

Derecho a la Intimidad e Informática*

VALENTÍN CARRASCOSA LÓPEZ

Doctor en Derecho

Licenciado en Ciencias de la Información.

Excmo. Sr. Rector Magnífico de la Universidad de Extremadura, Excmos. e Ilmos. Sres, Sr. Presidente del Patronato, Sres. alumnos, Sras. y Sres.

Una inauguración de curso es siempre ocasión oportuna para la reflexión serena acerca de fines y objetivos. Quisiera en estos momentos, ajeno al ámbito de la lección inaugural, pero obligado a ello como Director del Centro, dedicar unos segundos a pensar en voz alta acerca de algunas de nuestras preocupaciones comunes.

En este año académico, que ahora inauguramos, tendremos nuestros primeros titulados, y debería ser innecesario subrayar, una vez más, la necesidad de superar los obstáculos que se opongan a la estatalización de este Centro Universitario, en sus dos ramas, ya que el número de alumnos matriculados para el presente curso, superior al del año anterior en un 99 %, así lo aconsejan.

* En estos momentos en que el proyecto de ley de datos personales se encuentra en discusión, en el Parlamento español, nos parece oportuno iniciar este primer número, de esta colección "INFORMATICA Y DERECHO", con el texto íntegro de lo que fue la primera Conferencia que, sobre este tema, se pronunció en Mérida, el día 14 de octubre de 1.983, como lección inaugural del curso Académico 1.983/84, en la Escuela Universitaria Politécnica de Informática e Ingeniería Técnica Topográfica de Mérida, por el entonces Director de la misma Valentín Carrascosa López.

Se ha querido respetar íntegramente su contenido original, por hacer de ella una referencia histórica, no obstante haber sido actualizada la misma, por su autor, en posteriores conferencias que, sobre el mismo tema, impartió, en puntos tan distantes de la geografía española como: Gijón, Burgos, Calatayud, etc.

El mayor porcentaje de incremento del alumnado ha tenido lugar en la rama de Ingeniería Técnica Topográfica, con un 130 % con relación al curso anterior y un 527 % con relación al inicio de la Escuela, lo que nos lleva a insistir y refuerza nuestra anterior manifestación de estatalizar ambas Escuelas.

La Escuela Universitaria Politécnica de Ingeniería Técnica Topográfica e Informática de Mérida representa, por tanto, un decidido esfuerzo por responder, con no menor audacia que rigor, a demandas educacionales de la Capital de Extremadura, y a los tiempos en que nos ha tocado vivir, ya que son muchos los adjetivos con que se ha intentado asignar al momento en que vivimos: La era atómica, la era espacial, la tercera ola, etc.,. Pero ¿Por qué no la era de la Informática?

Esta es posible que sea una de las denominaciones que tenga mayor arraigo en el futuro, ya que si la revolución industrial cambió la forma de vida de millones de personas, la aparición del ordenador puede modificar más profundamente el mundo de cara al año 2.000 en que se prevee que, en ciertos países, más de la mitad de la población activa tendrá una ocupación que, de una forma u otra, dependerá de la informática.

En la época que nos ha tocado vivir, el ordenador se ha convertido en un instrumento que nos envuelve, que está por todas partes, el ordenador forma parte de nuestra vida cotidiana a pesar de que no nos demos cuenta.

El ordenador, tal como nosotros lo concebimos hoy, es un invento que no contando con 50 años de antigüedad ha penetrado en nuestras vidas y pocas cosas existen en la actualidad que no tengan tras de sí un ordenador.

Un ordenador hace la factura de la luz, o la del teléfono, o la del agua, prepara la nómina con la que nos pagan, nos permite realizar la reserva de un billete de tren, avión o barco; otros ordenadores controlan en los bancos el estado de nuestras cuentas; la Hacienda Pública vigila nuestra actividad fiscal por medio de un ordenador; muchos de los libros o periódicos que leemos están compuestos por ordenador; las señales luminosas de tráfico se suelen controlar desde un ordenador. Puede incluso ocurrir que hasta la música que escucha-

Aunque en este número ya aparecen desarrollados algunos de los puntos objeto de esta Conferencia ('Del habeas corpus al habeas data', por el Profesor Pérez Luño), lo cierto es que se trata de un tema que esperamos, en futuros números, se ha desarrollado ampliamente y con un análisis actualizado, teniendo en cuenta la normativa aparecida con posterioridad, y sobre todo la que está a punto de aparecer.

Hay que tener en cuenta las normativas aparecidas y entre las que destacaríamos:

La ratificación por España (B.O.E. 15/11/1985) de la convención, firmada en Estrasburgo en septiembre de 1.980, para la protección de las personas frente al tratamiento automático de los datos de carácter personal. La Ley 22/87, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual(B.O.E. 17/11/1987).

La obligatoriedad del peculiar NIF (número de identificación fiscal) español que lleva a que cada ciudadano se hay convertido en un hombre de cristal y constituya una de las mayores trampas para la privacidad de los ciudadanos porque consagra un identificador único para datos policiales, económicos, sanitarios, profesionales y de otro tipo y que puede afectar a determinados derechos fundamentales de las personas.

mos esté compuesta, controlada y analizada con la ayuda de un ordenador. En fin, el ordenador está por todas partes, inmiscuyéndose en todos nuestros asuntos, dándonos más libertad unas veces y quitándonosla otras.

Y este va a ser el objeto de esta charla en la que no pretendo tratar el tema de la mitificación que los propios informáticos hacen de su profesión, ni si el ordenador elimina o crea puestos de trabajo, mucho menos me atrevería hablar ante ustedes, especialistas o futuros especialistas en informática, de los momentos más importantes en la evolución del ordenador, que partiendo del ábaco chino, nos llevaría a la máquina de Pascal, para pasar por la calculadora escalonada de Leibnitz, la máquina diferencial y posteriormente analítica de Babbage que nos llevan a la primera, segunda y tercera generación de ordenadores.

