

## RÉGIMEN LEGAL DE LOS SOPORTES ARCHIVÍSTICOS

Dr. D. Javier Carrascosa González

*Departamento de Derecho internacional privado Universidad de Granada*

### I. Introducción.

#### *Aspectos jurídicos del régimen legal de los soportes archivísticos.*

1. La regulación jurídica de los datos almacenados en soportes materiales y de los mismos soportes es un fenómeno complejo, como también complejo es el objeto que se trata de regular. Ello deriva de los múltiples aspectos relevantes para el Derecho que generan tales datos y soportes. Así, el legislador ha huido de una óptica unidimensional; ha procurado una reglamentación sectorial y progresiva o por etapas que se acomoda a las innovaciones técnicas y a las demandas sociales, reglamentación que refleja los valores preponderantes de la comunidad y de los agentes que operan en el sector.

2. En una primera perspectiva, el soporte archivístico tradicional, el documento escrito ha sido enfocado por el Derecho como una expresión del patrimonio artístico, histórico o documental. Este enfoque entronca con la regulación que el legislador dispensa al fenómeno artístico en general, regulación que responde a fines político-ideológicos, económicos, científicos, educativos y estéticos; este ángulo del tema permite distinguir diferentes etapas inspiradas en principios particulares.

3. En una segunda perspectiva, el soporte archivístico ha adquirido un valor práctico no ya innegable sino imprescindible

en el quehacer cotidiano de los operadores económicos públicos y privados, así como en la labor que despliegan las instituciones en general. En ese plano, el soporte archivístico cumple una función simplificativa de tareas antes complicadas hasta el infinito y hoy extraordinariamente ágiles y convertidas en *actos en masa*. Esta función práctica incrementa cuantitativamente los contenciosos jurídicos que giran sobre las operaciones realizadas a través de modernos sistemas de almacenamiento de datos. Fruto de este planteamiento es el régimen procesal de la prueba de los actos, hechos y negocios jurídicos realizados a través de estos medios.

4. Una tercera perspectiva debe tratar al soporte archivístico desde el punto de vista de los datos que contiene, en tanto en cuanto la transferencia o el tratamiento del soporte conlleva la transferencia o tratamiento de los datos que pueden afectar a la intimidad personal y familiar y al derecho al honor. En este punto ha venido a incidir la legislación sobre tratamiento automatizado de los datos de carácter personal contenida en la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD)<sup>1</sup>.

5. Con la intención de exponer todos los planos del fenómeno, pero conscientes de la imposibilidad de un tratamiento profundo de todos los problemas que se plantean, optaremos por poner de relieve tan sólo los puntos centrales de la primera y

tercera de las perspectivas nombradas, deteniéndonos con particular énfasis en el valor legal del soporte archivístico automatizado.

## II. *El soporte archivístico y la legislación de Derecho público en materia de archivos.*

### A. *Principios básicos.*

6. La evolución histórica del Derecho de los bienes culturales —en tanto en cuanto el soporte archivístico puede estar comprendido en esta categoría—, va unido más a la Historia del Derecho que a la Historia del Arte. Los rasgos del tratamiento jurídico del patrimonio documental en la etapa histórica actual pueden ser sintetizados en los siguientes puntos:

a) El objeto de protección es heterogéneo, abierto, y definido por otras ramas del saber, formando un elenco al que se añaden paulatinamente nuevos objetos;

b) Se constata un rechazo de la dicotomía *corpus mysticum* / *corpus mechanicum*, típica de la propiedad intelectual, pero poco funcional para este patrimonio, en el que el documento y lo que éste expresa son objeto de protección conjunta;

c) La titularidad (pública/privada) de estos bienes no es ahora el principal objeto de controversia, pues el centro de gravedad del régimen jurídico contemporáneo pasa por reforzar la finalidad de estos bienes, priorizada en torno al disfrute público.

7. En el ordenamiento jurídico español, ya antes de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 existía un cuerpo legislativo de significación<sup>2</sup>. Pero la promulgación de la *Lex suprema* conlleva el hito fundamental de la fijación de unos princi-

pios jurídicos básicos de este sector del ordenamiento, principios con rango constitucional, significativamente los contenidos en los arts. 46, 148.1.15 y 16, 149.1.28, y 149.2 de la Constitución. La norma fundamental que desarrolla tales principios es la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español<sup>3</sup>. Sobre tal base normativa primaria, los caracteres que presenta este sector del ordenamiento son, siguiendo a J. GARCÍA FERNÁNDEZ, los que siguen:

a) Se trata de un ordenamiento constitucionalizado, desde un punto de vista tanto conceptual como competencial. Desde el primer prisma, queda expedito el derecho fundamental de los ciudadanos a la participación en los bienes culturales siguiendo también los principios rectores básicos contenidos en tratados internacionales en vigor para España;

b) Se consagra un contenido heterogéneo de este patrimonio en tanto en cuanto los bienes aquí agrupados son de naturaleza diversa, ampliándose el concepto de «soporte archivístico»<sup>4</sup>. Cada sector de esta legislación atiende a necesidades concretas aunque sin embargo, y fruto de la elaboración doctrinal, responde a principios comunes;

c) Se aprecia igualmente una descentralización justificada al tratarse de fenómenos ligados a especialidades del territorio local más fácilmente gestionables desde este prisma, lo que provoca una fuerte «dispersión normativa competencial», a la que hay que unir la que es producto de la especialidad de los distintas categorías objetivas del patrimonio artístico. La descentralización no ha sido un punto pacífico, fundamentalmente por lo que se refiere a la posibilidad de declarar un bien como de *interés cultural*.

d) Se abandona la dualidad titularidad pública / privada como elemento básico, primando el aspecto funcional, caracterizado por el diseño de técnicas administrativas de las que los poderes públicos disponen para proteger el patrimonio artístico;

e) Resulta fundamental la técnica de la inventariación; se proyecta un régimen unitario para toda clase de bienes y posteriormente cada subsector es sometido a reglas de mayor o menor protección (cfr. arts. 51-53 LPH sobre el patrimonio documental y bibliográfico).

### B. Normas reguladoras.

8. El régimen jurídico de los soportes archivísticos que forman parte del patrimonio documental resulta ser una disciplina fuertemente tipificada en la que prima el aspecto institucional / organizativo. A ello coadyuva la dispersión normativa presente en el sector, fruto, en parte, del principio de descentralización<sup>5</sup>. Intentaremos sintetizar el régimen del soporte archivístico que establecen las normas estatales y autonómicas. Por lo que se refiere a las primeras, pueden ser destacados los extremos siguientes (arts. 48 a 66 LPH)<sup>6</sup>:

a) El concepto de documento abarca, en la praxis, todo tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos<sup>7</sup>.

b) Obligaciones de los poseedores de estos bienes: 1) Obligación de custodia, conservación, protección y destino útil (art. 52 LPH); 2) Obligación de permitir la inspección de estos documentos<sup>8</sup>; 3) Obligación de no destruir los documentos<sup>9</sup>.

c) Régimen de disposición de estos bienes. La Ley establece una serie de restricciones al comercio jurídico de los documentos pertenecientes al patrimonio documental<sup>10</sup>.

d) Régimen de acceso y consulta de los documentos de patrimonio documental.

Se articula a través de un principio general, la libre consulta del soporte tras su «transmisión y una vez depositados y registrados en los archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho público, conforme a las normas que se establezcan por vía reglamentaria» (art. 57.1.a LPH). Tal principio sufre dos excepciones; la primera relativa a los documentos no consultables<sup>11</sup>, excepción a su vez eviccionable (art. 57.1b)<sup>12</sup>, y la segunda relativa al tipo de datos que se contienen (art. 57.1.c)<sup>13</sup>.

e) Establecimiento de un régimen *ad hoc* de calificación y utilización de documentos de la Administración y del sector público (art. 58 LPH)

f) Régimen legal de los archivos, bibliotecas y museos (arts. 59-66 LPH).

9. Por cuanto atañe a la normativa de las comunidades autónomas, el régimen viene a ser similar<sup>14</sup>. Reseñaremos brevemente el contenido en la Ley de Archivos de Andalucía y en la correspondiente de Cataluña. En lo que se refiere a la primera (Ley 3/1984, de 9 de enero, de archivos<sup>15</sup>), cabe destacar los puntos siguientes:

a) El concepto de patrimonio documental andaluz viene definido en sentido amplio (art. 1)<sup>16</sup>;

b) Destaca la regulación de los aspectos públicos de la realidad archivística (arts. 2 a 7 en cuanto a la delimitación de los archivos del sistema andaluz; arts. 8-13 en relación al sistema andaluz de archivos y arts. 14-22 sobre la protección del patrimonio documental andaluz);

c) Vuelven a resultar básicos ciertos puntos del régimen jurídico de los soportes archivísticos ya retenidos en la legislación estatal: la obligación de custodia de los titulares de archivos y documentos sobre

tales (art. 14.1), a la que van aparejadas ciertas obligaciones conexas y cargas, así como la opcionalidad de la colaboración pública; el principio censal de archivos y fondos documentales (art.17); el principio de no eliminación (art.19); la posibilidad de expropiación (art. 20); la obligación / posibilidad de consulta (art. 21); el régimen de difusión y acceso (arts. 23-31); la integridad, unidad y acrecentamiento del Patrimonio documental andaluz (arts. 34-42); la no prescripción de ciertos documentos e inalienabilidad de los mismos, así como el control público sobre su exportación;

d) Las excepciones al principio básico de consulta pública del soporte archivístico se construyen sobre premisas similares a las vistas respecto de la ley estatal 16/85, fundamentalmente por cuanto afecta a la seguridad, honor e intimidad de las personas físicas (art. 27 c), y cuando entrañe peligro para la defensa y seguridad del Estado o pueda afectar a los intereses vitales de Andalucía (art. 27 d).

