

La Protección de la Intimidad y el uso de Internet

FRANCISCO EUGENIO DÍAZ

Profesor Titular de la UNED

1. Internet: un escaparate abierto a los mirones.

Es peligroso asomarse al exterior.

Una red de nodos de información que se comunican entre sí, eso es la "red" de redes de ordenadores que actúan en lo que ha dado en llamar el **ciber/espacio**. Se llama así, ciber/espacio, porque los cables del teléfono, la más moderna fibra óptica, las ondas hertzianas de la radio, o las señales que reciben y difunden los satélites espaciales, pueblan [1] un espacio físico por el que, gracias a estos [2] cables, fibras, ondas o señales, circulan [3] datos o información que, por obra de la [3] cibernética (esto es, la ciencia de las máquinas auto-pilotadas, de las máquinas gobernadas por programas a ellas incorporados o, al menos, operativos en ellas), son datos, información, no analógicos sino [4] digitalizados, susceptibles por tanto de [5] un tratamiento industrial (es decir, [a] masivo, [b] mecanizado, [c] instantáneo en cuanto a su [i] obtención, [ii] reproducción, interrelación y [iii] envío a distancia).

El acceso al ciber/espacio (es decir, a Internet como sistema de comunicaciones telemáticas) significa la pérdida de la intimidad, la publicación de alguna información sobre nuestra persona

"Es cierto que la sociedad de masas permite el **anonimato** [la desidentificación, el desconocimiento para el público], pero la **tecnología** [la digitalización de la información y su consiguiente difusión telemática] **allana** [invade, hace caer, destruye, pone al descubierto, elimina las barreras que protectoras de] la **vida privada** [porque las información referente a un sujeto privado, no público, se hace pública, conocida por cualquiera de la generalidad de los que se asomen al almacén de información que circula o existe, está disponible para ser observada, en el ciberespacio]" (Los paréntesis cuadrados son nuestros. La cita, sin los paréntesis, es de FERNANDEZ ESTEBAN ¹).

Como ha dicho Vicente VERDÚ, *La aldea global es esta desnudez de la intimidad*. En efecto, el mundo de la telecomunicación, del teleintercambio o teleaprovisionamiento de información lleva consigo que, al abrir la ventana de nuestro ordenador a la calle de la red global de ordenadores entre sí conectados, nos exponemos (si no tomamos ciertas precauciones, y aún tomándolas) a la indiscreta observación de los demás usuarios de esa urdimbre de máquinas, programas e información digitalizada que, sin nuestro consentimiento y sin ni siquiera nuestro conocimiento, pueden ir anotando las huellas electrónicas personales que vamos dejando en nuestra ruta de internautas. Hace falta, aparte de la natural reserva respecto a no difundir información sobre nosotros que no queramos que sepan los curiosos, algún tipo de restricciones legales sobre el uso de los datos conciernientes a la vida privada de las personas usuarias de la "red de redes", de Internet.

▪ ¹ FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa: *Nuevas Tecnologías. Internet y Derechos Fundamentales*, Madrid 1998, Mc Graw Hill, pág. 142.

2.- ¿Intimidad o privacidad?

Intimidad de las personas y privacidad de los datos

La LORTAD (Ley Orgánica del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal, de 29 de octubre de 1992) presenta el término privacidad como una forma de expresión de un nuevo concepto que, dice, es más amplio que el de "intimidad". Aparte de que la palabra no se compadece con las "invariantes castizas" de nuestra lengua, si cabe decirlo así, no parece aplicable la privacidad a una persona, como cabría decir de la intimidad de un sujeto, la vida privada de una persona, etc. Nos parece que "privacidad" es una característica aplicable no a una persona en concreto sino a la particular condición de unos datos: se puede hablar así de la privacidad de una información, el carácter privado de los datos referentes a una persona (que no están accesibles al conocimiento del público en general), en contraposición a la publicidad de unos datos o una información (que se han dado a conocer al público, o que están accesibles al conocimiento general del público). La vida de una persona, si no está expuesta al conocimiento general de "el público", es vida privada, que se desenvuelve en el ámbito de su propia familia y de un grupo, ciertamente reducido, de amigos.

Determinar el alcance de la intimidad o de la privacidad de la información referente a una persona no puede hacerse de modo general. Cada persona tiene sus propias necesidades en orden a la zona o ámbito de su vida que quiere reservar para sí y para sus íntimos. No obstante hay ciertos hechos (y, de resulta, ciertos datos) concernientes a la persona que es opinión común que deben entenderse como de exclusiva incumbencia del afectado o concernido. Tales como los que se refieren a sus ideas y creencias, a su vida sexual, a sus actos fisiológicos más íntimos, a lo que aun formando parte de su historia personal y careciendo de interés para los demás no puede divulgarse sin merma de su estima social, etc.²

▪ ² Vid. Elena GOROSPE BENITEZ: Los derechos al Honor y a la Intimidad personal. Ahí se recoge una relación de situaciones pertenecientes a la vida privada, citando lo que dice NOVOA MONREAL, que concluye así: "12. En general, todo trato, hecho o actividad personal *no conocidos* por otros cuyo conocimiento por terceros produzca *turbación moral o psíquica* al afectado" y, cabría añadir, no sean de necesario conocimiento de los demás.

3.- Habitáculos del yo:

La propia casa y la información [los datos] sobre uno mismo

Proteger los datos es para proteger a la persona. O aún, proteger los datos es lo mismo que proteger a la persona, como proteger su casa: porque la casa y los datos son **el habitáculo del yo**.

El yo privado, el yo **recolecto**, el yo **dentro de sí**, el yo puesto a salvo del peligro de una merma o destrucción que los demás, los otros, pueden infligirle. El yo ha de salir de sí para desenvolverse, para completarse: pero ese asomarse al exterior requiere garantías de que va a poder respirar nuevos aires sin coger una pulmonía.

