

La Protección de Datos y la Privacidad en Internet

EMILIO DEL PESO NAVARRO

*Abogado y Licenciado en Informática
Socio Director IEE (Informáticos Europeos Expertos)*

1. INTRODUCCIÓN.

La Humanidad se encuentra en estos tiempos en una encrucijada y asimismo lo está el Derecho que tiene por objeto regular las diversas relaciones entre los seres humanos.

Nos encontramos en una época en que empezamos a percibir que comienzan a no ser válidas las viejas instituciones jurídicas y sin embargo no tenemos aquellas otras que puedan sustituirlas.

Como dice el Profesor PÉREZ LUÑO: *“Los juristas debemos realizar un esfuerzo para superar la tendencia congénita a escanciar el vino nuevo de las cuestiones que emergen del cambio social tecnológico en los odres viejos conceptuales y metódicos de la dogmática jurídica tradicional.”*

Los avances tecnológicos son de tal calibre que vienen a influir en todas las ramas del Derecho.

Así vemos que en el cambio social que se origina están implicados: el derecho mercantil debido a la proliferación de nuevos tipos de contratos mercantiles con la aparición del comercio electrónico; el derecho fiscal incapaz

muchas veces de hacer frente a la incorporación de paraísos que ya podemos considerar virtuales, por ejemplo, los casinos electrónicos; el derecho civil con los continuos ataques a la propiedad intelectual, cuya propia existencia se cuestiona; el derecho penal con la aparición del terrorismo a través de la red y la pornografía infantil entre otros delitos; el derecho financiero con el nacimiento del ciberdinero; el derecho constitucional con los ataques a la intimidad de las personas en las múltiples transmisiones transaccionales; el derecho internacional en su conjunto dadas las colisiones de derechos nacionales que se producen y las consecuencias que para el principio de territorialidad ello trae consigo; el derecho político con la utilización de la red con fines electorales y la publicidad que pueden hacer pequeños grupos minoritarios; el derecho procesal ante los nuevos tipos de pruebas que aparecen debido a las tecnologías que emergen, en fin, como vemos cualquier rama del derecho queda alterada ante esta nueva situación.

Aparecen nuevos espacios, como Internet, donde la globalidad hace realidad aquella aldea global anunciada por McLuhan hace más de tres décadas. Asimismo esta globalización dificulta la generación de leyes que ya no bastan a nivel nacional, ni tampoco de grandes zonas geopolíticas, como la Unión Europea, sino que tendrán que tener ámbito mundial.

Los ordenamientos jurídicos de los países reflejan el modo de vivir de una sociedad, en definitiva de una cultura en los que los dos pilares más importantes son la Constitución y el Código Penal, al que algunos denominan Constitución negativa.

La forma de entender la vida es distinta de unas culturas a otras e inclusive de una épocas a otras y esto trasciende al Derecho.

Respecto a algunos temas como: pornografía, presencia de la mujer en la sociedad, jerarquía de valores, etc., difícilmente vamos a poder regular por igual a todos los países del mundo.

Esos avances tecnológicos, a los que nos referimos anteriormente, que proporcionan grandes bienes a los seres humanos también tienen su lado negativo.

Así la facilidad para hacer acopio, tratar, transmitir y almacenar información atentan contra uno de los bienes más preciados del ser humano: su derecho a la intimidad, a su privacidad no permitiendo que los demás conozcan de uno aquello que no deseamos que se conozca y en último caso, si esto llega a ocurrir que podamos saber quién tiene nuestros datos, qué datos tiene, cómo los

ha obtenido y para qué los quiere.

Todos estos elementos conforman el principio que se conoce como autodeterminación informativa o libertad informática.

Dicho principio fue enunciado en una célebre sentencia del Tribunal Constitucional alemán de Karlsruhe el 15 de diciembre de 1983 basándose en el derecho a la personalidad de la Ley Fundamental de Bonn.

Para analizar las consecuencias que tiene para la privacidad de las personas la existencia de Internet después de situar en sus debidos límites el concepto de privacidad y de explicar realmente que entendemos por Internet, analizaremos seis documentos que entendemos pueden ayudar a delimitar el tema objeto de este análisis: la Directiva europea 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos de carácter personal y la Directiva 97/66/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, interesantes toda vez que regulan un amplio espacio geopolítico; los países de la Unión Europea; la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (a partir de ahora LOPD) que a diferencia de la derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal (LORTAD) amplía su ámbito territorial de aplicación; el Acuerdo de "Puerto seguro" entre la UE y los EE.UU.; la Recomendación del Consejo de Europa nº R(99) 5 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la protección de la intimidad en Internet y por último las Recomendaciones a usuarios de Internet de la Agencia de Protección de Datos.

