Dimensión Jurídica de la Protección Criptológica de la Información

JOSÉ MARIA MOLINA

Secretario de la Asociación Española de Criptología

1.-INTRODUCCIÓN.

El Estado como conjunto de poderes públicos ejerce un poder que garantiza la convivencia de los ciudadanos y la integridad del territorio en el que se asienta, que limita su orden jurídico.

La función básica del Estado es la ordenación de la sociedad mediante el Derecho.

El dato o conjunto de datos elaborados y orientados para la consecución de un fin, medio para la obtención del saber, es la información. Instrumento valioso para el ejercicio del poder a lo largo de la historia.

Pero no toda información es poder; incluso en determinadas circunstancias, un exceso de información puede constituir una amenaza para el conocimiento.

La necesidad de un tratamiento abundante de información con garantías de rapidez y fidelidad ha encontrado la respuesta en la moderna tecnología que se ocupa del proceso y almacenamiento de informaciones mediante soportes

automatizados: la informática. La transmisión de datos a distancia mediante redes determinó la aparición de la telemática.

Ninguna organización resultará más vulnerable a la pérdida de su activo de conocimiento que las que incorporen más conocimiento. Igualmente ocurren con las tecnologías de la información, lo que conlleva una necesidad de seguridad directamente proporcional a la naturaleza de ambas realidades.

En la seguridad de la información y las comunicaciones el medio históricamente más eficaz y preponderante de los que intervienen en la misma es el derivado de la aplicación de la Criptología como forma de ocultación, disimulo o cifrado de la información.

La fuerza latente y consiguientemente, el riesgo que subyace en la pérdida o alteración de la información, amplificado por su abundante tratamiento, almacenaje y transmisión derivada de la aplicación de las nuevas tecnologías, requiere protección y demanda instrumentos que garanticen su seguridad.

En este sentido la seguridad de la información y la Criptología como elemento esencial de la misma, actúan como coadyuvantes del poder de la información, que como todo poder, ha de ser juridificado.

Tanto el derecho como el poder son principios reguladores de la acción social, ambos son interdependientes y complementarios. La combinación de estos dos factores de ordenación constituye la esencia de lo que se ha denominado el "arte de la política".

De otra parte, el Estado como toda organización, tiene una primera exigencia ética: procurar su propia subsistencia, lo que logra a través de la ordenación de la convivencia y garantía de su integridad mediante el Derecho.

En todo ello tiene una incidencia directa y determinante las Nuevas Tecnologías de la Información y concretamente la Informática.

Información, política, poder, derecho y tecnología son conceptos que, actualmente, aparecen en íntima conexión. Su interelación se puede ver en la aplicación de la Criptología.

En una sociedad basada en la información y el conocimiento, presidida por la tecnología y, en concreto, en cualquier ámbito relacional cibernético, la Criptología se puede considerar como un "instrumento de ordenación", que posibilita una ordenada convivencia en el mundo de las redes telemáticas.

La paz del Estado o de cualquier otra organización puede verse amenazada por egoismos individuales, intereses de determinados grupos, o por egoismos de otros estados u organizaciones, mediante la destrucción o confusión de los sistemas de tratamiento de información de los adversarios o competidores y la protección de los propios, en una pluralidad de grados e intensidades que pueden llegar, a desequilibrar la balanza competitiva, afectar al tráfico jurídico, alterar la libre competencia, atentar contra derechos y libertades o afectar a la estabilidad, pudiendo llegar, incluso, a poner en peligro la propia existencia del estado u organización a que se refiera.

Grados e intensidades de amenazas que exigen un correlativo de protección y que aplicado a la seguridad de la información nos situaría en los distintos niveles de exigencia criptológica.

2.- CRIPTOLOGÍA Y DERECHO.