La "privacidad", o, por mejor decir, la "particularidad", la irrepetible "individualidad" de una persona (el individuo que es todo ser humano, la persona) desea: primero, no ser observada por cualquiera; después, si fuera observada y convertida en información notificable, difundible, que esa información sobre sí no sea difundida; y más tarde, si acaso difundida la información que a ella se refiera, desea no ser personalmente, ni físicamente, ni patrimonialmente, ni moralmente invadida: no sufrir (de resultados de esa observación que la convierte en noticia, en datos al alcance del conocimiento ajeno) agresión de tipo alguno; no sufrir el más mínimo daño: ni en su integridad física o en su salud en el más amplio sentido, ni en su patrimonio, ni en su estima propia o ajena, ni en su derecho al aislamiento voluntario, a que le dejen consigo mismo en paz.

4.- Un poco de historia:

Del antiguo Derecho romano al moderno Derecho comunitario europeo pasando por un célebre artículo (el de Warren & Brandeis, publicado en 1890), por una famosa sentencia (la del Tribunal Constitucional Alemán, de 1984) y por un lamentable Proyecto SAFARI francés criticado en un artículo publicado en Le Monde en 1974

4.1.- El Derecho romano.

La lex Cornelia de iniuriis (D.47.10.5 ULP. 56 ed.) estableció una acción criminal por golpes a personas libres y [por] allanamiento de morada (D'ORS)³. En la traducción castellana del Digesto que d'Ors y otros autores publicaron⁴ se lee:

La ley Cornelia de injurias afecta al que quiere demandar con la acción de injurias diciendo que ha sido golpeado o azotado o que su casa ha sido allanada con violencia; en ella se prohíbe que sea juez en esta acción el yerno o suegro, padrastro o hijastro, primo segundo del demandante, o cualquiera pariente más próximo, o pariente por afinidad, o el patrono de cualquiera de ellos o el padre de cualquiera de ellos. Así, la ley Cornelia dio acción en tres casos: [1] por haber sido golpeado, [2] por haber sido azotado o [3] haberse allanado con violencia la casa, de lo que resulta que la ley Cornelia comprende toda injuria de obra.

El texto sigue con las puntualizaciones de rigor:

Como dice Ofilio, la diferencia entre "golpear" y "azotar" es que lo segundo es pegar con dolor y lo primero sin él. Debemos entender por "casa", no la que se tiene en propiedad, sino la del domicilio, por lo que tendrá lugar esta ley, tanto si una persona vive en una casa de su propiedad, como en una alquilada, o dejada gratuitamente, como si vive hospedado.

▪ ³ Derecho Privado Romano

▪ ⁴ D'ORS, FUENTESECA, GARCÍA GARRIDO, HERNÁNDEZ TEJERO y MURILLO: *Digesto*, Edit. Aranzadi

No hay duda de que el sentido del allanamiento de morada es el de la intromisión en ese reducto físico que constituye la morada o vivienda de una persona, generalmente con su familia, el recinto donde su vida se desenvuelve cerrada a la observación de los extraños.

Pasarán muchos años, desde la ley Cornelia, para que se escriba: "la intimidad es un paisaje interior, una habitación propia", "Alcoba, almendra de la intimidad, cáscara protectora de la familia, lugar de términos y de principios, de consumaciones y consunciones" *Si la intimidad de la familia respecto al grupo social es un hallazgo tardío, la intimidad del individuo respecto al grupo lo es más aún*⁵ En esa línea de pensamiento está el artículo *The Right of Privacy* de Warren and Brandeis.

4.2.- El artículo *The Right of Privacy* de Warren and Brandeis

Cuando en 1890, Warren (Samuel D. Warren, un abogado de Boston) publica (en colaboración con Louis D. Brandeis, futuro juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos), su famoso artículo *The Right of Privacy*, configura un nuevo derecho de la persona: el derecho a no ser molestado, el derecho a respetar su reitamiento, su interioridad, si cabe hablar así, destacado ya del, hasta entonces, derecho sobre lugares o pertenencias de su propiedad a las que estaba vedada la entrada corporal de personas extrañas.⁶

No estará de más poner de manifiesto el "caso" que dio origen al mencionado artículo: Warren se había querellado contra la prensa, acusándola de intromisión en su vida privada por causa de la publicación de cierta información sobre su matrimonio con la hija del senador Bayard.⁷

El derecho a la vida privada, a la "privacy" en el nuevo sentido de este término, surge justo en los momentos en que aparecen los instrumentos de la tecnología de la época (el teléfono, ya en uso gracias a Bell en 1888; la

▪ ⁵ FERNÁNDEZ-GALIANO en "El espacio privado. Cinco siglos en veinte palabras", Centro Nacional de Exposiciones. Ministerio de Cultura. Madrid 1990, pág. 55.

▪ ⁶ EUGENIO Y DIAZ et alii: *Informática Jurídica*, Uned 1994, pág. 173

▪ ⁷ Cfr. LOSANO, *Il diritto pubblico dell' informatica*, Einaudi, Torino 1986, pag. 26.

fotografía instantánea; la grabación del sonido, sonseguida por Edison en 1878) que presentan la posibilidad de una intromisión en la vida de la persona bien distinta de la hasta entonces, por así decirlo, "prohibida intromisión en el recinto de las 'cosas' de su propiedad".

Con el artículo de Warren, *El derecho a la intimidad*, la privacy, toma un sentido nuevo: pierde el aspecto de un derecho "patrimonial", sobre un espacio o bien material, y pasa a ser un derecho de tipo más "personal".