Una vez examinados estos importantes documentos relacionados con la privacidad trataremos de extraer las necesarias conclusiones en aras de poner nuestro pequeño granito de arena en la construcción de ese Derecho a la intimidad que sirva para regular la protección de ésta en todos los países del mundo aunque vemos muy lejano este momento toda vez que aún existen muchos países en los que no es respetado el principal derecho que tiene un ser humano que es su derecho a la vida.

2. CONCEPTO DE PRIVACIDAD.

La palabra privacidad sigue siendo un anglicismo en nuestro entorno. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española aún no ha recogido dicho concepto.

Sin embargo, la palabra es de uso corriente en el mundo jurídico y poco a poco se va diferenciando entre lo que es intimidad y lo que es privacidad algo que anteriormente estaba tan claro.

El Diccionario de uso del español de María Moliner sí recoge esta palabra, aunque no aclara mucho, diferenciándola como cualidad o condición de privado. Definiendo privado como íntimo, reservado.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/1992, de 29 de octubre (LORTAD), algo de lo que desgraciadamente carece la LOPD, expone casi toda una teoría general sobre la privacidad aunque luego la palabra, como es lógico, no vuelve a aparecer en el texto legal.

“El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquella es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.

Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo.

Ello es así porque, hasta el presente, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que se evanescieran los

recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban, así, como salvaguarda de la privacidad de la persona. Uno y otro límite han desaparecido hoy: Las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio, y la informática posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de las comunicaciones y acceder a ellos en apenas segundos, por distante que fuera el lugar donde transcurrieron los hechos, o remotos que fueran éstos. Los más diversos datos -sobre la infancia, sobre la vida académica, profesional o laboral, sobre los hábitos de vida y consumo, sobre el uso del denominado "dinero plástico", sobre las relaciones personales o, incluso, sobre las creencias religiosas e ideologías, por poner solo algunos ejemplos-relativos a las personas podrían ser, así, compilados y obtenidos sin dificultad. Ello permitiría a quien dispusiese de ellos acceder a un conocimiento cabal de actitudes, hechos o pautas de comportamiento que, sin duda, pertenecen a la esfera privada de las personas; a aquélla a la que sólo deben tener acceso el individuo y, quizás, quienes le son más próximos, o aquellos a los que él autorice. Aún más: El conocimiento ordenado de esos datos puede dibujar un determinado perfil de la persona, o configurar una determinada reputación o fama que es, en definitiva, expresión del honor; y este perfil, sin duda, puede resultar luego valorado, favorable o desfavorablemente, para las más diversas actividades públicas o privadas, como pueden ser la obtención de un empleo, la concesión de un préstamo o la admisión en determinados colectivos.

Se hace preciso, pues, delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor una frontera que sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ellos referentes; una frontera, en suma, que garantice que un elemento objetivamente provechoso para la Humanidad no redunde en perjuicio para las personas. La fijación de esa nueva frontera es el objetivo de la previsión contenida en el artículo 18.4 de la Constitución, y al cumplimiento de ese objetivo responde la presente Ley.”

DAVARA RODRÍGUEZ¹ define privacidad como término “al que podemos hacer referencia bajo la óptica de la pertenencia de los datos a una persona –su titular- y que en ellos se pueden analizar aspectos que individualmente no tienen mayor trascendencia, pero que al unirlos a otros pueden configurar un perfil determinado sobre una o varias características

- ¹ Miguel Ángel Davara Rodríguez. La Ley española de protección de datos (LORTAD); ¿una limitación al uso de la información para garantizar la intimidad?. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 76. 12 de noviembre de 1992.

del individuo que éste tiene derecho a exigir que permanezcan en su esfera interna, en su ámbito de privacidad.”

Para nosotros si quisiéramos representar la intimidad y la privacidad respecto al individuo las representaríamos como círculos concéntricos de los que el más próximo al individuo comprendería la intimidad, con los datos más próximos mejor guardados por la persona y el círculo exterior comprendería la privacidad compuesta por aquellos datos que perteneciendo a una persona ésta no puede evitar que otros los conozcan, por ejemplo, titulación académica, cuenta corriente, teléfono, etc.