10. En cuanto a la ley 6/1985, de 26 de abril, de Archivos de Catalunya<sup>17</sup>, hay que hacer constar que viene circunscrita a un ámbito más institucional que sustancial, de forma que se fija la organización administrativa de los archivos públicos, (arts. 1-3), archivos históricos de Catalunya (arts. 5-10), y archivos privados (arts. 11-19)<sup>18</sup>. El régimen material queda esbozado en las obligaciones de custodia e inventariación, conservación, acceso del público, restauración, y comunicación de las enajenaciones (art.15).

### III. *El soporte archivístico como medio de prueba.*

#### A) *Prueba civil.*

##### 1. Principios básicos.

11. Es sabido el peso del resultado al que conduce el período de la prueba en el proceso civil a la hora de la resolución final del mismo a través, normalmente, de sentencia judicial. Numerosos contenciosos privados se traducen en puros problemas de prueba y la actividad judicial consistirá en alcanzar, si es posible, el más alto grado de convencimiento sobre los hechos que se dicen acaecidos y/o probados. De este modo, el resultado de la prueba es crucial en relación a la orientación de la decisión judicial. En este plano, la prueba civil no es sino «aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que éste adquiera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica para fijarlos como ciertos a los efectos del proceso» (A. DE LA OLIVA / M. A. FERNÁNDEZ)<sup>19</sup>. El juez o tribunal debe alcanzar una probabilidad tan alta que excluya la aceptación de la proposición contraria. La relevancia de la prueba en el proceso es tal que aún en los casos en los que el contencioso aparezca lejano o improbable, las partes deben cuidar muchísimo los actos que realizan a fin de contar con los medios para poder probar aquello que ocurrió.

12. El objeto de la prueba procesal son los hechos, ya fundamentales, ya accesorios, relevantes en todo caso para deducir las pretensiones jurídicas de las partes. Tal objeto debe ser acreditado a través de los *medios de prueba* admitidos en Derecho. Se trata



de los distintos tipos de actividades que permiten a las partes con el juez o excepcionalmente a éste sólo, llegar a la convicción de la certeza positiva o negativa de las afirmaciones fácticas que se han de fijar como verdaderas, falsas o dudosas, a efectos del proceso (A. DE LA OLIVA / M. A. FERNÁNDEZ). La regulación legal de la prueba civil en nuestro Derecho es dual, por cuanto la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881 y el Código civil (Cc.) de 1889 contienen cada uno, una enumeración de «medios de prueba» no exactamente coincidentes. La LEC recoge como tales la confesión en juicio, documentos públicos y solemnes, documentos privados y correspondencia, los libros de los comerciantes llevados de acuerdo con las prescripciones legales, dictamen de peritos, reconocimiento judicial y testigos (art. 578 LEC). El art. 1215 Cc. por su parte enumera como medios de prueba los *instrumentos*<sup>20</sup>, confesión, inspección personal del juez, peritos, testigos y presunciones<sup>21</sup>.

13. Es en este punto cuando entra en juego el valor procesal en juicio del soporte archivístico como medio de prueba. No cabe la más mínima duda de que cuando tal soporte material esté constituido por el clásico soporte en papel o materia similar, su valor probatorio entrará a ser considerado a través del medio de prueba de los instrumentos, atribuyéndosele la eficacia que en Derecho proceda a tenor de si es un documento público y solemne, o por el contrario constituye un documento privado (noción que incluye la correspondencia y los libros de comerciantes llevados con arreglo a la legislación vigente). Los problemas surgen, obviamente, cuando se trata de considerar el valor probatorio de medios modernos de prueba, tales como el soporte archivístico informatizado; microfilm, disco

óptico numerado o soporte informático convencional (*diskette* de ordenador, *Hard Disk*). Y surgen tales problemas por el hecho de que la enumeración legal (arts. 578 LEC y 1215 Cc.) no incluyen expresamente la posibilidad de acudir a estos «medios modernos de prueba».

14. Resulta claro que la letra de los preceptos citados no incluye al soporte archivístico moderno como medio de prueba. Ello ha llevado a algún sector de la doctrina procesalista española así como a alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo, a rechazar su admisibilidad probatoria, sobre la base del principio *inclusio unius exclusio alterius*; es decir, si el legislador incluyó ciertos medios de prueba en la ley, es porque estableció un *numerus clausus* de los mismos, rechazando que cualquiera otros medios de prueba puedan ser admitidos. Frente a esta posición hay que recordar el momento genético de los arts. 578 LEC y 1215 Cc. Se trata efectivamente, de preceptos nacidos hace más de un siglo por voluntad de un legislador que no tuvo en cuenta, porque no pudo en ningún caso haber tenido en cuenta, otros medios de prueba distintos a los enumerados. El legislador decimonónico nunca pudo imaginar cuáles serían los derroteros de los soportes en los que el hombre fija, hoy ya en los albores del siglo XXI, los hechos cotidianos que conciernen sus actividades. Por ello, y para interpretar correctamente los preceptos tantas veces citados, resulta fundamental partir de la intención del legislador y de la *ratio legis* de los artículos aludidos. En esta perspectiva, resulta evidente que el legislador estableció un elenco de medios probatorios incluyendo los medios de prueba usuales e imaginables en aquellos tiempos. De ahí se infiere claramente que no puede ser cerrada la puerta a otros cua-

lesquiera medios de prueba aún no contemplados en la letra de los arts. 578 LEC y 1215 Cc. La vía para su admisión legal, hoy día, no puede ser otra que una aplicación analógica (art.4.1 Cc.) del término «instrumentos», previsto en el art. 1215 Cc., o lo que viene a ser lo mismo, una aplicación *in extenso* del precepto al soporte archivístico automatizado.

15. Sin embargo, como la doctrina ha destacado sin recato, no es posible que en la era de la informática sigan vigentes unos medios de prueba que no responden a la demanda social general ni a las reglas del sentido común acordes con la realidad actual. Por ello, la reforma de los medios de prueba en nuestro Derecho procesal resulta algo fundamental y debería ir acompañada asimismo de una reforma global de todo el régimen jurídico de la prueba en el proceso civil. En esta línea, otros países han procedido a una reforma legal de este tipo, como es el caso del nuevo Código civil de Quebec de fecha 18 de diciembre de 1991, que entrará en vigor en 1994, o de la ley francesa de 12 de julio de 1980 que reformó los medios de prueba en el proceso admitiendo, bajo ciertas condiciones de fiabilidad e inalterabilidad, los soportes archivísticos informatizados. El progreso tecnológico debería incitar al legislador a reformar los preceptos sobre prueba, admitiendo expresamente medios que en la praxis privada comercial son de uso común. En tanto se produce tal reforma, no queda otra salida que la interpretación analógica de la ley, operación que si bien introduce un grado de inseguridad jurídica inevitable (y que quedaría conjurado si el legislador se decidiese a una pronta reforma), responde estrictamente a criterios de justicia material que en caso contrario quedarían en entredicho.

16. La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1 de julio de 1985 vino a introducir un precepto que puede llamar a engaño en cuanto a los medios de prueba: se trata del art. 230, que dispone:

«Podrán utilizarse en el proceso cualesquiera medios de documentación y reproducción, siempre que ofrezcan las debidas garantías de autenticidad. La ley regulará los requisitos y forma de su utilización».

El precepto se refiere a las «actuaciones judiciales», es decir, está referido al modo en que deben proceder los órganos jurisdiccionales durante el proceso en relación a las actividades que desarrollan. Se trata de medios técnicos de los que el juez o tribunal se pueden valer en relación con los principios de oralidad y publicidad de las actuaciones judiciales (grabación en vídeo, cintas magnetofónicas, etc...). Es cierto, sin embargo, que puede aducirse que carece de razón admitir determinados medios para «probar» (léase «documentar») lo que sucede en juicio y negarlos, sin embargo, para probar hechos acaecidos en ámbitos extrajudiciales, siempre que concurren las necesarias garantías de veracidad. No es posible, por tanto, reclamar la aplicación del art. 230 LOPJ en relación a los medios de prueba de los que pueden valerse las partes en el proceso civil. La alusión exclusiva a los preceptos de la LEC y Cc. sigue siendo, desafortunadamente, punto de partida indiscutible y único del tratamiento de la cuestión.

## 2. El soporte archivístico automatizado como medio de prueba.

17. Es fenómeno común en la actualidad que las empresas y los operadores económicos en general dispongan de un

sistema de GED (gestión electrónica de documentos) en sectores de actividad tan variados como banca, comercios de venta directa y seguros, entre otros muchos. Se trata prácticamente de un fenómeno general. La GED facilita el intercambio rápido de información y supone el nacimiento de un nuevo método de trabajo a través de la gestión de soportes informáticos sin papel. Por otra parte, las relaciones entre distintas unidades económicas se realizan en base a la GED, ya se trate de unidades ligadas por vínculos societarios (filiales o sucursales de una sola empresa) o de entramados contruidos sobre vínculos contractuales (*joint venture*, contratos de colaboración en sus diversos tipos). La colaboración empresarial y la actividad comercial en general pasa instrumentalmente a través de redes informáticas y de la GED.