A lo largo de estos años de estudio de su carrera, los Profesores les hablarán y diferenciarán entre ordenadores analógicos y digitales, hardware y software, ficha perforada, cinta, disco y tambor magnético, C.P.U., memorias, lenguajes de programación, como Fortran, Cobol, RPG, Pascal, Basic, serán para ustedes algo cotidiano pero lamentablemente en los planes de estudio de su carrera, desde mi punto de vista, falta un poco de humanismo y conocimiento del ordenador jurídico, regulador de su profesión así como de los peligros o excesos que pueden realizar con su elemento de trabajo; esos ordenadores capaces de realizar más de un millón de operaciones en un segundo y almacenar en su memoria millones y millones de datos. Mi consejo es que conozcan también la normativa jurídica de su profesión; y en esta línea hemos introducido en sus estudios una asignatura opcional y me van a permitir que nos centremos en una de estas partes, es decir, en si la informática afecta o no al derecho de la intimidad que la Constitución Española de 1978 protege y garantiza, entre otros en los artículos 18, 20 y 105.

La importancia del tema ha llevado a la Comisión Europea a considerar que la protección de los datos personales y la vida privada y la seguridad de la información constituyen una etapa hacia la creación del Mercado Unico y de la Europa de los ciudadanos.

El uso de la información y su circulación creciente abren nuevas posibilidades, pero suponen también riesgos para el individuo, por esta razón, la Comisión ha propuesto a los 12 países de la CE una legislación común sobre la protección de informaciones de orden privado en los sistemas informáticos y de telecomunicaciones. Y en esta línea, nuestros vecinos portugueses, dictan sentencia: Acórdão nº 182/89 Processo nº 298/87 del Tribunal Constitucional y la consecuencia de la misma Lei nº 10/91 "Lei da Protecção de Dados Pessoais á informática" (Diário da República numeros 51 y 98 de fechas 2/3/89 y 29/4/1991).

En la misma línea, que recomienda el Proyecto de directiva de la CE elaborado en 1.990, esperamos sea aprobada la nueva normativa española, que ahora se discute en el Parlamento, y que en un principio, en el proyecto, aparecía con modificaciones fundamentales, de acceso de los interesados a los datos y las garantías sobre rectificación y uso de los mismos, así como la aparición de una Comisaría de Protección de Datos; pero también hay que destacar unos puntos negros, como: vulneración del espíritu y letra de la Constitución, excepciones injustificables y no controladas de aplicabilidad, dependencia y composición de la autoridad de datos, inexistencia de responsabilidades civiles y penales, desajuste respecto a la legislación comparada, etc., etc., los que de plasmarse, en el texto legal que se apruebe, España podrá mandar datos pero no los recibirá, ya que para la Comisión Europea, el flujo de datos se limitará cuando el derecho a la intimidad no esté suficientemente salvaguardado.

El derecho a la intimidad se sitúa en el marco de aquellos derechos humanos que suelen calificarse de "individuales" en contraposición a los "sociales", lo que nos lleva a la existencia de derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre y que han de ser consagrados y garantizados por la sociedad política.

El derecho a la intimidad, en tanto que derecho diferenciado, aparece como el más reciente de los derechos individuales relativos a la libertad, ya que en las primeras declaraciones de derechos (al igual que en sus precedentes medievales, como la Carta Magna inglesa), el derecho a lo que hoy llamamos protección de la vida privada estaba subsumido en algunos de los derechos de la libertad. El dicho "mi hogar es mi castillo", refleja el estado de espíritu correspondiente; pero después se hacía sentir la necesidad de una defensa más refinada a la vida privada, pues por encima de los muros del "castillo hogareño" se produjeron amenazas, antes desconocidas, para el último reducto de la vida privada, y a ello contribuyó decisivamente el progreso de las ciencias y las técnicas que con acciones, generalmente clandestinas, permiten intromisiones en los rincones más recónditos de la personalidad. Desde los teleobjetivos a los aparatos de escuchas telefónicas, nos llevan a la mente el escándalo del "Watergate" y al más reciente, para nosotros, llamado "La guerra de las escuchas telefónicas".

Con un par de alfileres, unos cuantos metros de cable y unos alicates, cualquier persona puede controlar el teléfono a su vecino.

El sismógrafo miniaturizado permite saber, una vez colocado, si la persona espía se halla en su habitación, si se levanta de la cama, si pasea por el cuarto o si sale de él, quedando todo ello registrado con mención de la hora en que ocurre.

Los aparatos de fotografía, por medio de rayos infrarrojos, hacen posible fotografiar la huella que deja un cuerpo humano por la diferencia de temperatura. El ojo humano no verá absolutamente nada, pero una cámara a infrarrojos obtendrá la silueta del cuerpo que estaba tendido en el lecho un cuarto de hora antes.

La foto de un texto mecanografiado tomada a cien metros puede ser ampliada hasta permitir su lectura.

Estos y otros muchos ingenios, entre los que destacan los ordenadores, aparecidos o desarrollados en los últimos años pueden acabar con la intimidad personal.

Pero ¿Qué es la intimidad personal?

Es innecesario acudir a etimologías para saber que el concepto de intimidad se refiere a lo interior, a lo más reservado, a lo más profundamente sentido por el ser humano. Lo íntimo se opone a lo público.

El Juez norteamericano Cooley, en su obra de 1.873 "The Elements of Torts", lo definió como "el Derecho a ser dejado en paz", y analógicamente fue formulado por Warren y Brandeis en 1.890 al definir el derecho a la intimidad como "el derecho de ser dejado a solas" (right to let alone).

Rotunda exaltación de este "derecho a ser dejado solo", consustancial a la libertad humana, lo hallamos, en una sentencia de 1.952, del Magistrado de la Corte Suprema de Estados Unidos, DOUGLAS: "El derecho a ser dejado solo es el principio de toda libertad".