El uso, no uso, o utilización inadecuada de la Criptología como instrumento para la ocultación de información, produce efectos que pueden redundar en la protección de derechos fundamentales, también puede incidir en las libertades de expresión e información, en la averiguación y prevención del delito e incluso afectar a los Derechos Humanos.

La protección criptológica concreta que se utilice en una determinada organización ha de ser el resultado de la consideración previa, de una serie de parámetros relacionados con la importancia que se dé al activo de información y conocimiento, -y concretamente a la dimensión de su protección-, las posibilidades reales de poder gestionarlo de una u otra forma, combinado con la conveniencia de hacerlo de determinada manera, atendiendo al conjunto de circunstrancias internas y externas, y utilizando los medios tecnológicos disponibles en el momento histórico a que se refiera.

Las consecuencias para el ciudadano y sus derechos individuales, para la Sociedad y para el Estado de abordar la protección criptológica de la información

de una u otra forma, hace que la seguridad de la información sea un tema político esencial a nivel mundial y demanda su regulación jurídica que permita el juego conjunto de Individuo, Sociedad y Estado, en armónica combinación dentro de los sistemas democráticos avanzados.

2.1.- La información en la Constitución Española de 1.978.

La Criptología es un instrumento para hacer eficaz un mandato jurídico, que determina la confidencialidad de la información a que se refiera. Por ello, como paso previo, es oportuno hacer una breve reflexión sobre la situación de la información desde una perspectiva nuestra Carta Magna, como referente supremo del ordenamiento jurídico.

Comunmente se habla de información y de su necesidad de ser protegida casí como una consecuencia obvia de su naturaleza y el imperativo de los tiempos. Pero no toda información tiene la misma consideración, ni toda información necesita ser protegida de igual forma. Diferente es la fundamentación jurídica que da soporte a la protección de la información pública y de la información privada.

La transparencia de las informaciones públicas es consustancial con los regímenes democráticos, existiendo una profunda vinculación entre el principio de publicidad de las decisiones gubernamentales y los propios fundamentos de la democracia que, como forma de gobierno, excluye por principio la opacidad de las decisiones.

Junto a una transparencia de los asuntos de gobierno, existen restricciones justificadas, dirigidas a la preservación de los intereses generales, que operan con un caracter excepcional y como límites de la misma.

Ambos principios, el de transparencia y opacidad conviven en tensión permanente y cuyo resultado ideal debería ser el punto crítico de equilibrio entre la publicidad o transparencia como normal general y el impresindible secreto en determinados casos y asuntos concretos.

Partiendo de la base de que el secreto, aplicado a los asuntos públicos, es un concepto negativo, por suponer una renuncia a las exigencias de la democracia, se ha de caminar, hacia el secreto estrictamente necesario.

Los principios y valores constitucionales son incompatibles con las interpretaciones restrictivas de la transparencia de las acciones gubernamentales y consiguiente relegación del secreto.

Las libertades de expresión e información son derechos fundamentales en el mundo actual y nuestra Constitución las recoge en el artículo 20.

Pero estas libertades no pueden ser consideradas de naturaleza supraconstitucional e ilimitadas. Todo derecho tiene sus límites que se derivan de forma indirecta de la propia Constitución y que han de justificarse por la necesidad de proteger, o preservar, otros bienes constitucionalmente protegidos, como el honor, la intimidad ,la propia imagen o la protección de la juventud y de la infancia.

Los límites referidos a la seguridad del Estado no están expresamente recogidos en el artículo 20, pero su derivación implícita, consecuencia de la consideración de la seguridad estatal como presupuesto del Estado de derecho y, por tanto, de la efectividad de las libertades, se aprecia en la interpretación conjunto del artículo 20, en relación el el artículo 10.2 y el 105, b), todos ellos de la Constitución.

Por cuanto se refiere a la información privada, los grandes efectos producidos por aplicación de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y su utilización masiva, sitúan en posición de vulnerabilidad al ciudadano y las organizaciones que lo integran. A lo que los ordenamientos jurídicos responden con la figura del secr4eto de las comunicaciones.