18. Como ha sido destacado, la *primera base legal* para la admisión como medio de prueba civil del soporte archivístico automatizado es considerar la aplicación analógica del inciso legal referido a los «instrumentos» (dicción del Cc.) o documentos públicos y solemnes y «documentos privados» (dicción de la LEC). Tal aplicación analógica no es sino un entendimiento del concepto de «documento» interpretado *in extenso*, como propone parte de la doctrina (PRIETO CASTRO). De este modo, se trata de arbitrar un concepto amplio de «documento», que puede ser definido como el «objeto material que incorpora la expresión (no necesariamente por escrito) de un pensamiento humano». Tal concepto amplio pasa por aceptar: a) las expresiones del pensamiento humano no expresadas por medio del lenguaje (piénsese en planos de edificaciones o en los movimientos de una cuenta corriente); b) soportes materiales no necesariamente consistentes en papel o simi-

lares, debiendo por tanto admitirse medios tales como el vídeo, la fotografía, y por cuanto aquí interesa, el soporte archivístico automatizado (microfilm, disco óptico numerado, soporte informático convencional, *hard disk*, etc.).

La ventaja de esta interpretación es su adaptación a la realidad del «documento» actual tanto por lo que se refiere al soporte material que se utiliza cotidianamente, como por cuanto se refiere a aquel pensamiento que se incorpora. Los inconvenientes se cifran en que muchas normas instrumentales, que sirven para interpretar el valor probatorio o la forma de presentación de la prueba documental, devienen inaplicables a los soportes archivísticos automatizados *ex ipsa natura sua*<sup>22</sup>.

Queda por definir en este apartado la «clase» de «documento» que los soportes archivísticos automatizados constituyen en nuestro Derecho. Pueden generalmente ser considerados «documentos privados», confeccionados sin intervención de fedatario público (*ad ex.*, extractos de cuenta corriente contenidos en las bases de datos de un banco; operaciones contables de una empresa almacenadas en disco óptico numerado o *hard disk*). Podrán tener también carácter de «documento oficial» (*tertium genus* entre el documento privado y público), en tanto en cuanto puede tratarse de documentos expedidos (o «contenidos») por autoridades, entidades, organismos o dependencias públicas que no tengan facultad de dar fe pública extrajudicial. Así, los datos del catastro municipal almacenados en bases de datos o los conservados en el Ministerio de Hacienda en relación a las situaciones tributarias de los ciudadanos. Los «documentos oficiales» evitan la necesidad de compulsar con los originales y en juicio surten mayor fuerza que el documento

privado y casi tanta como el documento público. En tercer lugar, son documentos públicos «aquéllos cuya confección final ha autorizado a la persona a la que está atribuido el oficio de dar fe de la fecha (*ad ex. notario*), de los sujetos intervinientes en dicha confección y de los actos de tales sujetos realizados en presencia del fedatario». <sup>23</sup> En tanto en cuanto las funciones de fe pública extrajudicial deben realizarse sobre el «documento tradicional», los soportes archivísticos automatizados no podrán, en principio, presentar carácter de «documento público» <sup>24</sup>.

19. Una «segunda base legal» que permite el uso de soportes archivísticos automatizados como medios de prueba en el proceso civil pasaría, no por admitir un concepto amplio de documento, sino por aceptar la remisión que los arts. 602-605 LEC hacen en favor de los «libros de los comerciantes legalmente previstos». Como es sabido, la ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades reformó los arts. 25 a 49 del Código de Comercio (C.Com.) y ha permitido un cierto juego de las anotaciones mercantiles realizada a través de mecanismos informáticos. Este sistema no obvia la necesidad de llevanza de los tradicionales libros mercantiles de contabilidad (art. 27.2 C.Com.) <sup>25</sup>. Paralelamente, otros cuerpos legales han consagrado la posibilidad de «documentar» transacciones a través de medios informáticos. Es el caso de la Ley de Mercado de Valores 24/1988 de 28 de julio <sup>26</sup> (art.9 y concordantes). Tal «documentación» de las operaciones puede tener valor probatorio de la transacción, frente a la postura tradicional de la jurisprudencia española, que había venido considerando que los «libros de los comer-

ciantes» no prueban actos jurídicos, sino hechos patrimoniales, visto que en los libros tradicionales de los comerciantes no son objeto de inscripción los contratos. La doctrina ha señalado con acierto que los libros de los comerciantes sí prueban la ejecución de los contratos y los hechos del tráfico (entrega de la mercancía, realización del pago, etc.) <sup>27</sup>.

20. En todo caso, los soportes archivísticos automatizados son medios de prueba «documentales» que deben reunir una serie de requisitos, tanto procesales como sustanciales, para surtir los efectos que la ley establece.

1º) *Tiempo*. Los soportes archivísticos automatizados deben ser aportados al proceso en una fase concreta y no extemporáneamente. *Per excepcionem* en relación a otros medios de prueba, al considerarse los soportes archivísticos automatizados como especie de la prueba documental, se aportarán al inicio del proceso (junto a la demanda y contestación, art. 504 LEC), con las excepciones que establecen los arts.506 y 507 LEC) <sup>28</sup>.

2º) *Forma de presentación*. En tanto en cuanto los soportes archivísticos automatizados queden circunscritos a los documentos privados, debería ser de aplicación cuanto dispone el art. 516 LEC, relativo a las copias de documentos a presentar (tantas como partes litigantes existan en la posición contraria, salvo el caso de litisconsorcio). Sin embargo, estas previsiones pueden no ser aplicables por la propia naturaleza del soporte archivístico automatizado en algunos casos (disco óptico, microfilm, *hard disk*), pero sí en otros (soporte informático convencional o *diskette*). En cuanto a la lengua en que se presentarán cabe realizar el mismo razonamiento: un estado contable bien puede no estar redac-



tado en lengua ninguna, pues sólo expresa cifras numéricas (art. 601 LEC *a sensu contrario*), por lo que huelga cualquier intento de traducción. Resulta interesante, por último, la previsión recogida en el art. 504.2 LEC, por cuanto si el actor no puede aportar en el momento de presentar la demanda el soporte archivístico automatizado por no tenerlo a su disposición, podrá designar «el archivo o lugar en que se encuentren los originales»; si por el contrario lo tiene a su disposición, deberá presentarlos acompañando la demanda «siempre que existan los originales en un protocolo o archivo público del que pueda pedir y obtener copias fehacientes de ellos» (art. 504.3 LEC).

3º) *Límites a la obtención de pruebas.* Ha de tenerse en cuenta que «no surtirán efecto las pruebas (en nuestro caso, los soportes archivísticos automatizados) obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales» (art. 11.1 LOPJ, y sent. TC, [sala 2] de 29 de noviembre de 1984 núm. 114/1984). 4º) *Carga de la prueba.* La aportación del soporte archivístico automatizado al proceso como medio probatorio debe realizar, igualmente, teniendo presentes los requisitos legales sobre carga de la prueba (básicamente, art. 1214 Cc.)<sup>29</sup>.

5º) *Valor probatorio de los soportes archivísticos automatizados.* Resulta necesario partir del dato de que la prueba por documentos públicos es tasada, (art. 1218 Cc.)<sup>30</sup>, mientras que la prueba por documentos privados es una prueba que el juez valorará libremente. En este sentido, la parte contraria puede pedir y obtener el «cotejo de letras», que en relación al soporte archivístico automatizado viene a ser la comprobación de su autenticidad mediante su comparación con un documento indubitado (art. 608 LEC, documento sobre cuya auto-

ría no cabe duda). Pero puede la parte contraria, por contra, «aceptarlo como legítimo» en los escritos de alegaciones (art. 604 LEC), caso en el que «hacen prueba plena». El soporte archivístico automatizado será valorado libremente por el juez, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 609 LEC)<sup>31</sup>. Debe, *in terminis*, tenerse presente que el hecho de que el juez considere auténtico el soporte archivístico automatizado significa que las declaraciones de voluntad contenidas en el soporte se tienen como ciertas (*ad ex.* las anotaciones contables realizadas por una empresa), aunque ello no prueba que sea cierto el contenido de tales declaraciones (la veracidad de las anotaciones).

21. Es en el punto precedente, en el valor probatorio del soporte archivístico automatizado como «documento privado», en el que conviene poner el acento de modo significativo, pues se trata de proporcionar al órgano judicial los criterios más convincentes sobre la autenticidad del soporte archivístico automatizado y de la veracidad de los datos allí almacenados<sup>32</sup>. A tales efectos, conviene que el soporte archivístico automatizado reúna los requisitos de *perdurabilidad e inalterabilidad*.

a) *Perdurabilidad.* Que el soporte archivístico automatizado esté en condiciones de perdurar en el tiempo es necesario desde el prisma de la prescripción legal de las acciones<sup>33</sup>. Los soportes archivísticos automatizados deben ser conservados en tanto en cuanto se prolonga tal término, ya para iniciar un proceso judicial (caso del actor sobre la base de hechos «documentados» a través de soportes archivísticos automatizados), ya para defenderse del ejercicio de una acción legal por parte de otro particular o empresa contra la parte que conserva determinados hechos «documen-

tados» en soportes archivísticos automatizados. Ello impone que el contenido del soporte archivístico automatizado haya sido almacenado de acuerdo con ciertas «modalidades de archivo» y/o que el mismo soporte archivístico automatizado reúna una calidad material concreta. Así, el Disco Óptico Numérico (DON) es un soporte indeleble que requiere ciertas condiciones de conservación, que serán precisas también en los supuestos de microfilm y soporte informático convencional.

b) *Inalterabilidad*. El soporte archivístico automatizado debe ser inalterable, de modificación irreversible, condición que satisface en buena medida el *microfilm argéntico* y el *disco óptico*, pero no tanto el soporte informático convencional. Cuestión relacionada con la inalterabilidad es la «fidelidad» del soporte archivístico automatizado, ya que resulta evidente que el soporte archivístico automatizado puede ser reproducido hasta el infinito y que no existe «original» en puridad de sentido. La fidelidad que se exige al soporte archivístico automatizado implica también que se trate de un soporte a prueba de falsificaciones, caso del disco óptico no reescribible, lo que hace de este soporte un medio probatorio muy recomendable.