A estos primeros autores, aunque algunos quieren ver atisbo de este respeto a la intimidad incluso en Santo Tomás de Aquino a propósito de alusiones suyas al derecho al sosiego del ánimo, han seguido numerosos más, entre los que podríamos citar a Varner y Stone para el que "La intimidad significa el derecho a la soledad, a los contactos íntimos dentro de la familia, del círculo de las amistades o de un equipo de trabajo, y el derecho al anonimato y a la distancia con respecto a los extraños".

Georgina Batlle lo define como "el derecho que compete a toda persona a tener una esfera reservada en la cual desenvolver su vida sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella".

Pero tal vez la definición más ampliamente aceptada sea la de considerar "el derecho del individuo a decidir por sí mismo en qué medida quiere compartir con otros su pensamiento y sentimientos, así como los hechos de su vida personal", definición que se puede completar con la opinión de Westin al decir que "la esencia de la privacidad es el derecho del individuo a ejercer el control de aquella información de sí mismo que desee compartir con otros, de la cantidad que de la misma facilite a otros, del momento en que desee hacerlo".

Puede apreciarse que hay un gran paralelismo en todos los autores en torno al concepto de derecho a la intimidad mientras se mantienen en un terreno de declaraciones bastante vagas; pero en cuanto abordamos cuestiones concretas, desaparece esa uniformidad dando paso a criterios muy diversos, ya que es muy difícil definir el concepto de intimidad y, sobre todo, llegar a una delimitación correcta y de aplicación general del mismo, ya que la acepción de intimidad varía de unos países a otros, es distinta para distintos niveles socio-culturales y difiere, incluso, de unas personas a otras, dentro del mismo país y del mismo estrato socio cultural, según la concepción que el individuo tenga de la vida y dependiendo también de su carácter. Un ejemplo típico de esta diversidad lo podríamos encontrar en que para las inglesas su nombre de soltera pertenece a su intimidad y se opondrían a que se divulgase, cuando en España

se trata de una información pública; lo que pone de manifiesto la diferente concepción de la intimidad en los distintos países.

No solamente podemos detectar esta disparidad de concepto de la intimidad sino que, siguiendo el informe realizado por la Comisión sobre Publicidad y Secreto de Documentos Oficiales sueca, se pone también de manifiesto que el derecho a la intimidad puede cambiar con el transcurso del tiempo y que, seguramente, en el futuro tendrán una idea muy distinta de este derecho de la que hoy tenemos. Por ello, se estima que no se pueden establecer límites muy precisos del derecho a la intimidad ni definirlo con mucho detalle.

Lo que sí podemos puntualizar es que el concepto de intimidad, ligado a la autonomía para decidir sobre nuestra propia información, ha ido imponiéndose, y como señala Rodotá: "hoy atrae muy particularmente la atención el control que los individuos y los grupos pueden ejercer sobre el poder de informar, contribuyendo a corregir en cierta medida el equilibrio sociopolítico", también hacer notar que "el derecho a una cierta intimidad pierde constantemente terreno... en provecho de la posibilidad dada al individuo de ejercer un control sobre la comunicación de las informaciones que le conciernen"; de aquí que Rodotá diga que el concepto tradicional de intimidad de "derecho a ser dejado solos" sea sustituido por el "derecho a controlar el uso que otros hagan de informaciones concernientes a un determinado sujeto".

En lo que sí están de acuerdo todos los autores es en considerar que la intimidad es un derecho fundamental de las personas, reconocido en algunas Constituciones y textos legislativos fundamentales, pero nadie puede pretender que este derecho sea absoluto, sino que tiene limitaciones; y la primera limitación de la intimidad está en el derecho de la comunidad de exigir a sus miembros las contribuciones que sean necesarias para la realización de fines comunes, en forma de trabajo, impuestos e información.

Hasta aquí hemos tratado del derecho a la intimidad sin vincularlo de un modo especial al problema que suscita la aparición, en los últimos años de los llamados bancos de datos, públicos o privados, con información sobre las personas registradas en soportes magnéticos explotable en ordenador.

La aparición de los ordenadores electrónicos, y sobre todo, su aplicación relativamente reciente a aplicaciones referentes a las personas, bajo todas sus múltiples facetas, ha hecho que el problema que a principio de siglo se veía como lejano, hoy tenga caracteres alarmantes; pues si siempre han existido grandes ficheros referentes a las personas, como el del Registro Civil, los ficheros escolares, médicos, de antecedentes penales, fiscales, bancarios, etc., y no sea una novedad, la existencia de "bancos de datos", ha hecho aumentar considerablemente la amenaza potencial del derecho a la intimidad, toda vez que los nuevos soportes de almacenamiento (discos y tambores magnéticos, etc.) han

permitido aumentar en grandes proporciones la cantidad de información sobre cada persona y, al mismo tiempo ha dado posibilidades enormes de intercomunicabilidad y difusión de los ficheros.

Estos bancos de datos que amenazan la intimidad empezaron a desarrollarse en los años sesenta. No tardaron en convertirse en una verdadera industria. Los bancos de datos se multiplicaron y siguen multiplicándose, hasta el punto de que podemos decir que hoy hay más de seis mil millones de líneas de información que están memorizadas en bancos de datos.

No todos los bancos de datos atacan a la intimidad, muy por el contrario ayudan enormemente en el campo de la investigación. Así CAS, uno de los más grandes bancos mundiales, ocupa casi una posición de monopolio en todo lo concerniente a la Química.

Los bomberos de Estocolmo disponen de un Banco de datos, en el cual se describe la disposición de todos los edificios de la capital sueca. Instantáneamente se puede consultar la topografía del lugar de un siniestro, lo cual supone una inestimable ganancia de tiempo.

Medline es otro gran banco de datos norteamericano que a su vez es uno de los más importantes bancos de datos médicos de la tierra; encierra más de tres millones de referencias bibliográficas de medicina, recibe y analiza unos tres mil periódicos del mundo entero; y cada mes entran en él veinte mil referencias bibliográficas nuevas.