Las enormes posibilidades de captura, tratamiento, transmisión y almacenamiento masivo potencian los riesgos existentes a la hora de un uso ilícito de esta información.

La aparición de técnicas de almacenamiento (datawarehouse) y de minería de datos (datamining) últimamente desarrollados agravan el riesgo.

Hoy día los grandes almacenes, las empresas gestoras de tarjetas de crédito, los hospitales, la propia Administración disponen de tal cantidad de datos de nosotros que fácilmente pueden lograr un perfil muy completo de nuestra persona.

Este perfil, en algunos casos, puede ser determinante a la hora de solicitar un trabajo o al tratar de contratar un seguro; por ello su protección es cada día más importante.

La incorporación de Internet a este escenario no hace más que aumentar el riesgo por la inseguridad que aún en muchos momentos presenta.

3. EN REALIDAD, ¿QUÉ ES INTERNET?.

Desde el punto de vista físico se trata de un conjunto de redes acopladas unas a otras mediante un sencillo protocolo que en ningún caso buscaba la seguridad en la red sino más bien la interoperabilidad, que los que accedían a la misma se pudiesen entender sin depender del tipo de red al que estuviesen enganchados.

Aparte de su origen, en cierto modo, paramilitar, Internet, bajo los sucesivos nombres que fue recibiendo, fue un maravilloso hallazgo para el mundo científico. Por primera vez se podían comunicar los científicos entre varias Universidades intercambiando información y a un bajo precio.

El sistema de comunicación al principio no era atractivo pero eso en los medios universitarios no era un obstáculo para su avance.

Poco a poco la forma de navegar por la red se hizo más agradable y con el descubrimiento de la web, y el empleo del hipertexto y los hipervínculos se amplió el campo de las personas que querían utilizar la red.

Esto hizo que los principios que existían en un origen: prohibición del uso de la red con fines mercantiles, una cierta anarquía en el uso, etc. poco a poco fueran cambiando.

Hoy Internet está empezando a ser un fenómeno social que tiende a modificar en parte muchos de los conceptos que afectan a la sociedad, no sólo en materia de comunicación, sino también en las relaciones entre individuos, comunidades, empresas, etc. y esto, como sabemos, afecta profundamente al derecho.

Es importante entender el papel de los diversos personajes que actúan en Internet pues sus objetivos son distintos y por tanto su protagonismo frente al derecho es igualmente diferente.

En primer lugar están los que tienen algo que decir que utilizan la red como vía de difusión de sus mensajes ya sean políticos, religiosos, académicos o meramente comerciales.

En segundo lugar, los simplemente receptores que tratan de encontrar en la red la información que necesitan.

Y por último se encuentran los que utilizan la red como medio para comunicarse con otras personas.

Igualmente de cara a la responsabilidad jurídica de cada uno es importante conocer los diversos agentes que intervienen en Internet, que en algún caso coinciden con los anteriores, y que básicamente son los siguientes:

operador de comunicaciones

Es la empresa de telecomunicaciones que facilita la infraestructura.

proveedor de la conexión a Internet

Es la empresa o profesional que facilita al usuario su conexión a la Red. Su ordenador debe estar conectado permanentemente a la red y debe estar disponible veinticuatro horas al día y siete días a la semana para que los usuarios se puedan conectar a él vía telefónica.

proveedor de contenidos

Es quien facilita información en la red de usuario. Esta información puede ser de carácter gratuito o previo pago.

usuario

Es quien se conecta a la red y en definitiva paga por sus servicios: a la operadora de telecomunicaciones, al proveedor de la conexión a Internet y en algunos casos al proveedor de contenidos.

Todos estos protagonistas pueden ser titulares de derechos y obligaciones y establecer entre ellos múltiples relaciones jurídicas.

DAVARA RODRÍGUEZ, en una de sus obras² dice: *“Son las telecomunicaciones avanzadas, con el apoyo en el desarrollo tecnológico, las que tienen que proporcionar la herramienta para dar respuesta acertada al caos social que se está viviendo. Ahora bien, es necesario que esto sea comprendido por aquellos que tienen en sus manos mayores posibilidades de actuación en la orientación y desarrollo del marco en el que se moverán estas telecomunicaciones.*

La necesidad de salir de la angustiosa situación social y económica que se nos avecina tiene el caldo de cultivo adecuado para lograr esta transformación social sin traumas mediante la adaptación de una nueva cultura en todos los ámbitos sociales y económicos que permita,

- ² Miguel Ángel Davara Rodríguez. *De las autopistas de la información a la sociedad virtual*. Aranzadi. Pamplona, 1996. pág. 189.

aprovechando la coincidencia con el avance de las TIC³, activar los impulsos en beneficio de un desarrollo social más justo y digno.”