Respecto del *microfilm* cabe decir que se acepta hoy día como prueba legal en muchos ordenamientos y también puede desplegar su eficacia en el español. Para asegurar su valor probatorio, resulta conveniente revestirlo de condiciones de fiabilidad seguras, como ha hecho recientemente el Código civil de Quebec fecha 18 de diciembre de 1991 (citado)<sup>34</sup>. En este sentido, son recomendables las siguientes especificaciones:

a) Cada microfilm debe estar acompañado de un certificado de autenticidad; a

su vez, debe verificarse la veracidad de tal certificado (arts. 2837-2842 Cc.Quebec). El certificado se incluirá al inicio del microfilm;

b) La certificación, realizada por el operador, debe acreditar que reproduce fielmente el original;

c) Resulta muy conveniente conservar también aparte el certificado que acredita las condiciones en las que se ha hecho el microfilmado;

d) Los operadores que llevan a cabo el microfilmado deben poseer una formación suficiente para asegurar la calidad de las operaciones y el programa de microfilmado debe ser controlado periódicamente.

Por cuanto respecta al disco óptico es conveniente:

a) Que se registre automáticamente la fecha de redacción del archivo, así como la fecha de la última actualización del disco y que tal registro de la fecha sea inalterable.

b) Que se proceda a una numeración automática de las páginas coincidente con el original. Todos estos extremos aseguran una prueba efectiva de la autenticidad del microfilm o disco óptico.

En este sentido, no es ocioso recordar que el microfilm requiere una técnica por la cual se fotografía el original sobre metal indeleble, mientras que para almacenar datos en el disco óptico numérico, la imagen del original se transforma a través de datos binarios, entrañando tal operación una «modificación irreversible posterior del soporte». Además, muchos de estos soportes (señaladamente el disco óptico numérico [DON]) es un soporte indeleble pues dispone de un sistema de detección de toda modificación ulterior, de forma que toda tentativa de falsificación puede ser detectada en el DON tipo WORM.

3. Información perdida, *secret messages* y prueba procesal.

22. Un caso curioso que ha llamado la atención de la doctrina y praxis jurídica norteamericana es la posibilidad de acceder a información presuntamente perdida o borrada (*deleted*) de la memoria de los PC, redes informáticas o bases de datos. Debido a la *privacidad* que a primera vista parece ofrecer el ordenador personal, los individuos escriben sus pensamientos «sin ninguna censura», lo cual puede resultar vital a efectos probatorios<sup>35</sup>. En los medios procesales norteamericanos, los datos informáticos son tratados por los tribunales del mismo modo que pueden tratar pruebas documentales sobre papel, de forma que los abogados pueden obtener autorización del tribunal para acceder a las memorias de los bancos de datos o PC si a juicio del tribunal pueden contener elementos relevantes para el caso. Ello incluye la posibilidad de emplear técnicas de recuperación (*backup*) de información presuntamente borrada o perdida. Se comienza por los datos más recientemente conservados automáticamente por el PC en caso de fallo del sistema o corte del suministro eléctrico. Otros complejos informáticos más sofisticados pueden guardar archivos (*files*) durante años, lo que facilita su recuperación a estos efectos. También conservan información algunos sistemas o redes de transmisión de mensajes informáticos, como la *MCI Communication Corp.* Tras de ello, los abogados están haciéndose con los servicios de *Computer Wizards* que, gracias a sus conocimientos privilegiados del medio, acceden a información vital presuntamente inexistente. Es conocido el caso de un *Computer Wizard* al servicio de un equipo legal de Seattle que accedió a información no

visible y presuntamente inexistente almacenada en la memoria de los sistemas informáticos de una empresa y encontró mensajes calumniosos de uno de sus directores de oficina locales contra un trabajador que había sido despedido. Éste consiguió una indemnización adicional de \$250.000 por discriminación laboral gracias al efecto probatorio que surtió en juicio el comprometido *secret message* descubierto por el equipo legal.

B. Prueba en otros ámbitos jurídicos.

23. Han sido destacados con mayor profusión los problemas fundamentales de los soportes archivísticos automatizados en el ámbito civil por constituir éste el ámbito típico donde deben ventilarse las cuestiones litigiosas de índole patrimonial. No hurta ello valor al valor probatorio que los soportes archivísticos automatizados pueden surtir en otras ramas del Ordenamiento, respecto de las cuales señalaremos sumariamente algunos datos.

24. Por cuanto se refiere al ámbito penal y exclusivamente al acto del juicio oral tipo, cabe decir que los órganos judiciales apreciarán libremente («apreciando según su conciencia», dice el art. 741 LECrim.), las pruebas practicadas en el juicio relativas a los soportes archivísticos automatizados, que podrán presentarse como «piezas de convicción» (art. 688 LECrim.). El tipo de prueba será el de «prueba documental» o «inspección ocular» (que realizará el juez directamente sobre el soporte), en sintonía con lo que disponen los arts. 726 o 727 LECrim<sup>36</sup>.

25. En el ámbito procesal laboral, el art.90 de la ley de procedimiento laboral<sup>37</sup> permite a las partes «valerse de cuan-

tos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas». La remisión genérica a la «Ley» puede amparar la utilización de soportes archivísticos automatizados, vista la interpretación amplia del concepto de «documento» en la LEC y Cc. Por otra parte, la admisión ejemplificativa de otros medios mecánicos (vídeos, grabaciones magnetofónicas, etc.) a efectos probatorios puede avalar el recurso a los soportes archivísticos automatizados en virtud de «la eadem ratio juris» que existe entre el supuesto regulado y el no contemplado expresamente.

26. En relación al ámbito procesal militar, la moderna redacción de la ley orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar<sup>38</sup> ha hecho que el legislador incluya en las posibles pruebas a practicar en el acto de la vista del juicio oral, los «medios de audiovisión consistentes en películas cinematográficas, vídeos, diapositivas, fotografías, microfilmes, grabaciones sonoras o visuales y otros medios de visión, exhibición o audición que puedan ser reproducidos» (art. 311.3 LPM), además de incluir una cláusula de cierre («cualquier otra prueba que se considere de interés por las partes y fuera admitida por el Tribunal», art. 311.8 LPM). Las pruebas son de libre valoración por el juzgador («apreciando según su conciencia las pruebas...», dice el art. 322 LPM). Ello permite, sin necesidad de forzar la redacción del precepto, la utilización de los soportes archivísticos automatizados como medios de prueba en este tipo de proceso.

#### IV. *El soporte archivístico y el régimen de los datos personales automatizados en la nueva ley orgánica 5/1992.*

##### A. *Régimen jurídico general.*

27. La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal ha venido a dar cumplimiento a lo preceptuado en el art. 18.4 de la Constitución, limitando el uso de la informática para preservar «el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.» La defensa de estos derechos en el medio informático supone el surgimiento de un régimen jurídico peculiar del soporte archivístico automatizado que contiene datos personales. El registro de datos personales en ficheros informatizados y la posibilidad de su tratamiento automatizado brinda la posibilidad de su utilización con los más diversos fines. Es frecuente la acumulación de datos relativos a los administrados por parte de organismos públicos en ficheros normalmente interconectados. No menos usual es la reunión de datos personales en ficheros pertenecientes al sector privado, en particular, de entidades bancarias y de otras grandes empresas. Estas situaciones suponen un eventual peligro para «el derecho a la intimidad» de las personas, visto el cómodo manejo y tratamiento de los datos personales informatizados<sup>40</sup>. Un examen de este régimen jurídico, por fuerza de carácter sumario, lleva a distinguir varios aspectos.

28. *Objeto de la ley orgánica 5/1992.* La nueva ley resulta aplicable a «los datos de carácter personal que figuran en ficheros automatizados de los sectores público



y privado y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizada, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado» (art. 2.1 LORTAD). Abarca todo tipo de fichero independientemente de cual sea el gestor de los datos, con algunas excepciones (ficheros electorales, ficheros sometidos a normativas sectoriales, Registro civil, Registro de penados y rebeldes, ficheros puramente estadísticos, art. 2.3 LORTAD).

29. *Principios de la protección de datos.* La protección de la intimidad de las personas por el tratamiento de datos personales por medios informáticos se articula a través de los siguientes principios:

a) *Calidad de los datos.* Los datos deben ser exactos, proporcionados al fin legítimo para el que se recogen, actualizados y cancelados cuando hayan cumplido la finalidad para la que sirvió su almacenamiento (art. 4 LORTAD).

b) *Derecho de información.* Los afectados a los que se soliciten datos personales serán informados previamente de la existencia del fichero, de la finalidad de los datos, de sus derechos respecto de los datos y de la identidad del responsable del fichero, entre otros extremos (art. 5 LORTAD).

c) *Consentimiento del afectado.* El tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requiere el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa (art. 6 LORTAD) o salvo que se recojan «en el ejercicio de las funciones propias de las administraciones públicas en el ámbito de sus competencias, ni cuando se refieran a personas vinculadas por una relación negocial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato» (art. 6.2 LORTAD).

d) *Protección especial de los datos relativos a las convicciones personales.* Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias, y tales datos sólo podrán ser tratados automáticamente previa autorización expresa y por escrito del afectado. Este régimen de especial protección es aplicable a los datos relativos a la religión, ideología, creencias, origen racial, vida sexual. También son objeto de protección específica, generalmente por remisión a sus normativas específicas, los datos concernientes a la comisión de infracciones penales y administrativas, y datos de salud (arts. 7 y 8 LORTAD).

e) *Seguridad de los datos.* Se obliga al responsable del fichero a adoptar una serie de medidas técnico-organizativas para evitar la alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado de los datos personales (art. 9 LORTAD).

f) *Deber de secreto.* Este deber compete al responsable del fichero aún tras haber finalizado su relación con el afectado (art. 10 LORTAD).

g) *Cesión de datos.* Los datos de carácter personal objeto del tratamiento automatizado sólo podrán ser cedidos para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del afectado, con las excepciones que establece la ley (art. 11 LORTAD). Estas excepciones han resultado especialmente polémicas, dado que los arts. 11 y 19 de la ley permiten la cesión de datos personales automatizados entre las distintas administraciones públicas bajo ciertas condiciones. Esta posibilidad ha motivado la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra ciertos preceptos de la Ley Orgánica 5/1992<sup>41</sup>.