El secreto de las comunicaciones en nuestro ordenamiento jurídico se configura como una garantía de los particulares de que su esfera de libertad debe ser respetada por los poderes públicos.

El artículo 18 de la Constitución, dedicado a regular en general la intimidad de las personas como derecho fundamental, dedica su apartado 3, a garantizar el secreto de las comunicaciones y dice:

"Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

La seguridad de las comunicaciones es el auténtico talón de Aquiles de la sociedad de la información. La consideración de la seguridad de la información, en sí misma, como un bien jurídico protegible se empieza a abrir camino entre la doctrina.

El secreto de las comunicaciones está referido sólo a las comunicaciones privadas y tiene un carácter "formal", en el sentido de que se predica de lo comunicado (STC 114/1.984, de 29 de noviembre).

Y aunque el precepto constitucional subraya especialmente las postales, telegráficas y telefónicas, tiene un carácter omnicomprensivo y es aplicable a cualquier medio o servicio que sirva para la transmisión de las mismas.

De todo lo indicado y de la literalidad de los artículos 20 y 18.3 de la Constitución se deriva que en la información pública el principio general es la transparencia y la excepción el secreto, mientras que en la información privada el principio general es el secreto y la excepción la transparencia. De donde deviene una protección sistemática de las comunicaciones privadas y excepcional de las públicas.

Para que este secreto sea real y efectivo se requiere además, una protección criptológica al nivel adecuado que así lo gartantice.

2.2.- Protección criptológica y LORTAD.

De la simbiosis entre informática y comunicaciones surge una nueva relación entre datos y personas que necesita una protección con mayor profundidad que la intimidad.

La Ley Orgánica número 5/1.992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal, comunmente conocida como LORTAD, viene a dar respuesta al mandato constitucional del artículo 18.4 de la Constitución, dirigido a la limitación del uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos.

La Ley, limitadora del uso de la informática, en lo concerniente al ámbito de los "ficheros de datos" de carácter personal, considera que su existencia y utilización supone un riesgo para los derechos de la personalidad.

Trata de prevenir violaciones de la privacidad, derivadas del tratamiento de datos considerados como una globalidad de procesos informáticos.

La adopción de las medidas de seguridad necesarias, dentro del marco reglamentario respecto a las condiciones de integridad y de seguridad corresponden al responsable del fichero.

la Criptología tiene su aplicación en hacer efectivo el mandato legal, dentro de las medidas de seguridad y en unión de otros procedimientos.

La Ley recoge una serie de principios de protección de datos, pero no recoge suficientemente los mecanismos para una protección efectiva. No contempla la seguridad en la transmisión de datos, con los problemas que implican las comunicaciones y su vulnerabilidad.

El artículo 9 de la LORTAD, referido a la seguridad de los datos, dice:

"1.- El responsable del fichero deberá adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.

2.- No se registrarán datos de carácter personal en ficheros automatizados que no reunan las condiciones que se determinen por via reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas.

3.- Reglamentariamente se establecerán los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros automatizados y las personas que intervengan en el tratamiento automatizado de los datos a que se refiere el artículo 7 de la ley".

En un futuro Reglamento se deberá contener los distintos niveles de protección y las medidas específicas de seguridad, entre ellas las de naturaleza criptológica.

Pero la Criptología tiene múltiples y variadas aplicaciones, partiendo de su condición de tecnología de doble uso para utilización civil y militar, pasando por su repercusión en la libertad informática o sus efectos en la contratación electrónica y firma digital y, en definitiva, las consecuencias para usuarios y consumidores.

2.3.- Criptología y libertad informática.