En resumen, vemos que nos encontramos ante una herramienta muy poderosa, reciente en su implantación generalizada, que es barata, accesible desde cualquier punto de conexión a la red telefónica, incluida la móvil, y prácticamente independiente de las distancias. Estas características la configuran como un marco ideal para conseguir la generalización del comercio y evitar en alto grado la intermediación entre otros posibles beneficios.

En Internet, como en el mundo real existen colisiones de derechos: entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, entre aquél y el derecho a la libre circulación de datos.

En las líneas que siguen vamos a ver que en unos países priman unos derechos y en otros países la primacía la tienen otros.

Como ocurre siempre en derecho cuando se presenta una colisión de derechos prima aquel que en la tabla de jerarquías representa un valor más estimado para la sociedad en la que ocurre aquella.

4. DIRECTIVA 95/46/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995, 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.

La Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995 busca el equilibrio entre la protección de datos de carácter personal y la libre circulación de estos necesarios especialmente para el tráfico mercantil.

Al estudiar este tema es importante no olvidar los orígenes de la propia Unión Europea que no fue precisamente la defensa de los derechos fundamentales de la persona, que eso vino después, sino la creación de un Mercado Común en el que la libre circulación de datos es necesaria

- ³ Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Esto queda patente si examinamos algunos de sus considerandos:

1) Siendo los objetivos de la Unión Europea lograr la unión entre los pueblos europeos, establecer relaciones más estrechas entre los Estados miembros, asegurar el progreso económico y social esto se ha de lograr **eliminando las barreras que dividen Europa**, fomentando la mejora continua de las condiciones de vida de sus pueblos, preservando y consolidando la paz y la libertad, promoviendo la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos.

Los sistemas de tratamiento de datos deben estar al servicio del hombre y respetar las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, la intimidad, contribuyendo al progreso económico y social, y **desarrollando los intercambios**, así como al bienestar de los individuos;

3) El establecimiento y funcionamiento del mercado interior, dentro del cual está garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, hacen necesaria no sólo la libre circulación de datos personales de un Estado miembro a otro, sino también la protección de los derechos fundamentales de las personas;

5) La integración económica y social va a implicar necesariamente un aumento notable de los **flujos transfronterizos de datos personales**; el intercambio de datos personales entre empresas experimentará un desarrollo; así como el de las Administraciones Públicas.

6) El fortalecimiento de la cooperación científica y técnica, así como el establecimiento coordinado de nuevas redes de telecomunicaciones en la Comunidad exigen y **facilitan la circulación transfronteriza de datos personales**;

7) Las diferencias entre los niveles de protección en los diferentes países pueden impedir la transmisión de dichos datos de un país a otro y esas diferencias pueden constituir un obstáculo para el **ejercicio de una serie de actividades económicas** a escala comunitaria, falsear la competencia e impedir que las administraciones cumplan sus cometidos.

56) **Los flujos transfronterizos de datos personales son necesarios** para la desarrollo del comercio internacional; 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.

Como vemos en los diferentes ejemplos expuestos la Unión Europea trata de lograr un equilibrio entre el derecho a la intimidad de los ciudadanos y la libre circulación de datos personales entre los diferentes países en aras de lograr el progreso económico de los Estados Miembros

El articulado de la Directiva es consecuente con lo expuesto en sus Considerandos.

5. DIRECTIVA 97/66/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 15 DE DICIEMBRE DE 1997, RELATIVA AL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES Y LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.

La Directiva 97/66/CE regula la protección de la intimidad de las personas en el sector específico de las telecomunicaciones a través de varios de sus Considerandos desarrollados después en el articulado de la Directiva vamos a ver la necesidad de esta específica regulación y la importancia que tiene.

3) En la actualidad están apareciendo en la Unión Europea nuevas redes digitales públicas avanzadas de telecomunicaciones que crean necesidades específicas en materia de protección de datos personales y de la intimidad de los usuarios; el desarrollo de la sociedad de la información se caracteriza por la introducción de nuevos servicios de telecomunicación; el desarrollo transfronterizo de estos servicios, como el video por pedido o la televisión interactiva depende en parte de la confianza de los usuarios en que no se pondrá en peligro su intimidad.