Otro banco de datos es el Toxicon, especializado en toxicología y permite encontrar en unos segundos el antídoto de un tóxico entre decenas de millares de otras sustancias y puede ayudar a salvar vidas.

En lo tocante a la enseñanza funciona el banco de datos ERIC, que abierto en 1.966 por "National Institute of Education" es uno de los más grandes del mundo en esta materia.

En el campo del derecho, los norteamericanos cuentan también con su banco de datos denominado Lexis, que contiene los textos legislativos y de jurisprudencia.

La existencia de estos y otros bancos de datos norteamericanos han llevado a algunos a decir que por mediación de ellos podrían hacer espionaje industrial respecto a empresas y centros de investigación extranjeros. Basta colocar una especie de contador para saber qué preguntas hacen los usuarios, de lo cual es fácil deducir los proyectos de este abonado, en qué investigaciones trabaja, etc.

¿Es real esta amenaza? Por supuesto que técnicamente todo es posible, pero junto a ello tenemos también esa dependencia cultural, el imperialismo de la lengua inglesa, etc. Y solamente podemos responder creando nuestros propios bancos de datos, y ésto es lo que están empezando a hacer los europeos y los japoneses.

Podemos puntualizar que estos bancos encerrarán en un futuro próximo, todos los informes útiles en la vida cotidiana y podremos interrogarlos directamente desde nuestra casa. Pero cada vez es mayor el número de personas que se estremecen al sentir que la masa de datos escapa a su control y al pensar que sus vidas pueden sufrir daños debido al encadenamiento y al mal uso de sus registros que hay almacenados en una serie de bancos de datos.

La BKA (Brundes kriminalamt, la Policía criminal alemana) posee una formidable concentración de medios informáticos dedicados al servicio de la Ley y el orden; pero se calcula que en la memoria de sus ordenadores posee informes sobre cinco millones de personas, alemanes y extranjeros. Uno de los bancos de datos está especializado en las huellas digitales, en cuya memoria, conserva más de dos millones.

Este enorme sistema de ficheros informatizados, gobernados por una veintena de ordenadores que posee la BKA no es casi nada si lo comparamos con los que poseen los Servicios Secretos. Sus ficheros, permite disponer inmediatamente de una multitud de informaciones esenciales sobre un número considerable de personas, informaciones precisas y detalladas, tales como, teléfono cuentas bancarias, dirección, etc.

El Reino Unido es uno de los países más avanzados del mundo en materia de informática policial: posee también enormes ficheros informatizados que guardan informaciones sobre millones de personas; y como sus colegas alemanes, los policías británicos tienen a su disposición una poderosa red privada de teleinformática a la que están conectados numerosos terminales diseminados por todo el país.

En Francia se calcula que hay unos ciento veinte mil ficheros nominativos informatizados.

Si nos hemos referido incidentalmente a algunos de los bancos de datos existentes en el mundo recogido de forma más rudimentaria, qué podríamos decir de esos bancos de datos que se están formando, a través del espía, a los telespectadores, que mediante un aparatito conectado al televisor y unido a distancia a un gran ordenador central, señala a este ordenador la puesta en marcha y parada del televisor, la cadena que se ve, el paso de una a otra.

Estos aparatitos espías se instalan por ahora voluntariamente pero tecnológicamente nada prohíbe que estos aparatos sean no ya insertados en el televisor, como se hace actualmente, sino integrados en origen.

Algo análogo sucede con las centrales telefónicas que en su mayoría están ya informatizadas y permiten programarse para que nos digan quién llama y quién es llamado, y otros muchos datos que podrían ser almacenados y tratados de toda clase de formas.

Huelga subrayar los peligros que ello representaría para la vida privada de cada uno, para las libertades individuales.

Da miedo pensar lo que podría ocurrir con todos estos ficheros informatizados en manos de un régimen totalitario, que por otra parte podría desarrollar por doquier esta forma discreta, insidiosa y terriblemente informativa de espionaje.

Daniel Bel ponía de manifiesto los peligros que la informática hace correr a las libertades, al considerar el ordenador como una temible amenaza para el ciudadano, pues al agrupar todas las informaciones, que, tomadas por separado, apenas presentan interés por sí mismas, se puede llegar a conocer a un individuo de manera muy completa, conocimiento que facilita todos los controles y todas las manipulaciones, ya que cualquier oficinista sentado ante un terminal podría saber más de nosotros que nuestros más íntimos y viejos amigos.

En los años sesenta, el Ejército de los Estados Unidos estableció bancos de datos supuestamente diseñados para predecir y prevenir disturbios civiles.

Las bibliotecas con fichas computadorizadas pueden compilar registros de los hábitos de lectura de cada persona.

La utilización de la electrónica permite conservar, en ficheros separados, prácticamente todos los datos sobre una persona, y además poderlos conectar de forma inmediata con otros ficheros aunque estén físicamente muy distantes.

Para proteger al ciudadano contra estos peligros, numerosos países han dispuesto varias barreras jurídicas. Se han instituido reglamentaciones para controlar y limitar el desarrollo de los ficheros nominativos informatizados.

El tema de la seguridad en la computación está siendo objeto de numerosas investigaciones, estando presente en Seminarios, Congresos y Mesas Redondas. Es un problema todavía no resuelto en muchos aspectos, y aun cuando ha sido una preocupación constante desde el momento en que se desarrollaron los primeros ordenadores, en la actualidad, las técnicas de multipro-

gramación, teleproceso, tiempo compartido, bases de datos, proceso distribuido, etc., han venido a complicar el problema y hacerlo más acuciante, al comprobarse los fallos de los sistemas de seguridad.