30. *Derechos de las personas.* Los afectados por un tratamiento automatizado de

datos de carácter personal gozan de los siguientes derechos, cuya infracción dará lugar a responsabilidad patrimonial (art. 17 LORTAD):

a) *Impugnación de las valoraciones* basadas exclusivamente en datos automatizados (art. 12 LORTAD).

b) *Derecho de información* sobre todos los ficheros que contiene datos personales referentes al sujeto, finalidad e identidad del responsable del fichero, derecho que se ejercerá en el Registro General de Protección de Datos. (art. 13 LORTAD).

c) *Derecho de acceso*. El afectado tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos de carácter personal incluidos ficheros automatizados (arts. 14 y 16 LORTAD).

d) *Derecho de rectificación y cancelación*. La primera facultad se refiere a los datos inexactos, mientras que la cancelación procederá, con carácter general, cuando haya finalizado la relación entre el responsable del fichero y el afectado (arts. 15 y 16 LORTAD).

31. La Ley Orgánica 5/1992 establece un régimen de ordenación de los ficheros (bancos de datos) que contienen referencias personales, que se rige por principios y normas distintos según se refiera a ficheros de titularidad pública (arts. 18-22 LORTAD) o a ficheros de titularidad privada (arts. 23-31 LORTAD), permitiéndose mayores excepciones a los derechos de los afectados en el régimen de los ficheros en manos de las administraciones públicas (arts. 21 y 22 LORTAD).

32. Para vigilar la correcta aplicación de la ley y la defensa de los derechos de los afectados, se crea la Agencia de Protección de Datos (arts. 34-41). Paralelamente se establece un sistema de infracciones y sanciones administrativas (art. 42-48 LORTAD), debiendo esperar la elaboración de

una ley orgánica que introduzca los debidos preceptos en el Código penal relativos a lo que se ha venido en llamar «delito informático», hasta ahora huérfano de regulación en nuestro Derecho penal (exposición de motivos de la LORTAD, punto 7).

## B. Especial consideración del movimiento internacional de datos.

33. La parquedad reguladora de este fenómeno (arts. 32-33 LORTAD) no puede quitar importancia a la del flujo internacional de datos personales automatizados. Se trata de un fenómeno hoy día corriente, ya se trate de transmisión «real» (transferencia de *diskettes* u otros soportes archivísticos automatizados) o de acceso directo a través de terminales de ordenador. La existencia de distintos ordenamientos jurídicos estatales relativos al tratamiento automatizado de datos personales continúa siendo presupuesto, junto al tráfico privado externo, de una solución jurídica de Derecho internacional privado (DIPr.). No hay que olvidar que desde los años setenta han visto la luz normativas estatales en torno al fenómeno, lo que comporta una profunda diversidad de enfoques nacionales<sup>42</sup>.

34. La naturaleza jurídica del flujo internacional de datos es sumamente compleja<sup>43</sup>. Este flujo puede afectar a las condiciones de la competencia en el mercado; puede constituir una violación de la intimidad de las personas; puede ser necesario a los fines de un adecuado auxilio judicial o de cumplimiento de normas internacionales<sup>44</sup>; puede afectar a la investigación en sectores específicos (sector médico respecto de los datos de los pacientes). El flujo internacional de datos de carácter personal puede también posibilitar en buen número

de ocasiones el nacimiento de supuestos de responsabilidad *ex delicto* en DIPr., ya que los resultados lesivos pueden producirse en el territorio de un estado distinto a aquél en el que se encontraban almacenados los datos. Por ello, una regulación del flujo internacional de datos de carácter personal manifiesta un «carácter preventivo» de suma importancia, pues se impide que los datos recogidos o tratados en un estado salgan de su territorio buscando amparo en estados con legislación inexistente en la materia o con un inferior nivel de protección del derecho a la intimidad personal y familiar.

35. *Regulación jurídica: A) Derecho internacional privado convencional.*

Está en vigor para España el convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981<sup>45</sup>. En otra óptica, también lo está el convenio de Málaga-Torremolinos de 25 de octubre de 1973, aparte de la Recomendación de 23 de septiembre de 1980 del Consejo de la OCDE relativa a las líneas directrices concernientes a la protección de la vida privada y los flujos transfronterizos de datos de carácter personal. Ninguno de los citados instrumentos proporciona soluciones de derecho uniforme o, en su caso, *self executing* que obvien la necesidad de una respuesta propia de DIPr. autónomo.

36. B) *Futura normativa comunitaria.* La referencia central de la futura normativa comunitaria es la «propuesta de la directiva del Consejo relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales»<sup>46</sup>.

La propuesta opta por generar un «derecho unificado», vía que parece adecuada y necesaria por diversas razones<sup>47</sup>. Así, en primer lugar, existen estados con

regulación específica en la materia y también otros que carecen de la misma. En segundo lugar, aquéllos que la tienen difieren en su contenido (ficheros manuales, personas jurídicas, alcance de la obligación de notificación, tratamiento de «datos sensibles» y transferencia a terceros países, son extremos en los que difieren las legislaciones internas existentes). En tercer lugar, el convenio del Consejo de Europa (citado) no ha paliado esta situación, siendo sólo ratificado por parte de los estados comunitarios, entre ellos España.

Consecuencia de ello es que el nivel de protección de los datos de carácter personal varía de un estado a otro. Un «mercado interior de datos de carácter personal» sólo es posible si las legislaciones estatales se unifican, aún básicamente, a través del desarrollo de una directiva común, lo cual resulta indispensable de cara al mercado interior que es realidad desde el primero de enero de 1993.

37. Los objetivos de la propuesta de la directiva son básicamente, dos: a) proporcionar un alto nivel de protección a los datos de carácter personal; y b) favorecer la circulación intracomunitaria de los datos de carácter personal, necesaria para la realización del mercado interior. Es obvio que para el ejercicio de la libertad de circulación de mercancías, capitales, personas y servicios, los datos de carácter personal deben poder transmitirse más allá de las fronteras nacionales entre los agentes económicos que desarrollen actividades transnacionales. Por otra parte, la circulación de los datos es presupuesto de la obligación de cooperación y colaboración comunitarias entre autoridades estatales, lo que requiere la protección paralela de los interesados. Igualmente, la cooperación científica intracomunitaria exige un intercambio

de datos. La propuesta de directiva tiene también en cuenta en gran medida que la imposibilidad de circulación de datos puede causar un falseamiento de la competencia entre los agentes económicos a tenor de las restricciones a las que pueden estar sometidos en cada país. Así las cosas, la propuesta de la directiva busca la creación de un nivel de protección equivalente en los estados miembros, «un alto nivel de protección» (arts. 110A y 8A TCEE) que «no reduce» el nivel de protección ya alcanzado por algunos países a través de normas internas. El resultado es la generación de «un espacio común» liberalizado «ad intra» de la Comunidad Europea y protegido «ad extra», de modo que el flujo internacional de datos de carácter personal es libre entre los estados de la Comunidad (arts. 24 y 25 de la propuesta).

38. C) *Derecho internacional privado autónomo*. Los arts. 32 y 33 LORTAD regulan el flujo internacional de datos de carácter personal mediante normas materiales *ad hoc*, «necesariamente especiales» por un lado, y por otro, «independientes», pues su aplicación no depende de que la norma de conflicto designe como competente la ley del foro (la ley española). Hay que hacer notar con carácter previo que la primacía de la futura normativa comunitaria y de la normativa estatal de desarrollo implicará un desplazamiento de la normativa autónoma. A tenor del art. 32 LORTAD:

«No podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento automatizado 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.»

Por su parte, el art. 33 afirma que:

«Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación:

a) Cuando la transferencia internacional de datos de 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.