"El derecho a la intimidad es como el derecho a tener lejos de aquella esfera ojos y oídos indiscretos, y el derecho de *impedir* la divulgación de los actos y vicisitudes que entren en ella" (Pugliese). "El 'right of privacy' es el derecho del individuo a una vida retirada y anónima" (Nizer)⁸

Pero el derecho sobre los propios datos personales admite un planteamiento afirmativo. Más verdaderamente mío que mi casa en la que habito, mi ordenador con que trabajo, mis ropas que me visten, son mis datos de carácter personal que, como invisible y delicada piel, me defienden precisamente de la despersonalización, de la pérdida del autoconcepto, de la "des-yoización", permítase la expresión.

Los datos individualizadores de una persona, los que le hacen salir del anonimato, y los descriptores de su mismidad y de su comportamiento, por otra parte, deben ser objeto de una regulación legal de modo que estén a salvo de observadores impertinentes o de manipuladores sin escrúpulos.

4.3.- SAFARI, un lamentable proyecto.

A la Ley Francesa sobre "La informática, los ficheros y las libertades", de 6 de enero de 1978 la precedieron unos curiosos acontecimientos previos, el espinoso asunto del proyecto SAFARI.

▪ ⁸ Las citas están tomadas de la obra de L. DIEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho civil*, vol. 1, 6ª ed. Madrid 1988, Tecnos, pág. 357.

SAFARI es el acrónimo del proyecto francés titulado así: "SystèmeAutomatisé pour les Fichiers Administratifs et le Repertoire des Individus"⁹

El proyecto SAFARI (un nombre freudianamente venatorio, en expresión de Losano) estaba auspiciado por el Instituto Nacional de Estadística y pretendía elaborar una ficha completa de cada uno de los franceses atribuyendo a cada ciudadano un número de identificación único y recogiendo las informaciones pertinentes repartidas por los diferentes repertorios de datos públicos.

SAFARI recordaba a los franceses una historia bien triste en la que tal proyecto tenía sus raíces: el Decreto de 27 de octubre de 1942, de la época de la ocupación alemana. Tal decreto les había atribuido un número de identificación personal que ponía de manifiesto la circunstancia de su raza. Si el número de identificación comenzaba con una 1, se trataba de un hombre de raza aria; si comenzaba con un 2, se trataba de una mujer de raza aria; si comenzaba con un 3, se trataba de un hombre judío; si comenzaba con el 4, se trataba de una mujer judía, etc.

Por eso el artículo de *Le Monde*, de octubre de 21 de marzo de 1974, titulado *Safari o la caza de los franceses*, deba en la diana del sentimiento popular haciéndose eco de las críticas al Gobierno. Decía, entre otras cosas, que *Safari* era una empresa de cuya pureza se debía de dudar, pues tanto era el cuidado que el Gobierno se había tomado en esconder; el proyecto se aplazó; y al final no fue llevado a cabo.

4.4.- La famosa sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 1984.

La Constitución alemana, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, trata, entre otras cosas, de los derechos fundamentales de las personas. Y dice: "Cada uno tiene derecho al libre desarrollo de la propia

▪ ⁹ Vid LOSANO: *Il diritto pubblico dell' informatica*, Torino 1986, Einaudi, págs. 89 y ss. Vid. PÉREZ LUÑO: *Nuevas Tecnologías...*, Madrid 1987, Fundesco, pág. 130.

personalidad, en cuanto no viole los derechos de los demás y no infrinja el ordenamiento constitucional y la ley moral".

La República Federal alemana aprobó, con fecha 14 de marzo de 1980, una Ley sobre la estadística del movimiento demográfico y del estado de la población. Esta ley de 1980 sobre datos estadísticos va a quedar relacionada más tarde con la *Ley del censo* (la *Volkszählungsgesetz*: abreviadamente la VZGS) de 25 de marzo de 1982, que regula la realización del censo que se había de realizar en 1983.

El Tribunal Constitucional alemán (o sea, el Tribunal federal alemán de lo anticonstitucional, para ser más exactos, es decir, el *Bundesverfassungsgericht* creado por la propia Constitución alemana en sus artículos 92, 93 y 94, y para controlar la aplicación de la misma) tuvo que decidir una controversia acerca de si determinados artículos de la Ley que regulaba la realización del Censo de 1983 traspasaban o no la Constitución.

Los argumentos por los que esta Sentencia declara inconstitucional algunas disposiciones de la Ley alemana para la elaboración del Censo de 1983 podrían ser resumidos, si bien no haya sido formalizado así, en el siguiente razonamiento lógico/matemático:¹⁰

Premisa mayor. La *constitucionalidad* de cualquier texto legal "implica" el reconocimiento del *derecho* a la dignidad humana y al libre desarrollo de la propia personalidad reconocido en la Constitución.

Premisa menor. El *texto legal* de la Ley del Censo, en su artículo 9, párrafos 1, 2, 3 y 4 "niega" el *derecho* a la dignidad humana y al libre desarrollo de la propia personalidad reconocido en la Constitución.

Conclusión. El *texto legal* de la Ley del Censo, en su artículo 9, párrafos 1, 2, 3 y 4, "niega" la *constitucionalidad*.

▪ ¹⁰ Cfr. EUGENIO Y DIAZ et alii: *Informática Jurídica*, Uned 1994, pág. 186.

Lo verdaderamente llamativo de la sentencia, su más original aportación, consiste en advertir que el *derecho al libre desarrollo de la propia personalidad* "implica", por así decirlo, el derecho de autodecisión sobre los propios datos personales, o, por otro nombre, el *derecho a la autodeterminación informativa*. La sentencia ha acuñado un concepto del que ya, en los estudios doctrinales o en las futuras leyes sobre datos personales, no va a ser posible prescindir.

5.- Derechos de la personalidad y derechos sociales:

Sobre la identidad cultural y personal

FERRARA, el insigne jurista italiano dejó escrito que "los derechos de la personalidad son los derechos supremos del hombre, los que garantizan el goce de sus bienes personales; frente a los bienes externos [puntualizó] los derechos de la personalidad nos garantizan el goce de nosotros mismos, el *señorío* sobre la [propia] persona, la actuación de las propias fuerzas físicas o espirituales". Las ideas subyacentes en este párrafo son las ideas de *libertad, independencia, autodesarrollo, logro personal*.