A mediados de los años sesenta, una comisión del Congreso norteamericano publicó un informe titulado *The Computer and the Invasion of Privacy*, (el ordenador y la invasión de la vida privada). Los norteamericanos fueron los primeros en el mundo que legislaron en materia de ordenadores. Se han promulgado varias leyes en los Estados Unidos para proteger a las personas contra los riesgos de la informática. En 1.969, Gran Bretaña imitó el ejemplo de los norteamericanos con un *DATA SURVEILLANCE BILL*. Al año siguiente le tocó el turno a Canadá.

El 6 de enero de 1.978, Francia promulgó una ley sobre la informática, los ficheros y las libertades.

En España y Portugal, la protección del ciudadano contra los daños causados por el ordenador figura incluso en la Constitución.

En septiembre de 1.980 se firmó en Estrasburgo una "convención para la protección de las personas frente al tratamiento automático de los datos de carácter personal". Se trata del primer texto internacional adoptado en este terreno. Es el fruto de cuatro años, en los cuales participaron expertos europeos, norteamericanos, australianos, canadienses y japoneses.

Aunque establecida bajo el patrocinio del Consejo de Europa, esta convención, firmada ya por treinta países, está abierta a la adhesión de países no europeos.

Entre otras disposiciones, el texto estipula que todo ciudadano debe beneficiarse de un derecho de inspección de las informaciones que le conciernen y que figuran en los ficheros informatizados. Si comprueba errores, debe poder rectificar estas informaciones. Además, la Convención prohíbe todo tratamiento de datos en que aparezcan el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o la vida sexual. La Convención de Estrasburgo impone restricciones a la circulación internacional de datos, ya que técnicamente nada impide conservar en el extranjero ficheros relativos a la población de un país, para evitar que determinados organismos puedan transferir ficheros ilegales a países desprovistos de toda legislación que limite los usos de la informática. Así, a imagen de los paraísos fiscales, se podrían crear "paraísos informáticos", en donde todo estará permitido, todas las informaciones de ficheros, los tratamientos informáticos más peligrosos. A distancia y gracias a la teleinformática, sería posible, por encima de las fronteras, interrogar fácilmente estos ficheros.

Los países firmantes de la Convención de Estrasburgo se comprometen a tomar todas las disposiciones para impedir la aparición de tales paraísos informáticos.

Como hemos puntualizado anteriormente, en los primeros años de la década de los setenta, la Administración de Servicios Generales de los Estados Unidos propuso el establecimiento de la FEDNET, una gran red que enlazará los bancos de datos de muchos organismos federales. Esto encontró una fuerte oposición, debido a las grandes posibilidades que había, de que se abusara de ella, y las posibles implicaciones de un enlace de este tipo. Como dijo Gerald Ford, entonces vicepresidente de los Estados Unidos, recordando la necesidad de hacer minuciosos informes acerca del impacto sobre el entorno antes de construir centrales nucleares, "antes de aprobar el establecimiento de una gran red de ordenadores que afecte a la vida de las personas, se necesita disponer de informes análogos sobre su impacto en la intimidad. También tenemos que considerar los riesgos de que FEDNET produzca una "lluvia radiactiva" sobre las libertades tradicionales".

Por ello, esos años se consideraron como el período crítico en el que se debían poner en pie las salvaguardias de la intimidad; si no se hacía así podrían producir gastos inmensos al reestructurar los bancos de datos, y podría haber largos periodos en los que no se podría disponer de datos, que pudieran ser cruciales para los seguros sanitarios, la asistencia familiar o para hacer cumplir las leyes.

Nadie duda de que los ordenadores y los bancos de datos son esenciales para una sociedad moderna, pero casi todo el mundo está de acuerdo en que la eficacia no se debe comprar a un precio que incluya las libertades de la persona. Se necesitaba por ello urgentemente una legislación que protegiera el derecho a la intimidad, los derechos de expresión, reunión, asociación y que impidiera que el gobierno llegara a ser una "dictadura de los bancos de datos y los expedientes".

Desde el año 1.970 en que el Estado de Hesse (República Federal Alemana) publica su célebre "Ley de Protección de Datos" hasta nuestros días, son numerosos los textos legales dedicados al tema; incluso, como ya hemos puntualizado anteriormente, las Constituciones española, portuguesa y austríaca, hacen referencia a la Informática y a la protección de las libertades individuales.

Suecia fue el primer país que tuvo una ley dedicada a la protección de datos, aprobada en 11 de mayo de 1.973.

Los estudios estadísticos realizados en este país muestra que un sueco adulto y soltero que ejerce normalmente sus derechos como ciudadano figura,

como mínimo, en un centenar de ficheros; este número es más elevado si está casado. Las autorizaciones solicitadas para creación de ficheros con datos personales alcanzaban, en 1.977, alrededor de los 25.000 ficheros, habiendo desbordado totalmente las previsiones que se hicieron en los estudios previos.

La ley sueca prevee que sólo por determinados organismos de la Administración, debidamente autorizados para ello, puedan recoger datos relativos al tratamiento de alcohólicos, internamientos psiquiátricos, informaciones relativas a la enfermedad o al estado de salud de una persona.

Estados Unidos fue el país que siguió de cerca a Suecia en la regulación de la Protección de Datos, ya que el Congreso de los Estados Unidos aprobó y promulgó en 1.974 la Ley de Intimidad, "Privaty Act", por la que ponía límites al Gobierno y protegía la libertad de las personas, poniendo frenos a los abusos que el gobierno pudiera hacer de su poder para investigar y almacenar información.

La Ley autoriza por primera vez a las personas a inspeccionar la información que les afecte contenida en los archivos de cualquier organismo, y a recusar, corregir o rectificar el material. La Ley establece no obstante ciertas excepciones: ejemplo los registros de la Central Intelligence Agency (CIA), del Servicio Secreto, y ciertos registros gubernamentales delicados.

La Ley pretende limitar la información almacenada en cada banco de datos exigiendo que cada organismo demuestre que toda la información almacenada se destina a fines necesarios y legales, que es actual y exacta para el uso al que se destina, y que se aplican salvaguardias que impidan su utilización incorrecta.

