragraphe 1 de l'article 2 du présent Protocole, chaque Partie peut autoriser un transfert de données à caractère personnel:

- a) si le droit interne le prévoit:
 - pour des intérêts spécifiques de la personne concernée, ou
 - lorsque des intérêts légitimes prévalent, en particulier des intérêts publics importants, ou

b) si des garanties pouvant notamment résulter de clauses contractuelles sont fournies par la personne responsable du transfert, et sont jugées suffisantes par les autorités compétentes, conformément au droit interne».

u organizaciones internacionales que aseguren un nivel de protección adecuado. El carácter adecuado del nivel de protección debe ser evaluado a la luz de todas las circunstancias del caso y por las autoridades competentes de cada Estado Parte. Además, no debe olvidarse que el *Comité Consultivo* del Convenio 108 puede emitir una opinión sobre la adecuación del nivel de protección de datos en un tercer Estado o en una organización internacional. Tal sería por ejemplo el supuesto de una transferencia de datos a las Comunidades Europeas.

Aún así, el párrafo 2 del artículo considerado establece seguidamente la excepción a la regla general, siendo así que cada Estado Parte puede autorizar una transferencia de datos personales en dos supuestos únicamente. En primer lugar, cuando el derecho interno así lo disponga si se trata de intereses específicos de la persona afectada o cuando existan intereses legítimos prevalentes, en particular, intereses públicos importantes. En segundo lugar, «si de garanties pouvant notamment résulter de clauses contractuelles sont fournies par la personne responsable du transfert, et sont jugées suffisantes par les autorités compétentes, conformément au droit interne».

3. CONSIDERACIONES FINALES

Cabe concluir estas líneas con una breve reflexión acerca del balance y las perspectivas de futuro en torno a la regulación de datos personales adoptada en el Consejo de Europa como derecho humano susceptible de especial protección, y ello fundamentalmente a la vista de la globalización e intensificación de las transferencias internacionales de datos provocada por el fenómeno de Internet. En esta dirección, puede resaltarse, quizás, como acontecimiento más relevante la reciente celebración, con ocasión del vigésimo aniversario del Convenio 108, los días 19 y 20 de noviembre de 2001, bajo los auspicios del Consejo de Europa de la Conferencia Europea sobre protección de datos personales: «Presente y futuro del Convenio 108 del Consejo de Europa relativo a la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal». En dicho evento se han abordado en particular las posibles respuestas a los cambios experimentados en la sociedad de la información del tiempo presente, la relevancia de los principios de protección de datos personales establecidos en el Convenio y en el Protocolo Adicional. Como no podía ser de otro modo, la Conferencia ha examinado con detenimiento los nuevos aspectos regulados por el Protocolo Adicional al Convenio 108, es decir, el establecimiento de garantías adecuadas en la regulación de los flujos internacionales de datos y el papel que están llamadas a desempeñar las autoridades de control en la implementación de los mecanismos de cooperación internacional existentes en el contexto de la protección de los datos personales.

En primer lugar, ha de afirmarse que el balance de la actividad normativa desplegada por el Consejo de Europa en materia de protección de datos personales es más que positivo, siendo así que el Convenio 108 fue el primer ins-

trumento internacional jurídicamente obligatorio que reguló específicamente esta materia en el seno de la Comunidad internacional. Además, el Consejo de Europa ha demostrado con suficiencia su afán por la continua puesta al día en la protección de datos personales ante los retos planteados. Como botón de muestra sirvan únicamente las recomendaciones e informes en la materia, la propia modificación y enmienda del Convenio 108 permitiendo la adhesión de las Comunidades europeas, y el objetivo principal de este trabajo, esto es, la promulgación del Protocolo Adicional.

Finalmente, hemos de referirnos a cual puede ser el futuro más inmediato de la protección de los datos personales en el Consejo de Europa. Los acontecimientos terroristas del 11 de septiembre de 2001 han sembrado de dudas e incertidumbres el siempre difícil equilibrio conseguido entre el respeto a la vida privada y la intimidad de las personas como derechos humanos que han de estar bien establecidos y la libre circulación de datos personales a través de la red de redes, es decir, el ciberespacio. Éste sólo podrá garantizarse sin menoscabo alguno de la privacidad de las personas, salvo en aquellos supuestos estrictamente indispensables ligados al terrorismo internacional y a la seguridad internacional³⁵, y, en gran medida, mediante el fortalecimiento de todos aquellos mecanismos de cooperación jurídica internacional que tengan que ver con la red. En esta línea de razonamiento, el propio Consejo de Europa ha intentado dar una primera respuesta válida a los miedos generados por la cibercriminalidad³⁶. Se trata del Convenio del Consejo de Europa relativo a la cibercriminalidad abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa el 23 de noviembre de 2001³⁷. En este primer instrumento internacional jurídicamente obliga-

³⁵ Cfr. D. Yernault, «De la fiction à la réalité: Le programme d'espionnage électronique global "echelon" et la responsabilité des États au regard de la Convention européenne des droits de l'homme», *R.B.D.I.*, 2000/1, págs. 137-275; J. K. Gamble, «New information technologies and the sources of International Law: Convergence, divergence, obsolescence and/or transformation», *G.Y.I.L.*, vol. 41, 1998, págs. 170-205.

³⁶ Con carácter previo a la adopción del Convenio sobre cibercriminalidad cabe recordar ciertas recomendaciones y estudios realizados en el seno del Consejo de Europa. En este sentido, *vid.* Computer-related crime, Recommendation N.º R (89) 9 on computer related crime and final report of the European Committee on Crime Problems, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1990; W. K. Kaspersen, «Implementation of Recommendation N.º R (89) 9 on computer-related crime», document C.D.P.C., (97) 5, Estrasburgo, 24 de marzo de 1997.

³⁷ Para un examen detenido del proyecto de convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad, entre otros, véanse: E. M. Gning, «Le projet de convention européenne sur la criminalité dans le cyberspace», *Lex Electronica*, vol. 6-2, 2001, <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-2/gning.htm>; M. Lezertua, «El Proyecto de Convenio sobre el cibercrimen del Consejo de Europa - proteger el ejercicio de derechos fundamentales en las redes informáticas», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 25/2001, págs. 83-117. Asimismo, sobre este particular puede consultarse mi trabajo: J. A. Pavón Pérez, «La emergente labor del Consejo de Europa en la lucha contra la cibercriminalidad: ¿Una equilibrada respuesta a camino entre la cooperación jurídica internacional penal y el respeto de los derechos humanos?», Comunicación presentada al *IX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática: Justicia e Internet. La Administración de Justicia frente al desafío tecnológico digital*, organizado por la Federación Iberoamericana de Derecho e Informática (F.I.A.D.I.) y el Colegio de Abogados de Costa Rica, a celebrar en San José de Costa Rica del 1 al 5 de abril del 2002.

torio se incide sobremanera en conseguir un deseado equilibrio entre los poderes de investigación en medio informático que han de tener los Estados Partes en el Convenio y el respeto de los derechos humanos en la lucha contra la delincuencia de alta tecnología, de tal manera que en su articulado recobra especial relevancia una vez más el acceso y la transferencia transfronteriza de datos personales almacenados por los Estados Parte (art. 32).