Entendemos que el derecho a la dignidad, el derecho a la libertad o a la fraternidad no son propiamente derechos subjetivos mientras no se establezcan deberes exigibles del tipo de: deber de respeto a la dignidad de los demás, deber de respeto a la libertad o a la fraternidad. Pero esos deberes, por abstractos, no son fáciles de establecer y de exigir. Hay que concretarlos en deberes del tipo de: deber de no violar el domicilio ajeno, de no omitir socorro a quien lo necesite; deber de no difundir, o de no almacenar, datos nominativos sin el consentimiento del interesado, etc.¹¹

La imparable evolución de la humanidad ha traído consigo transformaciones económicas, sociales, políticas y jurídicas (todo en uno, inseparablemente, o consecuentemente si se prefiere) que han cristalizado en un reconocimiento de derechos de la persona de diferente naturaleza. En un intento de hacer una síntesis de la sucesiva aparición de distintas categorías de

▪ ¹¹ Cfr. EUGENIO DÍAZ y EUGENIO OLIVER: *Informática y Derecho: Derecho Informático*, Uned 1999, págs. 38 y ss.

derechos de la persona, proponemos el siguiente esquema/resumen, recogiendo referencias a épocas, clases de sociedad, tipos de Estado, tipos de derechos y contenidos de éstos:

PRIMERA EPOCA: Revolución burguesa, francesa

- a) *sociedad agraria*
- b) Estado liberal**
- c) derechos políticos: *libertad*

SEGUNDA EPOCA: Revolución industrial

- a) *sociedad industrial*
- b) Estado social**
- c) derechos sociales: la *asistencia social*

TERCERA EPOCA: Revolución informática (postindustrial)

- a) *sociedad informatizada*
- b) Estado cultural**
- c) derechos informativos: la *identidad cultural*

El derecho a la identidad se manifiesta, en alguno de sus aspectos, en el derecho a la intimidad, que comprende, en su 'dimensión más primaria, el derecho a no ser objeto de observación, esto es, el derecho a no ser objeto de información que (a) se capta, (b) se enjuicia y (c) se difunde, a veces deformada.

6.- El profundo reducto de uno mismo

Los valores profundos, las íntimas emociones

Los bienes o "valores" tras los que corre el ser humano son: su salud (es decir, su vida), su trabajo (es decir, su dinero con que proveerse de lo necesario para la vida) y su amor (es decir, su bienestar psíquico, espiritual, lo que necesita para vivir una vida verdaderamente humana).

Ha dicho Goethe que no somos sino nuestra gran herencia. ¿El pasado se *volatiliza*, el espíritu, se *diluye*? Es algo inseparable del cuerpo, el

alma: esa dualidad indesprendible. *Res incorporales* deben ser aquellas volátiles que no podemos retener (las multiplicables, como el saltamontes al que arrancas una pata y se va sin su pata pero se va; así la copia de un archivo electrónico, de un diseño: "vuelan" por su cuenta).

Umbral en su artículo "Corazón" de *El Mundo* de 9 junio 1999 escribe, aparte de lo de Goethe: ..."puede suponer un pequeño acierto hablarle a la gente de su INTIMIDAD, de su pasado común español, emocionante y frustrado porque hay como una huida a la PRIVACIDAD que en lo individual se llamará **nostalgia** y en lo colectivo se llamará **nacionalismo**". Y sigue luego así: ... "el gentío ...descerraja el armario de los recuerdos familiares, efracciona (como diría Carrillo) el alma infantil, que quedó colgada de una percha perdida, y **salva el yo de la quema**".

En efecto, el yo es el último reducto de uno mismo, lo que de verdad tenemos, como un bien metafísicamente inembargable. Sin embargo, el yo también es difusivo, se expande en la propia obra, necesita de proyección al exterior, de irradiación hacia los otros, hacia el mundo. Oyendo al pintor Viola su apasionada explicación de lo que hace cuando pinta un cuadro siento que su vida interior se vierte al exterior y como que, si pudiese pronunciarse al respecto, nos hablara del derecho a expresar al público su emoción más íntima en una manifestación de su creatividad.

Sin embargo, la otra cara del anhelo de la expresividad la constituye el temor de la inmisión en nuestro mundo reservado a los íntimos o a nosotros solos. Quien más quien menos vive en la convicción de que los Datos Digitalizados (Nominativos) no debieran poder, sin consentimiento de su titular, afectado o concernido, es lo mismo: a) ser recogidos, b) ser archivados, c) ser tratados, d) ser difundidos. Salvo que tales datos se desdenominativicen, si vale la expresión.

En otras palabras, los datos de carácter privado, no públicos, no deberían tener un acceso al público que quisiera conocerlos ni deberían ser difundidos por un tercero al público generalizadamente. El derecho a la reserva de información sobre sí mismo es un derecho fundamental: porque incide en la viabilidad de otros derechos como son: 1, el derecho a no ser

extorsionado en la vida o en los bienes o en la estimación social; 2, el derecho a no ser reprimido en el propio proyecto de vida; 3, el derecho a no ser detenido (en el tiempo), enjuiciado y condenado.

7.- La "Red de redes"

Los nodos de información como trampa a la intimidad del usuario

La Red de redes como trama en la que información vertida, información multiplicada y difundida sin control. El caso del secuestro del *libro del médico de Mitterrand* cuya copia se introdujo en un "aparato servidor" de la Red:

En 1996 tuvo lugar un caso paradigmático del desafío que entraña la globalización para los medios de protección de la intimidad y el honor que otorga el Derecho. Françoise Mitterrand, Presidente de la República Francesa durante muchos años, falleció durante las Navidades de 1995. Tras su muerte, el que había sido su médico particular durante décadas publicó un libro sobre los últimos momentos de su vida. Muy poco después, el 18 de enero de 1996, el Tribunal de Instancia Superior de París, a instancia de la familia Mitterrand, ordenó el secuestro de la publicación. El Tribunal estimó que el médico en cuestión había cometido una grave intrusión en la intimidad del Presidente.¹²

Lo curioso del caso es que, como menciona la autora de la obra que nos informa del hecho, antes del secuestro judicial ya se habían vendido 40.000 copias del libro. Uno de los compradores del libro, se añade, poseía un ciber café y en su servidor introdujo una copia del libro que, obviamente, pudo ser visto, leído y copiado por quien quiso.