6) El Parlamento Europeo subrayó la importancia de proteger los datos personales y la intimidad en las redes de telecomunicaciones, especialmente con la introducción de la RDSI.

7) En el caso de las redes públicas de telecomunicación, deben elaborarse disposiciones legales, reglamentarias y técnicas con objeto de proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas.

11) En el sector de las telecomunicaciones se aplica la Directiva 95/46/CE, para todas las cuestiones relativas a la protección de los derechos y libertades fundamentales que no están cubiertos de forma específica por las disposiciones de la presente Directiva, incluidas las obligaciones del controlador y los derechos de las personas.

17) Los datos relativos a los abonados utilizados para el establecimiento de llamadas contienen información sobre la vida privada de las personas físicas y atañen a su derecho de respeto a la correspondencia, o afectan los intereses legítimos de las personas jurídicas; que dichos datos sólo podrán almacenarse en la medida en que resulten necesarios para la prestación del servicio, para fines de facturación y para los pagos de interconexión, durante un período limitado; que cualquier tratamiento que el proveedor del servicio público de telecomunicación pretenda llevar a cabo para la prospección de sus propios servicios de telecomunicaciones sólo puede permitirse si el abonado ha manifestado su acuerdo sobre la base de una información plena y exacta facilitada por el proveedor de servicios públicos de telecomunicaciones acerca del tipo de tratamiento que pretende llevar a cabo.

21) Las guías son ampliamente divulgadas y accesibles al público; que el derecho a la intimidad de las personas físicas y el interés legítimo de las personas jurídicas exigen que los abonados puedan decidir en qué medida se publican unos datos personales en dichas guías; que los Estados miembros podrán reservar esta posibilidad a los abonados que son personas físicas.

22) Debe garantizarse a los abonados contra la intrusión en su intimidad mediante llamadas no solicitadas y por fax; que los Estados miembros podrán reservar estas protecciones a los abonados que son personas físicas.

El articulado de la Directiva responde a las expectativas creadas en sus Considerandos.

Como fácilmente se puede ver la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, no cubría todos los posibles riesgos que podía sufrir el ciudadano especialmente con el rápido desarrollo de las telecomunicaciones al que contribuye, en gran manera, la Red, nombre familiar con el que se suele designar a Internet.

Toda vez que aquella Directiva no cumplía suficientemente esta tarea de protección ha sido preciso desarrollar otra Directiva complemento de aquella que venga a cubrir esta necesidad en el campo de las telecomunicaciones aprovechándose la ocasión para en este caso proteger además de las personas físicas a las personas jurídicas.

6. LEY ORGÁNICA 15/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) derogó la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal (LORTAD) y todas las normas que la desarrollaban a excepción, según la Disposición transitoria tercera de aquélla que deja subsistentes hasta tanto se lleven a efectos las previsiones de la disposición final primera de la LOPD, continuarán en vigor, con su propio rango, las normas reglamentarias existentes y, en especial, los Reales Decretos 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos; 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la LORTAD y 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, en cuanto no se opongan a la LOPD.

La Disposición final primera es una habilitación al Gobierno para el desarrollo reglamentario.

Para algunos la nueva Ley no ha supuesto muchas modificaciones lo que es fruto de una lectura rápida y poco cuidadosa del texto.

Para nosotros la nueva Ley de protección de datos ha sufrido cambios importantes respecto a la antigua.

Así vemos que el propio objeto de la Ley ha cambiado, antes simplemente era el desarrollo del artículo 18.4 de nuestra Constitución y hoy se refiere a toda la sección de la misma.

El ámbito de aplicación que es el que más nos interesa en relación con el tema que nos ocupa se ha clarificado.

Si examinamos la LOPD vemos que el cambio de una palabra por otra, ha eliminación de un término, el establecimiento de un *numerus clausus*, la elevación de un dato a la categoría de sensible o la aparición de alguna fuente de información que no existían son motivos suficientes para modificar en gran manera la nueva ley respecto a la LORTAD.

Nosotros en este estudio vamos a referirnos solamente al ámbito de aplicación y al movimiento internacional de datos.

El ámbito de aplicación se desarrolla en el artículo 2.

“Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado.

Se registrará por la presente Ley Orgánica todo tratamiento de datos de carácter personal:

a) Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento.

b) Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española en aplicación de normas de Derecho Internacional público.

c) Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito.

2. El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica no será de aplicación:

a) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.

b) A los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.

c) A los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. No obstante, en estos supuestos el responsable del fichero comunicará

previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de Datos.