La libertad informática tiene su orígen en el "derecho de autodeterminación informativa" surgido de la Sentencia de 13 de abril de 1.983, del Tribnal Constitucional alemán, sobre la Ley del Censo de Población, cuya evolución ha venido a configurar el concepto de "libertad informática" como hoy se entiende: libertad de controlar el uso de los propios datos, como un "habeas data", derecho de puesta al día, rectificación y exactitud, derecho de secreto para los datos "sensibles" o derecho de autorización para su difusión.

Será la dimensión de la libertad informática relativa al secreto de los datos sensibles el punto de mayor conexión con la Criptología, al configurar el secreto del dato sensible un ámbito de confidencialidad que necesita ser protegido de forma eficaz, tarea que corresponde a la Criptología.

Dado el caracter omnicomprensivo del secreto de las comunicaciones recogido en el artículo 18.3 de la Constitución, las comunicaciones telemáticas han de considerarse amparadas por el mismo, lo que viene a reforzar el secreto del dato sensible, propio de la libertad informática, y constituir un plus de confidencialidad.

2.4.- La Criptología como medida de prevención.

La protección y seguridad de la información se puede conseguir con la aplicación de medidas de naturaleza física, lógica, organizativa, legal, criptológica... Entre ellas, las medidas jurídicas tienen como carácterística que ofrecen una protección que actúa "a posteriori" y que dada la naturaleza de la información y las características de las nuevas tecnologías sobre las que opera la informática, resultan insuficiente, al ser irreversible el daño causado.

La seguridad de la información, para que sea eficaz, necesita medidas que "a priori" impidan el exito de las amenazas contra la información.

La plenitud del ordenamiento jurídico exige que, además de la protección jurídica se disponga de mecanismos que garanticen de forma eficaz, en determinadas circunstancias, las consecuencia irreparables de eventuales violaciones, lo que se lleva a cabo a través de las medidas de prevención.

Estas medidas requieren además de una eficacia operativa, un soporte jurídico legitimador de su aplicación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1.980 dice que "La protección de los derechos no se contrae a la reparación de los perjuicios originados, sino que han de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones".

La Ley Orgánica 1/1.982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen dice que la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas, -entre las que están el emplazamiento de cualquier aparato para grabar o reproducir la vida íntima de las peronas-, "comprenderá la adoptación de todas las medidas necesaria para poner fín a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores". (art. 9.2).

De igual modo se habla de medidas de prevención en la Ley 9/1.968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, modificada por la Ley 48/1.978, de 7 de octubre y Reglamento de Secretos Oficiales aprobado por Decreto 242/69, de 20 de febrero.

La Criptología como instrumento esencial de protección de la información es una medida de prevención para el cumplimiento real y efectivo de determinados derechos, preservación de legítimos intereses y garantía de libertades.

3.-DEONTOLOGÍA CRIPTOLOGICA.

El uso de la Criptología como medida de prevención, no ha de aplicarse a ultranza convencidos de que cuanto más criptología mejor.

El uso de la Criptología a un nivel determinado en un ámbito concreto viene determinado por la necesidad de protección; la cual, a su vez, tiene su origen en el peligro de violación de la información a que se refiera.

La Criptología como instrumento para la ocultación de la información no es inócua. Utilizada de forma abusiva o fraudulenta, puede no solo atentar contra

la libertad de información, sino contribuir a la creación de una atmosfera cargada de secretismo, porpiciando una cultura de opacidad radicalmente incompatible con la transparencia que exige una sociedad democrática, llegando incluso a obstaculizar el norma funciomaiento de la sociedad y del Estado, a través de la creación de reductos impenetrables.

En esa difusa frontera entre valoración de información, niveles de protección y complejidad tecnológica, el papel de la ética ocupa un lugar destacado.

Pero en la estructura de convivencia cibernética donde está presente la Criptología, el papel de la ética debe verse reforzado por acuerdos deontológicos que como códigos de conducta sean aceptados por la sociedad con su propia fuerza vinculante.

La proporcionalidad ha de presidir cualquier proceso de protección y será un indicativo no solo de eficacia, sino de salud social.