Otro caso, aparte de la difusión incontrolada de un fichero, un documento, un escrito, es la información sobre el usuario que a su paso por la red va dejando marcas, huellas electrónicas de sí, que conoce el proveedor de su acceso a la Red: las llamadas "cookies". Constituyen las cookies " *un rastro de los lugares visitando el ciberespacio*, de las páginas Web, por

▪ ¹² FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa: *Nuevas tecnologías. Internet y Derechos Fundamentales*, Madrid 1998, Mc Graw Hill, pág. 142.

donde ha pasado, en su navegación asomándose a depósitos de información, el usuario.¹³

Las huellas de los lugares visitados, si son conocidas por curiosos desaprensivos pueden incomodar a su causante que habrá de sufrir las consecuencias de ser criticado, invadido de ofertas publicitarias, notificado al público o incluso chantajado o molestado en su vida personal, familiar o profesional. No son previsibles las consecuencias de que alguien conozca nuestro perfil individual producto de su observación y, con base en este conocimiento, actúe contra nuestra persona, contra nuestro patrimonio o contra nuestra familia o allegados.

Hay, por supuesto, *programas rastreadores*, "sniffers" en el argot informático, que se usan para localizar información de ciertas características almacenada en el disco duro de los ordenadores conectados a la Red. Las Fuerzas de Seguridad del Estado los utilizan con fines lícitos, tales como para combatir la presencia de pornografía infantil en el ciberespacio u otros delitos cometidos por medio de la difusión de información en la Red¹⁴. Pero no deja de ser posible que, mediante tal tipo de programas rastreadores, la información contenida en nuestro ordenador resulte ser observada por intrusos. Estamos, por tanto, expuestos a la mirada rastreadora de los otros, de los demás usuarios de la Red, como está expuesto el pez en su pecera de cristal. Los otros (que, según la conocida frase de Sartre, "son el infierno", o, corrigiéndole, pueden ser también nuestro cielo en este mundo) olfatean, olisquean, husmean nuestro yo apesado, dibujado, en los contenidos informativos del disco duro de nuestro ordenador conectado a la red.

▪ ¹³ Ibidem, pág. 143.

▪ ¹⁴ Ibidem, pág. 144.

8.- Cómo evitar o defenderse de los riesgos del uso de la Red

La encriptación de la información, la desactivación de las "cookies" y la "navegación anónima"

Las señales de información que circulan por la Red deben viajar cifradas, *encriptadas*, codificadas de modo que sólo pueda descifrarlas, desenscriptarlas, descodificarlas su destinatario.

En el sistema asimétrico (no con una sólo clave secreta sino con una clave secreta para cada emisor/receptor) de encriptación con clave pública y clave privada, se utiliza una clave pública (de acceso al público) del receptor, en la que el emisor cifra su mensaje, y una clave privada del receptor que es secreta y que la utiliza éste para recuperar la información cifrada.

Respecto a los programas, algoritmos, de cifrado la prensa acaba de hacersre eco de cómo se debate en el senado norteamericano la conveniencia de relajar los criterios que limitan la exportación de programas de cifrado. La Casa Blanca, se puntualiza, es reticente a la liberación de la exportación de estos programas porque pueden tener un uso militar.

El único modo de que el Estado tenga garantía de que un algoritmo de cifrado no pueda ser utilizado con fines de espionaje o con otros fines ilícitos (vgr. narcotráfico, terrorismo, etc.) es no permitiendo la circulación por la red de programas que no tengan su correspondiente "puerta trasera", esto es, un sistema de acceso en situación de necesidad, utilizable por los representantes del poder estatal.

Por lo que se refiere a la encriptación de los mensajes de correo electrónico el sistema que se ha convertido en un standard es el llamado PGP (Pretty Good Privacy).

¿Qué son las *cookies* y cómo pueden ser desactivadas? Las cookies, a las que nos hemos referido ya en el epígrafe anterior, literalmente "galletas", son mensajes que quedan grabados en el disco duro del ordenador del usuario de internet. Qué contienen estos mensajes? Datos sobre nosotros como

usuarios, tales como nuestro nombre, nuestra dirección de correo y los sitios de la red visitados, como lógico resultado de las huellas que nosotros mismos hemos ido dejando tras nuestro paso por la red. Cuando, tras una sesión de paso por la red, cerramos nuestro ordenador, las cookies, los pequeños mensajes sobre nosotros y nuestra actividad en la red, quedan grabados, como acabamos de decir, en nuestro disco duro. De ese modo, cuando conectemos de nuevo con nuestro servidor, este servidor conocerá inmediatamente nuestras cookies, y las propias páginas web visitadas tendrán noticias de nosotros (los grupos de discusión en que nos hemos inscrito, los destinatarios de los mensajes que hemos enviado, etc.) y eventuales observadores sin miramientos nos podrán enviar mensajes comerciales o tomar sus medidas (buenas, regulares o incluso malas) respecto a nosotros. Nuestro perfil personal (gustos, creencias, status social, económico, cultural, zona o población en que vivimos, etc.) puede estar en manos de quienes no quisiéramos, tal vez.