La Ley formó una Comisión de Estudio sobre la Protección de la Intimidad, formada por siete miembros, con objeto de que proporcione información al Congreso y al Presidente sobre problemas relacionados con la intimidad.

Como conclusión podemos decir que el objetivo de esta Ley es conseguir un equilibrio eficaz entre el servicio al gran público y el respeto a la intimidad y a las libertades de las personas.

Como complemento a la Ley de Intimidad en el año 1.974 fue publicada también en Estados Unidos la Ley de Libertad de Información.

A pesar de que la Ley estadounidense de Protección a la Intimidad es posterior a la sueca, el movimiento de alarma, ante los peligros derivados para la intimidad, de la pujanza de la informática y las iniciativas para remediarlo se anticipa en los Estados Unidos, país cuyo parque de ordenadores sobrepasa

el del conjunto de todos los demás países, y donde buena parte de la población está de algún modo familiarizado con estas máquinas.

Es así que en Estados Unidos se trabaja intensamente en ese terreno, incluso ya a comienzos de la década de los sesenta como Arthur R. Miller. En la actualidad resulta ya ingente el cúmulo de estudios, libros, artículos, informes y ponencias sobre la materia publicados; entre otras guías de orientación bibliográfica, el "Program on Information Ressources Policy", de la Universidad de Harvard, sobre la intimidad en la historia de América, dedica a notas bibliográficas 54 páginas y a la selección bibliográfica final 42.

Merece especial mención, de los estudios recientes, la compilación realizada por Lance J. Hoffman bajo el título "Computer and Privacy in the Next Decade", sobre capitales aspectos de la difícil relación entre intimidad y ordenador.

Bastantes países tienen ya textos legales reguladores de la materia como Alemania, Austria, Canadá, Dinamarca, Noruega, etc.

En el año 1.977 se promulgan dos Leyes relacionadas con la Protección de Datos, la Ley Federal sobre Protección de Datos de la República Federal Alemana, de 27 de enero, y la Ley de Derechos Humanos del Canadá de 14 de julio, cuya parte IV se titula "Protección de la Información Personal"

En nuestra vecina Francia se creó en el año 1.974 la Comisión "Informática y Libertades" con la misión de proponer al Gobierno "medidas tendentes a garantizar que el desarrollo de la Informática en el sector público, semipúblico y privado se realizará en el respeto a la vida privada, a las libertades individuales y a las libertades públicas". El 6 de enero de 1.978 se aprueba la Ley sobre "Informática, Ficheros y Libertades".

En el mismo año de la designación de la Comisión francesa de Informática y Libertades, el Primer Ministro Francés, en Carta Circular, prohibió las interconexiones nuevas entre sistemas informáticos dependientes de Ministerios distintos. Se trataba de recortar la prepotencia del ordenador, en su función autoritaria de "Big Brother", de la ficción novelesca de Orwell. No obstante, proclama el Informe de la Comisión francesa de Informática y Libertades, se trata de dominar, no de paralizar la Informática.

Dinamarca, Noruega y Austria tuvieron, al igual que Francia, sus Leyes de Protección de Datos durante el año 1.978 y Luxemburgo en 1.979.

Otros varios países han iniciado trabajos legislativos (Bélgica, Holanda, Japón, Reino Unido, Australia, Italia, etc.).

La Constitución de la República Portuguesa, de 1.976, dedica su artículo 35 a la "utilización de la informática", en el que preceptúa que "todos los ciudadanos tienen derecho a conocer lo que contare acerca de los mismos en registros mecanográficos, así como el fin a que se destinen las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos y su actualización. La informática no podrá ser usada para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, excepto cuando se trata de datos no identificables para fines estadísticos. Queda prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos".

Centrándonos en nuestro ordenamiento jurídico podemos decir que la Constitución Española se pronuncia claramente acerca de si ha de primar el valor individual de la intimidad o el interés social de la información, pues merece eludir el tema, tratando de quedarse en el más cómodo punto de la equivalencia, según el cual tanto monta para el Estado un valor como el otro; por lo que la decisión habría de acomodarse, en cada caso, a una interpretación casuística.

La Constitución aborda la materia; en cuanto a la información en general, en su artículo 20 1º, proclama que se reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Pero no es este el típico derecho a la información que en relación a la Informática nos interesa. Tal derecho a la información es objeto del artículo 105 b) del Texto Constitucional que, con carácter programático y empleando por ello el tiempo futuro, dice que la Ley REGULARA el libre acceso de los ciudadanos a los Archivos y Registros, salvo en los que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

Con literal mención de la Informática, el artículo 18 4º, de la Constitución determina también con carácter programático, que se limitará el uso de aquella para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar.

Del vértice de la pirámide del sistema normativo, presidido por la Constitución, irradia el tratamiento jurídico de la materia en cuanto a sus diversos aspectos y en las múltiples parcelas en que se ramifica nuestro ordenamiento: El Derecho Civil es el más llamado a fijar y definir el derecho a la intimidad, con la genérica protección que le corresponde, como derecho innato de la personalidad. El Derecho Penal aporta su tutela represiva, en los supuestos de mayor gravedad.

El Administrativo, en cuanto entra en su competencia el régimen de los archivos públicos de datos, y a ciertos efectos los de los privados administrativamente intervenidos, obligados unos y otros al respeto a la intimidad, así como por lo que concierne a la disciplina de los funcionarios públicos en lo que atañe a observancia del secreto profesional. El Derecho Procesal, por cuanto ofrece los cauces formales para la actuación de las pretensiones pertinentes.

El Derecho Internacional, incluso, muy esencial por lo que guarda relación con el flujo transfronterizo de datos. Esta confluencia de tan diversas ramas en el tema que nos preocupa no obsta para que, como criterio de política y técnica legislativa, se siga el de la formulación de Leyes específicas de Protección de Datos sin definida adscripción a ninguna de las tradicionales ramas legales. Es el criterio que nos muestra el derecho comparado, al que en España parece ser se está siguiendo en las tareas prelegislativas.