39. El régimen jurídico del trasvase internacional de datos de carácter personal establecido en la LORTAD sugiere algunas reflexiones sobre algunos aspectos concretos que señalamos muy sucintamente.

a) En lo referente a las excepciones al régimen del art. 32, fijadas en el artículo siguiente, cabe resaltar algún matiz. El cumplimiento de las normas de ciertos tratados internacionales requiere un flujo internacional de datos de carácter personal, pero es posible que tal situación genere «una disminución de garantías» en la protección de la intimidad de las personas, situación que no puede ser evitada conforme a los arts. 32 y 33 LORTAD.

b) Los arts. 32 y 33 LORTAD sólo contemplan el «flujo activo de datos de carácter personal», entendiendo por tal el que parte de España con destino a un estado extranjero, y no el «flujo pasivo» de tales



datos, es decir, el que tiene España como punto de destino, que es, en principio, libre. Tampoco es objeto de atención el problema que se genera cuando los datos son transferidos desde España hacia un estado y de éste a un tercero.

c) El art. 33 LORTAD sólo contempla ciertas categorías especiales del flujo internacional de datos de carácter personal. Existe un caso particular de este flujo, aquél tiene por objeto datos personales derivados de fuentes accesibles al público y de relaciones contractuales o comerciales, cuya transferencia se verifica entre empresas vinculadas jurídicamente. El caso, que se augura frecuente debido a la existencia de «redes de empresas filiales» y a la expansión de las empresas multinacionales en el mercado, quizás mereciera una atención específica liberalizadora.

d) Otro tipo de flujo internacional de datos de carácter personal no contemplado LORTAD es aquél que se lleva a cabo con fines de incorporación o exportación de mercancías o productos, caso cuya liberalización podría estar justificada en orden a la agilización del tráfico mercantil, siempre que se presten las garantías adecuadas, como ocurre en la propuesta de la directiva comunitaria.

40. El libre flujo de datos de carácter personal resulta necesario para muchas actividades usuales en la vida actual. De este modo, una interdicción absoluta del mismo o una subordinación de todo flujo internacional de datos personales a la obtención de las pertinentes autorizaciones administrativas, podría conllevar perjuicios significativos. Por otra parte, algunos flujos internacionales de datos deben quedar sustraídos al régimen general trazado por esta normativa para venir a integrarse en regímenes jurídicos particulares (datos médicos,

datos relativos a las transferencia bancarias, reservas de pasajes aéreos, auxilio judicial internacional), a fin de no quebrar la unidad de regulación de cada uno de los fenómenos<sup>48</sup>. Las restricciones al flujo internacional de datos de carácter personal obedecen pues, al control estatal sobre estas operaciones, y a la protección de la intimidad de las personas a las que se refieren los datos. Tras esta vocación protectora late la idea de la diversidad legislativa en la materia y de la existencia de estados en los que la cuestión no ha sido objeto de regulación.

41. *Distintos espacios de protección para el flujo internacional de datos personales.*

La creación de un «mercado común» de datos personales automatizados exige también una «barrera común» para el flujo tanto activo como pasivo con terceros estados, como la que se intenta crear en la Comunidad Europea. Mientras ello no se logre, el estado que ofrezca la menor «resistencia» será utilizado como «puerto franco» para este flujo, dado que por él circularán los datos de carácter personal procedentes de los otros estados pertenecientes al «mercado común». Sin embargo, la normativa española habrá de desarrollar la directiva, que por su carácter particularizado (cfr. art. 4 de la misma), dejará poco margen al legislador estatal. Tal desarrollo impedirá que el DIPr. autónomo español liberalice, aún puntualmente, un flujo internacional de datos personales cuyas condiciones de circulación están claramente fijadas por la norma comunitaria, pues un flujo de datos personales con origen o destino en España es siempre una situación conectada al mercado comunitario, lo que provocará la aplicación del Derecho comunitario. Ello impedirá que «resurja» el DIPr. autónomo español, cosa que ocurriría en situaciones no conectadas con el «espacio» o «mercado» comunitario.

## NOTAS

<sup>1</sup> BOE núm. 262 de 31 de octubre de 1992.

<sup>2</sup> Destacan así, sintéticamente, la Ley de Patrimonio Histórico-Artístico de 1993 y su Reglamento de 1996; el Decreto Ley de 1926 y varias normas sectoriales sobre el régimen jurídico de las excavaciones arqueológicas (Ley de 1991 y Reglamento de 1992); en cuanto al patrimonio bibliográfico y documental, en concreto, la Ley de 1972 sobre Defensa del Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación; sobre el comercio de estos bienes, la Ley de 1931 y Decreto de 1969; sobre el catálogo monumental, los Decretos de 1940 y 1941 y en cuanto a los monumentos, el Decreto de 1958 modificado en 1963.

<sup>3</sup> BOE núm. 155 de 29 de junio de 1985; corr. errores en BOE núm. 296 de 11 de diciembre de 1985.

<sup>4</sup> El concepto utilizado para definir el patrimonio histórico (art. 1 de la ley 16/85) parte de criterios extrajurídicos y flexibles. Por otra parte, la ley opta por la fijación del contenido material del Patrimonio histórico, a diferencia de la Ley de 1933, que reenviaba a una Ley especial lo relativo al tesoro documental y bibliográfico (ley 25/72 de 21 de junio).

<sup>5</sup> Las disposiciones con carácter sectorial más significativas en materia de patrimonio bibliográfico y documental son, en general en el ámbito estatal, el Decreto de 24 de julio de 1947 (BOE núm. 220 de 17 agosto 1947), sobre el patrimonio y el tesoro histórico documental y bibliográfico de España; Orden de 25 de febrero de 1971 por la que se dispone que sea gratuito el acceso a todos los archivos y bibliotecas del Estado (BOE núm. 63 de 15 de marzo de 1971). En cuanto a las Comunidades autónomas, el Decreto 61/1982, de 22 de enero, que regula la Inspección General de Archivos y la Inspección General de Bibliotecas (DOG núm. 216 de 21 abril 1982); el Decreto 478/1983, de 28 de octubre, que regula los servicios de la Generalitat de Catalunya en materia de Patrimonio Documental y Bibliográfico de Catalunya (DOG núm. 384 de 25 de noviembre de 1983); Decreto 78/1985, de 27 de diciembre, sobre creación del Sistema Regional de Archivos y Bibliotecas, modificado por Decreto 44/1986, de 18 de abril, (BOMU, núm. 13 de 17 de enero de 1986 y 103 de 6 de mayo de 1986). Por lo que se refiere a la legislación archivística en particular, en cuanto a la normativa estatal, el Real Decreto, de 22 de noviembre de 1901, por el que se aprueba el Reglamento para el régimen y gobierno de los Archivos del Estado (Gac. de Mad. núm. 330 de 18 julio de 1958); Orden de 19 de diciembre de 1972 sobre inutilización administrativa (...), BOE núm. 11 de 13 de enero de 1970). En el plano autonómico, la ley (Andalucía) 3/1984 de 9 de enero de Archivos, BOJA núm. 4 de 10 de enero de 1984; Orden de la Generalitat de València de 14 de junio de 1984 por la que se crea el Consejo Asesor de Archivos (DOV núm. 177 de 12 de julio de 1984); Ley 6/1985, de 26 de abril, de Archivos Catalunya, DOG

núm. 536 de 10 de mayo de 1985; Ley 6/1986 (Aragón), de 28 de noviembre, de Archivos de Aragón BOE núm. 301 de 17 diciembre de 1986); Decreto 34/1987, de 1 de abril, de la Diputación General de Aragón, de desarrollo de la ley anterior (BOA núm. 42, de 13 abril 1987). Aparte existe una legislación sobre archivos históricos generales y archivos de la Administración (Archivo histórico nacional, Archivo General de Simancas, Archivo General de las Indias; Archivo de la Corona de Aragón; Archivo General de la Administración Civil y demás Archivos Regionales. Para un más profundo desarrollo sectorial de las disposiciones sobre esta materia y otras conexas, vid. *Legislación sobre Patrimonio Histórico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, con un valioso prólogo de Javier García Fernández en págs. 35-69.

<sup>6</sup> Estos aspectos tratados por la ley 16/85 son también tratados por normativa menor: a destacar los arts. 49-58 del Decreto de 24 de julio de 1947 (citado) que regula las visitas a Archivos y Bibliotecas, la reproducción en microfilm de las piezas del tesoro histórico documental y bibliográfico, el régimen de comercio y de exportación de libros y documentos (que debe ser autorizada por Orden Ministerial), mientras que la importación debe ser hecha con autorización oficial (art. 57); también la Orden de 25 de febrero de 1971 (citada) por la que se dispone que sea gratuito el acceso a todos los archivos y bibliotecas del Estado.

<sup>7</sup> Art. 49 LPH: «Se entiende por documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural y convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos. Se excluyen los ejemplares no originales de ediciones. 2. Forman parte del Patrimonio Documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de la función por cualquier organismo público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas y por las personas privadas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios. 3. Forman igualmente parte del Patrimonio Documental los documentos con una antigüedad superior a los cuarenta años generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso y por las entidades, Fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado. 4. (...) 5. La Administración del Estado podrá declarar constitutivos del Patrimonio Documental aquellos documentos que, sin alcanzar la antigüedad indicada en los apartados anteriores, merezcan dicha consideración». El art. 50.1 LPH afirma que también forman parte del Patrimonio Bibliográfico las bibliotecas; el art. 50.2 LPH afirma que: «Asimismo forman parte del Patrimonio Histórico Español y se les aplicará el régimen correspondiente al Patrimonio Bibliográfico, los ejemplares producto de ediciones de películas cinematográficas, discos, fotografías, materiales audiovisuales, y

otros similares, cualquiera que sea el soporte material, de las que no consten al menos tres ejemplares en los servicios públicos, o uno en el caso de películas cinematográficas». El art. 51.1 LPH establece la obligatoriedad de censar estos bienes.

<sup>8</sup> Art. 52.3 LPH: «...deberán facilitar la inspección por parte de los organismos competentes para comprobar la situación o estado de los bienes y habrán de permitir el estudio por los investigadores, previa solicitud razonada de éstos. Los particulares podrán excusar el cumplimiento de esta última obligación, en el caso de que suponga una intromisión en su derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en los términos que establece la legislación reguladora de esta materia».