La manera de evitar el almacenamientos de estas informaciones sobre nuestra persona/usuario de internet en que las cookies depende del programa navegador que estemos utilizando:

a) si navegamos con el programa Explorer, debemos activar el Menú Ver y buscar Opciones y, ahí, Opciones Avanzadas (tendremos la posibilidad de señalar la opción de "desactivar el uso de cualquier cookie").

b) si navegamos con el programa Netscape, los pasos a seguir son éstos: activar el Menú Edición y buscar la opción Preferencias y, ahí, Preferencias Avanzadas (tendremos la posibilidad de elegir la opción de "desactivar cookies").

La que llamamos *navegación anónima* es más bien la navegación mediante previa conexión a un sitio Web que omite información sobre el usuario que se conecta a ella al comienzo de la navegación. La dirección de esta página es www.anonimyz.com

9.- La protección legal contra la violación de la intimidad: La LORTAD

Estructura. Definiciones legales. Principios. Infracciones y Sanciones

La Ley Orgánica de Régimen del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal (Ley Orgánica 5/1992), de fecha 29 de octubre (BOE 31 de octubre de 1992), la llamada, conforme a su acrónimo, Lortad es el texto básico de nuestro derecho vigente sobre el que pasaremos a hacer algunas breves consideraciones sobre la protección legal contra la violación de la intimidad¹⁵.

9.1.- Estructura

Comprende la Lortad: a) una Exposición de Motivos; b) el Texto articulado; c) una serie de Disposiciones complementarias. Es de destacar en la Exposición de motivos un apartado dedicado a la diferenciación entre datos personales privados y datos personales públicos.

De los ocho fragmentos en que se sustancia la exposición de motivos, en el que lleva el número 2 se dice, entre otras cosas, que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley los datos "que constituyen *información de dominio público* o recogen información, (sic) con la *finalidad, precisamente, de darla a conocer al público en general* --como pueden ser los registros de la propiedad o mercantiles--...". También se dice que quedan fuera del ámbito de la norma "aquellos datos que, en virtud de *intereses públicos* prevalentes, no deben estar sometidos a su régimen cautelar".

9.2.- Definiciones legales

El art. 3 de la Lortad establece una serie de definiciones legales necesarias para determinar el alcance de la protección legal de los datos, de la información, "concerniente a personas físicas identificadas o identificables", que en definitiva supone una protección legal del "afectado" , "titular" o

▪ ¹⁵ Para un análisis más amplio de la Lortad, véase Francisco EUGENIO DIAZ y Luis EUGENIO OLIVER: *Informática y Derecho: Derecho Informático* (Textos de Educación Permanente. Programa de Enseñanza Abierta) Madrid 1998 UNED, pág. 35 y ss.

"concernido". Pese a los intentos de acotar y prefijar los conceptos que luego se repetirán a lo largo del texto legal, no se logran plenamente tales objetivos; así, por ejemplo, pese a la definición de que los datos personales son los que conciernen a las personas físicas, la interpretación jurisprudencial, y doctrinal, posterior vienen a reconocer que también las personas jurídicas tienen información privada, datos privados, objeto de protección legal.

9.3.- Principios

Los principios que rigen en orden a la protección de datos tanto en la Ley española como en otras se pueden reducir a estos cinco, cuyas iniciales componen curiosamente la palabra DISCO, a saber:

Disponibilidad privada (se necesita el consentimiento del afectado para la recogida y el tratamiento de sus datos; el afectado tiene derecho a obtener información sobre sus datos incluidos en los ficheros, así como a que sean rectificadas o canceladas en su caso).

Intervención pública (toda persona o entidad que proceda a la creación de ficheros lo notificará previamente a la Agencia de Protección de Datos).

Seguridad de los ficheros (el responsable del fichero deberá adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos).

Confidencialidad (el responsable del fichero automatizado y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento están obligados al secreto profesional; y la cesión de datos tiene ciertamente sus límites legales).

Olvido (los datos, al cumplirse determinadas circunstancias, deberán ser cancelados).

9.4.- Infracciones

Las infracciones a la Ley de Protección de datos española, reconducidas a los principios que acabamos de enumerar, pueden resumirse así:

Disponibilidad violentada: recoger datos en forma fraudulenta; recoger datos sensibles (ideológicos y biológicos; recoger datos sin el consentimiento del interesado o sin facilitarle las informaciones previas necesarias; no atender al derecho de acceso o al derecho de rectificación y cancelación.

Intervención pública desatendida: recoger o elaborar datos de modo anticonstitucional, esto es, cuando se haga de tal modo que se impida el ejercicio de derechos fundamentales; crear ficheros de titularidad pública sin el trámite de la oportuna autorización; elaborar o utilizar datos incumpliendo los principios y garantías de protección establecidos; etc.

Seguridad omitida: no cumplir el deber de adoptar las medidas de seguridad necesarias.

Confidencialidad quebrantada: difundir datos sensibles, los datos referentes a la salud incluidos; comunicar, difundir o ceder datos nominativos; etc.

Olvido infringido: no atender al derecho de actualización y conservación de datos sobre los cuales procede la actualización.

9.5.- Sanciones

Las sanciones varían según sea la gravedad de la sanción. Para las infracciones muy graves se establece una multa máxima de cien millones de pesetas; para las graves de cincuenta millones; y para las leves diez millones de multa máxima y cien mil pesetas de multa mínima.

La cuantía de las sanciones se graduará, así lo previene la Ley, atendiendo a: la naturaleza de los derechos personales afectados, el volumen de los tratamientos afectados, los beneficios obtenidos, el grado de intencionalidad y la reincidencia.

10.- Los ilícitos informáticos del Código penal en relación con la intimidad

En orden a las sanciones penales de la violación de los datos de carácter personal hay que remitirse a los preceptos del Código Penal en vigor (aprobado por Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre)¹⁶.

La captación no autorizada de datos, incluidos los *mensajes del correo electrónico* está castigada con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de 12 a 14 meses (Código penal, art.197.1). "Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de terceros, *datos reservados de carácter personal o familiar* de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado" (art. 197.2, primer párrafo). "Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos [quiere decirse, a los ficheros con datos personales reservados de que se viene hablando] y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero" (art. 197.2, segundo párrafo).