3. Se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos de datos personales:

- a) Los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral.*
- b) Los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos, y estén amparados por la legislación estatal o autonómica sobre la función estadística pública.*
- c) Los que tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del régimen del personal de las Fuerzas Armadas.*
- d) Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de penados y rebeldes.*
- e) Los procedentes de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con la legislación sobre la materia.”*

El punto a) consideramos que se refiere al caso más normal. El punto b) contempla los casos cada vez más corrientes de multinacionales que operando en nuestro país tienen los ficheros en otro país y el c) para los casos en que el responsable del tratamiento por no estar situado en un país de la Unión Europea no esté obligado por su ley nacional a una protección de los datos.

En este último caso, según el artículo 5.1 se deberá nombrar un representante.

“Artículo 5. Derecho de información en la recogida de datos.

1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.*
- b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.*

c) *De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.*

d) *De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.*

e) *De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.*

Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de trámite, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento.”

El movimiento internacional de datos se contempla en los artículos 33 y 34.

“Artículo 33. Norma general.

1. 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.

2. El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece el país de destino se evaluará por la Agencia de Protección de Datos atendiendo a todas las circunstancias que concurran en la transferencia o 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, el contenido de los informes de la Comisión de la Unión Europea, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países.

Artículo 34. Excepciones.

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 transferencia sea necesaria para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamiento médicos o la gestión de servicios sanitarios.

d) Cuando se refiera a transferencias dinerarias conforme a su legislación específica.

e) Cuando el afectado haya dado su consentimiento inequívoco a la transferencia prevista.

f) Cuando la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el afectado y el responsable del fichero o para la adopción de medidas precontractuales adoptadas a petición del afectado.

g) Cuando la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato celebrado o por celebrar, en interés del afectado, por el responsable del fichero y un tercero.

h) Cuando la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguarda de un interés público. Tendrá esta consideración la transferencia solicitada por una Administración fiscal o aduanera para el cumplimiento de sus competencias.

i) Cuando la transferencia sea precisa para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial.

j) Cuando la transferencia se efectúe, a petición de persona con interés legítimo, desde un Registro público y aquella sea acorde con la finalidad del mismo.

k) Cuando la transferencia tenga como destino un Estado miembro de la Unión Europea, o un Estado respecto del cual la Comisión de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus competencias, haya declarado que garantiza un nivel de protección adecuado.”

7. ACUERDO DE “PUERTO SEGURO” ENTRE LA UE Y LOS EE.UU.

Dos de las más fuertes potencias económicas y mundiales: los Estados Unidos de América del Norte y los Estados miembros de la Unión Europea discrepan sobre algo que es vital para el intercambio económico entre ambas potencias: la libre circulación de datos de carácter personal.

Mientras que la óptica europea es partidaria de buscar un equilibrio entre el derecho a la intimidad de las personas y la libre circulación de datos personales; la óptica americana apuesta decididamente por esta última.

Esto dificulta enormemente las transacciones entre empresas europeas y norteamericanas y es perjudicial especialmente para estas últimas cuando quieren operar en el mercado europeo.

Las normas relativas a la protección de datos, como bien se dice en el Dictamen 1/99 del Grupo de Trabajo de la UE, de 26 de enero de 1999, no están destinadas únicamente a proteger a los usuarios de las nuevas tecnologías, en particular la protección de la intimidad y de los datos en Estados Unidos se enmarca en un complejo entramado de regulación sectorial, tanto a nivel federal como estatal, que se combina con la autorregulación industrial. Se han hecho considerables esfuerzos durante los últimos meses para mejorar la credibilidad y aplicabilidad de la autorregulación industrial, particularmente en el contexto de Internet y del comercio electrónico. Sin embargo, el Grupo de trabajo considera que actualmente no se puede confiar en el popurrí existente de leyes sectoriales muy segmentadas y en la autorregulación voluntaria para proporcionar protección adecuada en todos los casos a los datos personales transferidos desde la Unión Europea.

Dada la complejidad del sistema norteamericano de protección de la intimidad y de los datos, el establecimiento en EE.UU. de un modelo de norma consensuada de protección en forma de conjunto de principios de "puerto seguro" ofrecidos a todos los agentes económicos y a los operadores de EE.UU. constituye un planteamiento útil que quizá debería complementarse con soluciones contractuales en algunos casos específicos. Sin embargo, son necesarias nuevas mejoras si se quiere garantizar la libre circulación de datos a Estados Unidos sobre la base de estos principios de protección de la intimidad.