El análisis del apartado 4 del artículo 18 de la Constitución española lleva a diversas interpretaciones, ya que no parece del todo satisfactoria la redacción del texto constitucional en lo que afecta a los derechos que estamos contemplando; y tendremos que esperar el posterior desarrollo de estos preceptos que se está haciendo esperar más de lo debido para saber la interpretación que hará de ellos el legislador que podría ser distinta a la de la legislación anterior, que relativo al control de datos, publicaba el "Boletín Oficial de las Cortes Generales" en su número 1024 I, de 24 de julio de 1.980 no obstante haber suscrito el Gobierno español, el 28 de enero de 1.982 el Convenio del Consejo de Europa.

Con fecha 5 de mayo de 1.982 se aprobó la Ley de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que no se refiere a la protección de estos derechos frente a la informática, pero en cuya disposición transitoria primera se establece que "en tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo 18, apartado cuarto, de la Constitución, la protección civil, el honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la Informática, se regulará por la presente Ley".

Además de esta Ley existen otras disposiciones relacionadas, más o menos directamente, con el tema que nos ocupa; como son, entre otras, la normativa sobre secretos oficiales y sobre secretos profesionales y diversos trabajos sobre la materia, así como la continua preocupación mostrada por el Servicio Central de Informática organizando e interviniendo en diversas Jornadas, Seminarios, Reuniones, etc., sobre el tema y al mismo se dedicó el Primer Congreso Hispano Luso de Informática, celebrado en Madrid en 1.971 y las V Jornadas Hispano Francesas de Informática, celebradas en 1.976 tuvieron también como tema la Protección de Datos.

Todo ello nos lleva a la conveniencia y necesidad de una pronta regulación de este tema y que con carácter orientador de trabajos legislativos futuros, la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económico (O.C.D.E.), impartió para sus países miembros, el 23 de Septiembre de 1.980, una Recomendación comprensiva de las Líneas Directrices observables en la regulación positiva de la "Protección de Datos de Carácter Personal" y algo análogo han hecho otros organismos internacionales y que nos lleva con Niblett a sintetizar las características de los ficheros informatizados de la siguiente forma: Su

reproducción es fácil e instantánea. Su transmisión permite que los datos estén disponibles en todo momento y en cualquier lugar, incluso por teléfono. Su falsificación es fácil, permitiendo una alteración de datos sin rastro alguno, y pudiendo hacerse incluso a distancia. La conservación de la información puede ofrecer problemas, por pérdida del código de descifrar, e incluso por alteraciones eléctricas. Su lectura puede ser llevada a cabo por muchas personas a la vez por medio de terminales. Permiten crear todo género de ficheros invertidos, dándose así la posibilidad de que la información sea utilizada para fines muy distintos de aquél para el que fue suministrada. Es ésta una de las grandes amenazas al derecho a la intimidad y es clásico el ejemplo, del fichero de hoteles con el nombre de los clientes, creado con el fin de llevar la estadística de las plazas ocupadas, fichero que, invertido, nos da la relación de cada cliente con los hoteles donde pernoctó y fecha. Su capacidad de almacenamiento de datos sobre una determinada persona no tiene prácticamente límites. Su posibilidad de centralizar los datos que obren en diferentes ficheros. Su posibilidad de rápida comparación, clasificación y selección de los datos obrantes en ficheros muy diversos, obteniendo informaciones no previstas ni deseadas por sus propios creadores.

Todas estas características han dado como resultado unas amenazas de nuevo tipo con respecto al derecho a la intimidad de los individuos.

Si pensamos en la enorme capacidad de los ordenadores actuales, en la versatilidad de sus programas, en la existencia de redes de transmisión de datos que permiten acceder desde cualquier teléfono a todos y cada uno de los ficheros, comprenderemos que la inquietud sea grande, y que los problemas sobre la intimidad preocupen al mundo del Derecho.

La novedad del fenómeno informático ha desbordado las normas que regían los antiguos registros y requiere que en nuestro país, como hemos puntualizado ha ocurrido en otros, se dicte la nueva normativa legal pero en la que deberíamos tener en cuenta la protección eficaz de la intimidad que Truyols y Villanueva resumieron con estos principios generales en los siguientes términos:

1º Dado el daño irreparable que puede sufrir un individuo por la utilización y/o publicidad indebidas dadas a informaciones sobre su intimidad, es necesario que la protección se ejerza preferentemente de un modo preventivo y no sólo o principalmente represivo. 2º El sistema de protección debe referirse tanto a los bancos de datos de la Administración Pública como a los de entidades privadas que irán teniendo cada vez más importancia. 3º El secreto profesional debe ser la norma para todo el personal informático y sus límites y sanciones en caso de violación deben ser objeto de leyes especiales. Sólo este personal informático y los usuarios autorizados podrán tener acceso a los datos. 4º Toda persona debe tener el derecho de acceso al registro que contenga

la información que a él se refiera (*habeas scriptum*) y eventualmente de exigir la modificación o supresión de los datos que estime inexactos. 5º Para que sea plenamente eficaz el sistema nacional de protección tiene que completarse con un sistema internacional pactado entre los distintos países.

De lo anteriormente apuntado se deduce que dos son los principios fundamentales para la protección de la intimidad de las personas: el derecho a conocer el dato de carácter personal y el derecho de rectificación de la información errónea.

Sentados estos principios y vistos los problemas que existen sobre la utilización de los datos de carácter personal, en relación con la protección de la intimidad de las personas, puede pensarse que la creación de bancos de datos que contengan información personal, puede ser regulada de alguna de estas maneras: a) Sistema de libertad absoluta para crear bancos de datos. Es el que estará en vigor a falta de legislación apropiada en la inmensa mayoría de países. El Derecho español, al carecer de disposiciones legales que regulen la creación y explotación de los bancos de datos, tiene un tremendo vacío en esta materia y de hecho impera el sistema de la libertad absoluta. No obstante, parece lógico que se establezca alguna limitación, al menos de carácter general, de acuerdo con nuestra propia Constitución. b) Sistema de registro obligatorio. Era el previsto en la *Data Surveillance Bill* presentada en 1.969 al Parlamento británico, por el que se tendía a crear un registro de todos los bancos de datos explotados y el propietario o el operador de un banco de datos que omitiese cumplir las formalidades de registro cometería una infracción.