Como se puede observar, estamos en presencia de ilícitos informáticos que se pueden cometer en el ámbito de la teleinformática, en el ámbito de la Internet: los ficheros del ordenador conectado a Internet, qué duda cabe, pueden ser alterados o utilizados, y hasta inutilizados, por personas que no estén autorizadas a entrar en la intimidad de los titulares de esos datos o concernidos por ellos. La dificultad radica, como es fácil imaginar, en la determinación *de quién fue el intruso que invadió la privacidad*. Está abierto el debate de si debe ser obligatorio navegar con identificación (o si, lo que viene a ser lo mismo, todos los ordenadores deben llevar sus señas

▪ ¹⁶ Sobre los ilícitos penales de la Informática véase Francisco EUGENIO DIAZ y Luis EUGENIO OLIVER: *Informática y Derecho: Derecho Informático* (Textos de Educación Permanente. Programa de Enseñanza Abierta) Madrid 1998 UNED, pág. 287 y ss.

de identidad y no debiera ser posible prescindir de ellas) a efectos de reconocer quién es el remitente de tal o cual mensaje o el autor de tal o cual hecho ilícito. Los proveedores de acceso a la red también son una pieza fundamental en orden al control de quiénes son los navegadores irresponsables. Pero, como se sabe, cualquier intento de control del ciberespacio choca con el principio de libertad a altranza que propugnan los usuarios de Internet. Con todo, la libertad para navegar no debiera suponer patente de corso para violar los derechos de los demás.

Admitiendo que el ciberespacio sea un espacio público y que quien concurre a él se expone a que los demás le puedan observar, ello no impide que sigan existiendo ilícitos penales respecto a ciertos comportamientos por muy anónimos que puedan presentarse sus autores.

La relación de comportamientos ilícitos posibles referidos a la información personal, y también a los datos personales registrados en cualquier clase de archivo, no puede quedar completa si no se incluyen los comportamientos de descubrimiento y comunicación de tal información de carácter personal.

El Código penal (a tenor de su art. 197.3) viene a establecer, por eso, esta otra prohibición: no pueden ser difundidos, ni revelados, ni cedidos a terceros (en suma, no pueden ser comunicados a otro) los *datos* [personales] o *hechos* [personales] descubiertos o las *imágenes* [personales] captadas a que se refieren los números anteriores [es decir, los párrafos anteriores de este mismo artículo 197]. La pena que se impone a los infractores de esta prohibición es la de prisión de dos a cinco años.

Finalmente interesa recoger otro precepto del Código penal sobre comunicación de datos. A quien, (1) sin estar *autorizado* para ello, (2) *difunda*, revele o ceda a terceros (3) *datos*, hechos o imágenes concernientes a otro, (4) con conocimiento de su *origen* ilícito pero (5) sin haber tomado parte en el *descubrimiento* de tales datos, hechos o imágenes, el Código penal le castiga con las penas de prisión de uno a tres años y una multa de 12 a 14 meses. Así viene a decirse, con expresión menos directa, en el art. 197.3, párrafo final. Es otra manifestación de lo que es el derecho a la propia

intimidad, a la vida privada, al control de la información reservada concerniente a una persona.

11. Conclusiones

Concluiremos sistematizando lo tratado, conforme a un esquema lógico que es el que, con alguna concesión en cuanto a la formulación de los titulares de los epígrafes, hemos venido siguiendo, a saber:

0. Partimos de una breve INTRODUCCIÓN acerca del alcance e importancia del tema: el *derecho a la intimidad de la persona* y el carácter privado de los datos que la definen y conciernen es algo que está fuera de toda duda. El peligro de la publicación, de la accesibilidad de esa *información expuesta al público* por medio de su colocación en las computadoras situadas en la red, es evidente. Tratamos de estudiar el sentido del derecho a la intimidad, los riesgos de su exposición en la red así como las medidas de protección a utilizar.

1. En el apartado de CONCEPTO y ELEMENTOS de la protección de la intimidad nos hemos ocupado de la intimidad o interioridad frente a exterioridad, de los datos de interés exclusivamente privado frente a los datos publicitados o de *interés público*.

2. Respecto a la CLASIFICACION de los datos y de los ficheros en que se contienen, cabe distinguir los datos privados de los públicos y, en otro orden, cabe diferenciar los ficheros de titularidad *privada* de los ficheros de titularidad *pública*.

3. Por lo que se refiere a la HISTORIA Y FUNDAMENTO de la privacidad de los datos de carácter personal nos hemos referido a estos tres hitos en la evolución de la protección de la intimidad: i) El Derecho romano, con la Lex Cornelia de iniuriis, ii) el informe de Warren and Brandeis; iii) La Ley Francesa y su precedente, el proyecto *Safari*; iv) La Constitución alemana y una sentencia que, a propósito de la inconstitucionalidad de la Ley del Censo, consagra el principio de la *autodeterminación* informativa. El

fundamento de la protección de la intimidad radica en el derecho a la mismidad, el derecho a la libertad y el derecho a la defensa de la dignidad.

4. En orden a la NATURALEZA JURÍDICA del derecho a la vida privada, a la intimidad o, como consecuencia de ello, a la privacidad de los datos de carácter personal, hay que decir que es éste un *derecho de la personalidad* y un *derecho humano fundamental*.

5. En el apartado de la CONSTITUCIÓN o modo de nacimiento del derecho a la intimidad, hay que admitir que el derecho a la intimidad se establece sobre *la facultad que la ley reconoce* al particular de *disponibilidad privada* de los datos que le conciernen. Hay, complementariamente, una facultad y un deber de *intervención pública*.