Además, podría ser necesario prever una metodología que precisara las empresas cubiertas por los principios de "puerto seguro".

Vemos pues que los Principios internacionales de Puerto Seguro hechos públicos por el Departamento de Comercio estadounidense de Comercio el 19 de abril de 1999, con defectos subsanables va en la línea de corregir las diferencias que de cara a la protección de datos de carácter personal europea tiene la legislación norteamericana.

La adhesión a los Principios sería voluntaria para las empresa estadounidenses pero indudablemente para que realmente surta efectos es preciso que por las autoridades comunitarias se considere suficiente el sometimiento a dichas reglas por parte de las empresas estadounidenses que quieren trabajar en el mercado europeo.

8. RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA Nº R(99) 5, DEL COMITÉ DE MINISTROS DE LOS ESTADOS MIEMBROS, SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD EN INTERNET.

Esta Recomendación contiene una serie de Directrices para la protección de las personas respecto a la recogida y tratamiento de datos personales en las "autopistas de la información".

En el Preámbulo de la Recomendación se hace mención al desarrollo que están experimentando las nuevas tecnologías y los nuevos servicios de comunicación y de información en línea de la influencia que dicho desarrollo tendrá en el funcionamiento de la sociedad en general y de las relaciones entre personas naturales, en concreto, ofreciendo mayores posibilidades de comunicación y de intercambio de información tanto a nivel nacional como internacional.

Este desarrollo, continúan, y la generalización de la recogida y del tratamiento de datos personales en las "autopistas de la información" suponen riesgos para la intimidad de las personas naturales. Es necesario desarrollar técnicas que garanticen el anonimato de las personas afectadas y la confidencialidad de la información intercambiada a través de las "autopistas de la información".

Termina aconsejando sensibilizar a los usuarios y a los proveedores de servicios de Internet sobre la aplicación de las disposiciones generales del Convenio de Europa 108 del año 1981 respecto a la recogida y al tratamiento de datos de carácter personal en las “autopistas de la información”.

En el Anexo de esta Recomendación se dan una serie de directrices tanto a los usuarios como a los proveedores de servicios de Internet.

(Si se quiere ampliar ésta información ver Memoria 1999, de la Agencia de Protección de Datos, págs. 550 y siguientes).

Se trata de un interesante Documento digno de ser estudiado y analizado más detenidamente de lo que hacemos aquí que es simplemente un breve introducción.

9. RECOMENDACIONES A USUARIOS DE INTERNET DE LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS.

La Agencia de Protección de Datos consciente de la importancia que estaba adquiriendo Internet y del riesgo que para la intimidad de los usuarios de la misma suponía no estar informados de los peligros que existían en el año 1997 publicó una serie de recomendaciones que la propia Agencia en el folleto que editó resumía así:

Información en la recogida de datos

- Cuando suministre datos personales a cualquier organización (proveedores de acceso, proveedores de contenido, vendedores a través de comercio electrónico, etc.) sea consciente de a quién se los facilita y con qué finalidad.

- Procure averiguar la política de sus proveedores y administradores de listas y directorios en lo que se refiere a venta, intercambio o alquiler de los datos que les suministra. Solicite que sus datos personales no vayan unidos a su identificación de acceso a Internet.

Finalidad para la que se recogen los datos

- Desconfíe si los datos que le solicitan son excesivos para la finalidad con la que se recogen o innecesarios para el servicio que se le presta.

- Tenga en cuenta que cuando introduce su dirección de correo electrónico en un directorio, lista de distribución o grupo de noticias, dicha dirección puede ser recogida por terceros para ser utilizada con una finalidad diferente, como por ejemplo, remitirle publicidad no deseada.

- Cuando navegue por Internet, sea consciente de que los servidores Web que visita pueden registrar tanto las páginas a las que accede como la frecuencia y los temas o materias por las que busca, aunque no le informen de ello. Asimismo, su pertenencia a determinados grupos de noticias y listas de distribución puede contribuir a la elaboración de perfiles más o menos detallados sobre su persona.

En el caso de que no desee dejar constancia de sus actividades en la red, utilice los mecanismos para preservar el anonimato que se describen en el cuerpo de este documento.