Una limitación inicial puede ser, por tanto, la de establecer un registro previo de carácter obligatorio, donde se exijan unos requisitos al menos de carácter formal. c) Sistema de licencia previa. Es el sistema del proyecto sueco de *Data Act* y podemos considerarlo como un sistema más riguroso que el anterior de menor registro ya que establece la necesidad de una autorización administrativa previa a la creación de cualquier Banco de Datos, en donde se estudiaría la finalidad del mismo, tipos de datos, forma de obtención de la información, sistema de difusión etc, etc...

Si en los apartados anteriores hemos puntualizado tres caminos para la creación de bancos de datos y que según se utilice uno u otro la intimidad estará más o menos protegida, también es cierto que, una vez creados, debe haber también una regulación de la explotación y transmisión de los datos contenidos en ficheros informatizados, ya que la protección del derecho a la intimidad exige que los datos conservados en un soporte magnético referente a un individuo no puedan ser alterados, utilizados por persona ajena no autorizada, que se mantengan actualizados, que los empleados del centro que explote el banco de datos no divulguen los mismos y que el interesado tenga acceso a la información sobre él grabada; y para ello necesitamos:

a) Medidas técnicas de protección y seguridad del sistema, tanto intrínseca del sistema como seguridad respecto al mundo exterior y para ello se utilizan códigos, controles electrónicos antirrobo, grabación de cada mensaje en una cinta diario.

b) Necesidad de un código de deontología informática, en el que se recoja la necesidad del secreto profesional, ya que el talón de Aquiles de los sistemas informáticos en lo que se refiere a la salvaguarda de la inviolabilidad y la integridad de la información, es a nivel del personal, ya que éste tiene, a un tiempo, la capacidad técnica y la posibilidad de hacer un uso abusivo del sistema.

Es necesario por tanto regular la conducta ética de los informáticos y el establecimiento de un código deontológico de la informática para conseguir el secreto de las informaciones personales de los bancos de datos.

En España, con respecto a los funcionarios públicos el deber de secreto sobre las informaciones que puedan conocer en un banco de datos de la Administración relativos a la vida privada de los individuos, queda cubierto por las disposiciones de los artículos 367 y 368 del Código Penal que castiga la revelación de secreto conocido con ocasión de su cargo, agravándose la pena si de ello resulta daño para la causa pública o para terceros.

Pero con respecto a profesionales de la informática que no sean funcionarios públicos sólo cabría una protección por la vía 1902 del Código Civil que requiere un perjuicio material o moral.

Todo ello nos lleva a considerar muy deseable y oportuno que se dicte lo antes posible una normativa especial que constituya un código deontológico informático.

c) Principio del "habeas scriptum" o derecho al examen por el propio interesado de los ficheros conteniendo información personal sobre él mismo.

En España no tenemos actualmente ninguna ley o jurisprudencia que reconozca a un particular el derecho de examinar, contestar, modificar o eliminar las informaciones que a él se refieren registradas en un banco de datos. No obstante salta a la vista que no es la mejor garantía que se le puede dar, pues como Niblett indica: en el medievo, cuando la prisión constituía la amenaza más grave que planeaba sobre las libertades individuales, apareció el principio del "habeas corpus" (procedimiento que no persigue la represión del delito, sino la solución o corrección de situaciones desacordes con la ley en materia de detención; su objetivo es la protección contra la detención ilegal). En nuestro tiempo, la libertad individual está amenazada de una nueva forma por el almacenamiento de bancos de datos de informaciones erróneas, incompletas, e- quívocas o caducadas y por ello habría de adoptar un nuevo principio, el de

"HABEAS SCRIPTUM", autorizando al individuo a examinar los archivos que figuran bajo su nombre y a pedir rectificaciones necesarias.

d) Usuarios autorizados. Debe regularse también quién puede tener acceso a los bancos de datos que contengan información personal y esto se suele hacer en las legislaciones extranjeras en el momento de la creación del banco; pero ésto pone frente a frente el derecho a la intimidad y el llamado derecho a la información, ya que mientras el primero tiende a impedir que los demás sepan acerca de nosotros lo que, por sernos personal, no tiene por qué importarnos, el derecho a la información derecho a informarse y ser informado tiende a saber lo más posible, siempre que el modo de adquisición de ese conocimiento no rebase las barreras de lo lícito. Así pues, el antagonismo entre derecho a la información y el derecho a la intimidad se cifra en el riesgo de quebranto existente para este último con ocasión o pretexto del ejercicio del primero; lo que exige un justo equilibrio entre uno y otro, que deje indemne al uno, pero sin recortar por ello arbitrariamente al otro.

Si, como hemos apuntado, es necesaria una regulación de la creación de bancos de datos así como de la explotación y transmisión de estos datos, también es cierto que la normativa quedaría incompleta si no se estableciese un control del funcionamiento de esos bancos de datos y que en la mayor parte de los países tal control se realiza por las autoridades administrativas o judiciales competentes según el caso, si bien las legislaciones más avanzadas han establecido ciertas instituciones especiales de control exclusivamente informáticas.

Hemos visto que en el ordenamiento jurídico español no existen sino preceptos aislados, insuficientes tanto respecto a la protección del "secreto informático" como del "derecho a la intimidad", por lo que queremos concluir insistiendo en la necesidad de una pronta regulación de este tema ya que el problema que plantean los bancos de datos es acuciante y será muy grave en los años venideros.

Muchas gracias por su atención.