<sup>9</sup> Art. 55.2 LPH: «En ningún caso se podrán destruir tales documentos en tanto subsista su valor probatorio de derechos y obligaciones de las personas o los entes públicos», aspecto éste intrínsecamente relacionado con el valor probatorio atribuible al «contenido» inaprehensible del soporte archivístico.

<sup>10</sup> Art. 56 LPH: «1. Los actos de disposición, exportación e importación de bienes constitutivos del Patrimonio Documental y Bibliográfico quedarán sometidos a las disposiciones contenidas en el art. 5 y títulos II i IV de la Ley. 2. En todo caso cuando tales bienes sean de titularidad pública serán inexportables, salvo lo previsto en los arts. 31 y 34 de esta Ley».

<sup>11</sup> Art. 57.1 a LPH: «A no ser que afecten a materias clasificadas, de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos».

<sup>12</sup> «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cabrá solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública. Dicha autorización podrá ser concedida en los casos de documentos secretos o reservados, por la autoridad que hizo la respectiva declaración, y en los demás casos, por el jefe del departamento encargado de su custodia».

<sup>13</sup> Art. 57.1.c) LPH: «Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que hayan transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, cincuenta años a partir de la fecha de los documentos». El art. 57.2 LPH afirma que reglamentariamente se establecerán las condiciones de consulta de estos documentos y de obtención de reproducciones de los mismos. El criterio del consentimiento del afectado viene a ser el elemento básico en la LORTAD a la hora de la recogida de datos.

<sup>14</sup> Vid. las normas autonómicas citadas precedentemente.

<sup>15</sup> BOJA núm. 4 de 10 de enero de 1984.

<sup>16</sup> Art. 1: «...toda expresión en lenguaje oral o escrito, natural o codificado, recogida en cualquier tipo de soporte material, así como cualquier otra expresión gráfica que constituya testimonio de funciones y actividades sociales del hombre y de los grupos humanos...».

<sup>17</sup> Más detallada, similar en algunos puntos a la ley de Andalucía de Archivos, es la ley 6/1986, de 28 de noviembre, de Archivos de Aragón. BOE núm. 301 de 17 de diciembre de 1986.

<sup>18</sup> El Decreto 478/1983, de 28 de octubre, de la Generalitat de Catalunya regula los servicios de la Generalitat en materia de Patrimonio documental y bibliográfico de Cataluña; el Registro del patrimonio documental y bibliográfico de Cataluña (art. 3), en el que se harán constar los trasposos de propiedad (art. 5) y las listas de venta los comerciantes. El art. 7 impone la obligación de custodia de los propietarios con la ayuda de la Generalitat, a la que pueden depositar los documentos.

<sup>19</sup> A. DE LA OLIVA / M.A. FERNÁNDEZ: *Derecho procesal civil II*, Ed. R. Areces, Madrid, 1991, págs. 269.

<sup>20</sup> *Instrumentos* es la denominación arcaica de «documentos» y comprende los medios de prueba comprendidos en los núm. 2, 3 y 4 del art. 578 LEC, esto es, los documentos públicos y solemnes, documentos privados y correspondencia y los libros de los comerciantes llevados de acuerdo con las prescripciones legales.

<sup>21</sup> Constituyen las presunciones el medio de prueba no nombrado en la LEC e introducido por el Cc., si bien la doctrina discute acerca de su verdadera naturaleza por «medio de prueba», conceptuándolo *melius* como un «sistema para la fijación procesal de hechos».

<sup>22</sup> Así, las normas sobre aportación y sobre copias de los documentos (arts. 504 *et seq.* y 516 *et seq.* LEC) y la norma sobre el «cotejo de letras» (arts. 606 *et seq.* LEC).

<sup>23</sup> A. DE LA OLIVA / M.A. FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pág. 320.

<sup>24</sup> En cuanto a la fe pública judicial téngase en cuenta la previsión del art. 230 LOPJ (citado) por cuanto pueda afectar a la actividad del Secretario judicial.

<sup>25</sup> Art. 27.2 C. Com.: «Será válida, sin embargo, la realización de asientos y anotaciones por cualquier procedimiento idóneo sobre hojas que después habrán de ser encuadernadas correlativamente para formar los libros obligatorios, los cuales serán legalizados antes de que transcurran los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio...»

<sup>26</sup> BOE núm. 181 de 29 de julio de 1988; corr. errores en BOE núm. 185 de 4 de agosto de 1989.

<sup>27</sup> A este respecto, el art. 31 C. Com. señala que «el valor probatorio de los libros de los empresarios y demás

documentos contables será apreciado por los tribunales conforme a las reglas generales del Derecho», dicción que induce a pensar que los «demás documentos contables» pudieran ser interpretados en sentido amplio, incluyendo soportes archivísticos automatizados. Cfr. igualmente el art. 1228 Cc.

<sup>28</sup> Un sector doctrinal ha venido afirmando que los documentos «no fundamentales para el derecho del actor» pueden aportarse en momentos posteriores, por ejemplo, tras la fase de alegaciones, una vez acordado el recibimiento del pleito a prueba, en las subfases de proposición y práctica de la prueba (arts. 504-505 LEC *a sensu contrario*).

<sup>29</sup> Art. 1214 Cc.: «Incumbe la carga de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone». Sobre tal precepto se ha venido aceptando que incumbe la carga de probar un hecho a quien lo alega o afirma, aunque corregido por el «principio de normalidad», en el sentido de que cada parte deberá probar aquello que, conforme a la razón y a la experiencia, es más fácil probar para ella que para la parte contraria (A. DE LA OLIVA / M.A. FERNANDEZ: *op. cit.*, pág. 286).

<sup>30</sup> La ley establece que el juez debe dar un cierto valor (y no otro) a la prueba mediante documento público (principio de la «prueba legal» o «tasada», o de «apreciación legal de la prueba»), como se aprecia en el contenido del art. 1218 Cc.: «Los documentos públicos hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.

<sup>31</sup> El juzgador puede decidir, con arreglo a su criterio, si la prueba mediante el soporte archivístico automatizado, una vez practicada, le ha convencido del hecho que se trata de probar, o no le ha convencido («principio de prueba libre»). La valoración libre de la prueba mediante soporte archivístico automatizado la realizará el juzgador de acuerdo con una serie de pautas de índole psicológica, lógico-formal y científico-experimental. Es aquí donde puede tener valor la llamada «apreciación conjunta de la prueba» (*ad. ex.* soportes archivísticos automatizados contradictorios aportados por las partes al proceso).

<sup>32</sup> Al respecto, F.J. HOFSTETTER: «La legalité du disque optique et du microfilm», *Arch. Med.* noviembre 1992, págs. 1 *et seq.* C. CHABERT PELTAT - C.A. BENSOUSSAN: «La solution juridique», *Le point sur...* págs. 38-40; L. PAULIAC: «Un problème de société», *Le point sur...* págs. 34-37. A. BENSOUSSAN: *La gestion électronique de documents, la jurisprudence et la loi*, (Conférence SIGED 16/18 septembre 1992).

<sup>33</sup> Arts. 1961 Cc. «Las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley». Los arts. 1962 a 1975 Cc. establecen duraciones distintas de los plazos de prescripción de las acciones a tenor de la naturaleza de las mismas (acciones reales, acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones según la materia sobre la que versen,

etc.). Los arts. 942 a 954 CCom. establecen «los términos para el ejercicio de las acciones procedentes de los contratos mercantiles». Existen otras reglas específicas previstas para casos particulares y contenidas en cuerpos legales distintos, caso de la Ley cambiaria y del Cheque 19/1985 de 16 de julio (BOE núm. 172 de 19 de julio), arts. 87, 88, 56 y 157).

<sup>34</sup> Reglas similares fueron introducidas por la ley de 12 de julio de 1980 en ordenamiento francés (art. 1348 Code), complementada por una ley de 5 enero de 1988 sobre el fraude informático.

<sup>35</sup> J.C. WOO: «Lawyers Search E-Mail Archives For Evidence», *The Wall Street Journal Europe*, Tuesday 5, 1993, págs. 4-5. R. SUSSKIND: «Computers in Support of Litigation», *Business Law*, 1992.

<sup>36</sup> Más especialidades relativas a la documentación informática del proceso por el Secretario (arts. 230 LPJ y 793.9 LECrim.) en J. SEOANE CACHARRON: «Problema que plantea la utilización de medios técnicos de documentación en el juicio oral del procedimiento penal abreviado», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 5 de mayo de 1989, núm. 1529, págs. 1926-1940.

<sup>37</sup> Real Decreto Legislativo 521/1990 de 27 de abril por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, BOE núm. 105 de 2 de mayo de 1990.

<sup>38</sup> BOE núm. 92 de 18 de abril de 1989.

<sup>39</sup> BOE núm. 262 de 31 de octubre de 1992. La bibliografía sobre el tratamiento automatizado de datos de carácter personal es muy extensa; nos remitimos con carácter general a las referencias citadas por J.L. CHENAUX: *Le droit de la personnalité face aux médias internationaux*, Librairie Droz, Genève, 1990; F. RIGAUX: *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, L.G.D.J., París, 1990, en concreto, págs. 581-606; *Idem*: «Le regime des données informatisées en droit international privé», *Jour. dr. int.*, vol. 113, 1986-2, págs. 311-328. *Vid.* el número especial de la *Revue internationale de droit comparé*, (3èmes Journées franco-suisses, Dijon, 13-15 octobre 1986), núm. 3, 1987, págs. 551-689.