Seguridad en el intercambio de datos

- Utilice, siempre que sea posible, las últimas versiones de los programas navegadores, ya que cada vez suelen incorporar mejores medidas de seguridad. Considere la posibilidad de activar en dichos programas las opciones que alerten sobre los intercambios de datos no deseados y no rellene aquellos datos que no desee hacer públicos (por ejemplo, dirección de correo electrónico, nombre, apellidos, etc.).

- No realice transacciones comerciales electrónicas a través de proveedores con sistemas "inseguros" o no fiables. Consulte el manual de su navegador para averiguar cómo informa de que se ha establecido una conexión con un servidor seguro.

- Recuerde que existen sistemas de dinero electrónico que preservan el anonimato de sus compras en Internet.

- Utilice los mecanismos de seguridad que tenga a su alcance para proteger sus datos de accesos no deseados. El medio más fiable para conseguirlo es el cifrado de los mismos.

- Salvo que se utilicen mecanismos de integridad, autenticación y certificación (firma digital, notarios electrónicos, etc.) no confíe ciegamente en que la persona u organización que le remite un mensaje es quien dice ser y en que el contenido del mismo no se ha modificado, aunque esto sea así en la inmensa mayoría de las ocasiones.

Para terminar

- Siempre que se le soliciten datos personales que no esté obligado legalmente a suministrar, sopesa los beneficios que va a recibir de la organización que los recoge frente a los posibles riesgos de utilización irregular de los mismos.

- Ante cualquier duda sobre la legalidad de la utilización de sus datos de carácter personal, póngase en contacto con la Agencia de Protección de Datos.

Si analizamos las recomendaciones que figuran más arriba vemos que si tomamos las debidas precauciones el riesgo se reduce y se acerca al que sufrimos en el mundo real.

10. CONCLUSIONES .

En este breve análisis hemos querido poner de manifiesto la importancia que en diferentes Instituciones y en distintas normas se da al derecho a la privacidad y a la protección de datos de carácter personal que alcanza a los que circulan por Internet.

Internet, con sus problemas en realidad es un reflejo del mundo real, y no se le debe pedir más que se pide a éste.

Muchas veces queremos pedir en Internet una seguridad que no tenemos en el mundo real en el que algunas veces lo que prima es la incertidumbre.

Indudablemente es más fácil situar paraísos de datos o paraísos fiscales en Internet pero no debemos olvidar los que existen también en el mundo real.

Determinar quien es en algunos casos verdaderamente responsable de la infracción, a veces es muy difícil dada las velocidades de transmisión, el establecimiento de los servidores en países no muy partidarios de facilitar la información y la facilidad de hacer desaparecer las pruebas.

En cualquier caso con la colaboración de todos, teniendo más cuidado con nuestro propios datos es posible que las infracciones contra nuestro derecho a la intimidad y a la privacidad disminuya gradualmente.

11. BIBLIOGRAFÍA.

BARRIUSO RUIZ, Carlos

La contratación electrónica. Dykinson. Madrid, 1998.

CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín; Pozo Arranz, María A. y Rodríguez de Castro

La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Editorial Comares. Granada, 1997.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel

De las autopistas de la Información a la Sociedad Virtual. Aranzadi. 1996.

EUGENIO DÍAZ, Francisco

Informática y Derecho números 30, 31 y 32. UNED. Centro Regional de Extremadura. Mérida, 1999.

LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma

Internet y Comunicaciones digitales. Bosch. Barcelona, 2000.

PESO NAVARRO, Emilio del

Confidencialidad y seguridad de la información. La LORTAD y sus implicaciones socioeconómicas. (Coautor: Miguel Ángel Ramos González). Díaz de Santos. Madrid, 1994.

LORTAD: análisis de la Ley. (Segunda edición) (Coautor: Miguel Ángel Ramos González). Díaz de Santos. Madrid. 1998.

LORTAD: Reglamento de seguridad. (Coautor: Miguel Ángel Ramos González). Díaz de Santos. Madrid, 1998.

Manual de Dictámenes y peritajes informáticos. (director) (Coautores: Miguel Ángel Ramos González, Carlos Manuel Fernández Sánchez y María José Ignoto Azaustre). Díaz de Santos. Madrid. 1995.

Auditoría Informática: un enfoque práctico. Coeditor: Mario G. Piattini Velthius. Varios Autores. RA-MA. Madrid, 1998.

Ley de Protección de Datos: la nueva LORTAD. Díaz de Santos. Madrid, 2000.

Manual de outsourcing informático. Díaz de Santos. Madrid, 2000 (próxima publicación)

Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Introducción (en preparación).