<sup>40</sup> Así, la red informática que extiende la *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication* (SWIFT), consistente en un sistema automatizado al que están conectadas entidades bancarias de todo el mundo, La *Société Internationale de Telecommunications Aéronautiques* (SITA), o la misma *INTERPOL*. Por otra parte, en un futuro no lejano es factible pensar en bancos de datos ubicados en satélites artificiales a los que los sujetos o entidades tendrán acceso por terminales. Empresas especializadas en el almacenamiento y distribución de datos de carácter personal ejercen también actividades en España, como *Present Service*. Sistemas como el «registro de aceptaciones impagadas» relativo al impago de letras a los bancos funcionan como una red a la que acceden gran número de entidades bancarias, situación que condiciona la concesión de un futuro crédito al sujeto, frecuentemente en sentido negativo. Parecido meca-



nismo funciona entre las compañías aseguradoras de accidentes de circulación respecto de los individuos que presentan una alta tasa de siniestralidad.

<sup>41</sup> Concretamente han sido objeto de recurso los arts. 6.2, 19.1, 20.3 y 22.1 y 2 LORTAD por parte del Partido Popular; también el Defensor del Pueblo ha recurrido algunos artículos de la ley. Cfr. Diario EL PAIS, 30 enero 1993, pág. 18.

<sup>42</sup> Vid. Las referencias en L. FOCSANEANU: «La protection des données à caractère personnel contre l'utilisation abusive de l'informatique», *Jour. dr. int.*, t. 109, 1982, págs. 55-98 y F. RIGAUX: *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, L.G.D.J., París, 1990, págs. 592-593. Estas legislaciones presentan actualmente ciertos desfases debidos al desarrollo de las telecomunicaciones, sobre todo al convertirse los datos tratados informáticamente en objeto de comercio y al diluirse la distinción entre ficheros públicos y privados debido a la frecuencia con que las Administraciones públicas acceden a ficheros privados y adquieren los datos en ellos almacenados. Al respecto, vid. *inter alia*, F. RIGAUX: «Le regime des données informatisées en droit international privé», *Jour. dr. int.*, vol. 113, 1986-2, pág. 313-314. L. FAUGEROLAS: *L'accès international à des banques de données*, París, G.L.N., 1989; P. KAYSER: *La protection de la vie privée*, París, Economica, 1984; J. MESTRE: «Conflits de lois relatifs à la protection de la vie privée», *Etudes offertes à Pierre Kayser*, t. II, 1979, págs. 239-256; F. RIGAUX: «La liberté de la vie privée», *Rev. int. dr. comp.*, 1991, núm. 3, págs. 539-563; FLAHERTY, D.H.: *Privacy and Government Data Banks: an International Perspective*, Londres, Mansell, 1979.

<sup>43</sup> Sobre el flujo internacional de datos personales sintéticamente, L. FAUGEROLAS: *L'accès international à des banques de données*, París, G.L.N., 1989; A. MADEC: *Les flux transfrontières de données*, París, 1982; A. COTLIEB, CH. DALFEN y F. KATZ: «The transborder Transfer of Information by Communications and Computer Systems», *The American Journal of International Law*, vol. LXXVIII (1974), págs. 227-251; A. MACHERET: «Règlement des flux transfrontières de données de caractère personnel», en *Informatique et protection de la personnalité*, Ed. Universidad de Friburgo, 1981, págs. 240-254. J. FREESE: *International Data Flow*, Lund, 1970.

<sup>44</sup> El flujo de datos en general resulta hoy día también elemento básico para el desarrollo de ciertos países, como indica G. GARZÓN CLARIANA: «La protección de los datos personales y la función normativa del Consejo de Europa», *Rev. inst. eur.*, vol. 8, 1981, págs. 9-25.

<sup>45</sup> Sobre este convenio, vid. L. FOCSANEANU: «La protection... cit.», págs. 75-95; F. RIGAUX: «La loi applicable à la protection des individus à l'égard du traitement

automatisé des données à caractère personnel», *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1980, págs. 443-478; G. CONETTI: «Aspetti internazionali di una progettata normativa italiana sul trattamento automatizzato di dati personali», *Riv. Dir. int. priv. e proc.*, vol. XIX, 1983, págs. 589-600. El convenio de Málaga-Torremolinos ha sido ratificado por España el 20 de marzo de 1976, *BOE* de 25 y 26 de agosto de 1976.

<sup>46</sup> Vid. «propuesta de directiva del Consejo de 27 de julio de 1990 relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales» y «comunicación de la Comisión sobre la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales en la Comunidad y a la seguridad de los sistemas de información», (COM 90) 314 final SYN 288, Bruselas 24 septiembre de 1990.

<sup>47</sup> Sin embargo, el Consejo Europeo de 1 de julio de 1991 encargó «al grupo *ad hoc* 'inmigración' que inicie los trabajos relativos a un convenio sobre la protección de las personas en lo relativo al tratamiento informatizado de los datos de carácter personal. Los trabajos sobre este convenio deberán estar terminados, a más tardar, el 30 de junio de 1992». Vid. *Boletín CE*, 6-1991, pág. 12. Sobre el Dictamen relativo a la propuesta de directiva (en DOCE C 277 de 5.11.1990) a cargo del Comité Económico y Social de 24 de abril de 1991 (DOCE C 159 DE 17.06.1991) y el Dictamen del Parlamento europeo de 11 de marzo de 1992 (DOCE C 94 de 13.04.1992), así como al estado de las demás acciones comunitarias relativas a la seguridad de sistemas de información y redes públicas digitales de telecomunicación y datos personales, vid. *Boletín CE* 3-1992, pág. 77. Téngase presente que los llamados «Acuerdos de Schengen» tienen como instrumento de actuación la creación de ficheros policiales comunes e intercambiables relativos a datos personales. Cfr. Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (Acuerdo de Schengen), de 14 de junio de 1985, *BOE* 30 de julio de 1991.

<sup>48</sup> Las operaciones de pagos internacionales y transferencias dinerarias requieren con frecuencia un flujo internacional de datos de carácter personal, que quedará regulado «conforme a su legislación específica» (art. 33 *in fine* LORTAD). En torno al intercambio electrónico de datos en relación con la conclusión de contratos por medios electrónicos y a la actividad normativa unificadora que desarrolla actualmente la UNCITRAL, vid. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional, Anuario, vol. XIX, 1988, págs. 25-48. Tales actividades requieren las más de las veces la intervención bancaria. Al respecto, R. PÉREZ ESCOLAR: «El Derecho bancario en el siglo XXI (Derecho y tecnología)», *Revista Jurídica Española La Ley*, 1991-1, págs. 987-1016.

## RESUMEN

I. Los soportes archivísticos presentan al menos una triple perspectiva de análisis jurídico. En primer lugar, su régimen legal como objetos eventualmente integrantes del patrimonio artístico, plano en el que resultan afectados por normas de Derecho Administrativo, aspecto ligado al derecho de los ciudadanos al disfrute y acceso al patrimonio documental.

II. En una segunda perspectiva, el soporte archivístico automatizado puede constituir medio de prueba procesal. La obsolescencia de la normativa aplicable en el proceso civil impone la necesidad de una interpretación analógica, lo que permite que puedan desplegar eficacia probatoria normalmente a través de su consideración como «documentos privados», para lo que deberán reunir ciertas condiciones procesales y sustantivas.

III. En último término, el soporte archivístico automatizado se ve afectado por la reciente ley Orgánica 5/1992 sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Es objeto de atención jurídica el mismo soporte y el régimen de los responsables de ficheros, con la finalidad de preservar la intimidad personal y familiar y el derecho al honor del uso informático. Se otorga, por último, una atención especial a la transmisión internacional de datos personales automatizados desde distintos ángulos normativos.

## RÉSUMÉ

I. Du point de vue juridique, les supports d'archives peuvent être analysés sous au moins trois angles. En premier lieu, celui de leur régime légal en tant qu'objets susceptibles d'appartenir au Patrimoine artistique; à cet égard, ils sont donc concernés par certaines normes de Droit administratif, aspect à relier au droit de jouissance et d'accès des citoyens au patrimoine documentaire.

II. En second lieu, le support d'archives automatisé peut constituer un élément de preuve procédurale. L'obsolescence des normes applicables au sein de la procédure civile rend impérative une interprétation analogique du support, ce qui lui permet de déployer pleinement l'efficacité probatoire que lui confère sa nature de «document privé»; pour ce faire, certaines conditions procédurales et substantives devront donc être réunies.

III. En dernier lieu, le support d'archives automatisé est concerné par la récente loi organique S/1992 sur la réglementation du traitement automatisé des données à caractère personnel. S'agissant de préserver l'intimité de la personne et de la famille, de même que le droit à un juste usage de l'information, les législateurs se sont penchés sur le support lui-même, ainsi que sur le régime des responsables de fichiers. Sous divers angles normatifs, on accorde en outre une attention particulière à la transmission internationale des données personnelles automatisées.

## SUMMARY

I. Archive supports can be analyzed legally from at least three standpoints. First, the legal regime, inasmuch as they are a potentially integral part of the artistic heritage, hence regulated by administrative law as it concerns citizens' right to access to/enjoyment of the documentary heritage.

II. Second, automated archive supports may constitute a medium for procedural evidence. The obsolescence of laws covering civil action makes an analogous interpretation necessary to clarify probative value normally, by considering such supports to be «private documents» for which certain procedural and substantive conditions must be met.

III. Finally, automated archive supports are affected by recent Organic Act S/1992 on regulation of automated processing of personal data. Both the supports and the regime for archivists are legally contemplated to preserve individual and family privacy and the right to the ethical use of computer data. Lastly, special attention is given to international transmission of automated personal data, from different legal standpoints.