6. En lo que se refiere al CONTENIDO del derecho a la intimidad hay que subrayar el derecho a que los datos de carácter personal que operen en algún depósito autorizado estén almacenados con las pertinentes garantías de *seguridad*, de modo que no pueda acceder a ellos quien no esté autorizado; y el derecho a que los datos no se destinen a otros fines de aquellos para los que fueron solicitados y recogidos, lo que constituye el principio de la *confidencialidad*.

7. Tocante a la EXTINCIÓN de la vigencia de los datos de carácter personal almacenados en ficheros, se debe hacer mención del *derecho al olvido* que sobre los datos de carácter personal tiene al cabo de cierto tiempo el afectado.

8. El tema de las SANCIONES con que corresponde penalizar al infractor de los derechos a la protección jurídica de los datos de carácter personal que tiene la persona, se resume del siguiente modo: en el ámbito administrativo, multas conforme a una escala que va, por orden de la gravedad de la infracción, de un máximo de cien millones de pesetas a un mínimo de cien mil pesetas; en el ámbito penal

9. Por lo que se refiere a las particularidades de la violación de la intimidad en INTERNET hay que resaltar estos dos puntos: *primero*, que

rigen en el ciberespacio tanto las disposiciones de la Lortad sobre protección de datos de caracter personal como las del Código Penal en materia de ilícitos penales informáticos; *segundo*, que la información de caracter personal que salta a la red por libre decisión de su titular debe entenderse que no tiene caracter privado sino público, si bien la información residente en el disco duro del ordenador no puesta a disposición del público debe entenderse como información reservada, de modo que quienes la observen, transmitan o manipulen invaden ilícitamente la intimidad ajena.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alegre Martínez, Miguel Angel
La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español
Universidad de León, León 1996
2. Barriuso Ruíz, Carlos
Interacción del Derecho y la Informática
Dykinson, Madrid 1996
3. Carrascosa López, Valentín
Derecho a la intimidad e informática
Escuela Universitaria Politécnica, Mérida (Badajoz) 1983
4. Concepción Rodríguez, José Luis
Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982
5. Davara Rodríguez, Miguel Angel
La Protección de Datos en Europa
Universidad Comillas, Madrid 1998
6. Eugenio y Díaz, Francisco
"Protección de Datos: Análisis de legislación comparada"
UNED Boletín de la Facultad de Derecho 7 (1994) págs 225 a 254
7. Eugenio y Díaz, Francisco (et alii)
Informática Jurídica
UNED, Madrid 1994
8. Eugenio y Díaz, Francisco & Eugenio Oliver, Luis
Informática y Derecho: Derecho Informático
UNED, Madrid 1998

9. Feliu Rey, Manuel Ignacio
¿Tienen honor las personas jurídicas?
Tecnos (col. Jurisprudencia Práctica), Madrid 1990
10. Fernández Esteban, María Luisa
Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales
Mc Graw Hill, Madrid 1998
11. García Murillo, Joaquín
La protección judicial de los derechos fundamentales
Tirant lo blanch, Valencia 1994
12. García San Miguel, Luis (ed.)
Estudios sobre el derecho a la intimidad
Tecnos, Madrid 1992
13. Gautheron, Marie (ed.)
El honor. Imagen de sí mismo o don de sí
Cátedra, Madrid 1992
14. González Gaitano, Norberto
El deber de respeto a la intimidad
EUNSA, Pamplona 1990
15. González Pérez, Jesús
La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)
Civitas (col. Cuadernos), Madrid 1993
16. Giddens, Antony
La transformación de la intimidad
Cátedra, Madrid 1995
17. González-Trevijano, Pedro J.
La inviolabilidad del domicilio
Tecnos, Madrid 1992

18. Heredero Higuera, Manuel
La Directiva Comunitaria [95/46] de Protección de los Datos de Carácter Personal
Aranzadi, Pamplona 1997
19. Heredero Higuera, Manuel
La Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter Personal
Tecnos, Madrid 1996
20. Herrero-Tejedor, Fernando
Honor, intimidad y propia imagen (2ª ed.)
Colex, Madrid 1994
21. Herránz Ortiz, Ana Isabel
La violación de la Intimidad en la Protección de Datos Personales
Dykinson, Madrid 1998
22. López Díaz, Elvira
El derecho al honor y el derecho a la intimidad
Dykinson, Madrid 1996
23. Lorca Navarrete, José F.
Derechos fundamentales y jurisprudencia
Pirámide, Madrid 1994
24. Lucas Murillo, Pablo
El derecho a la autodeterminación informativa
Tecnos, Madrid 1990
25. Martín-Retortillo, Lorenzo & Otto y Pardo, Ignacio de
"Derechos fundamentales y Constitución"
Civitas, Madrid 1988

26. Martínez de Pisón Cavero, José
El derecho a la intimidad en la Jurisprudencia Constitucional
Civitas, Madrid 1993
27. Novoa Monreal
Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de
derechos
Siglo veintiuno, Madrid 1979
28. Orti Vallejo, Antonio
Derecho a la intimidad e informática
Comares, Granada 1994
29. Pérez Luño, Antonio E.
Los derechos fundamentales
Tecnos, Madrid 1986
30. Pérez Luño, Antonio E.
Libertad informática y leyes de protección de datos personales
Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989
31. Pérez Luño, Antonio E.
Manual de Informática y Derecho
Ariel Derecho, Barcelona 1996
32. Peso Navarro, Emilio del & Ramos González, Miguel Angel
Lortad. Análisis de la Ley (2ª ed.)
Díaz de Santos, Madrid 1998
33. Pierini, Alicia (coord.)
El derecho a la identidad
Eudeba, Buenos Aires 1991

34. Ruiz Miguel
El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del T E de
Dhums
Civitas (col. Cuadernos), Madrid 1994
35. Salvador Coderch, Pablo
Derecho a la libertad
Centro de estudios constitucionales, Madrid 1993
36. Salvador, Pablo (director [de la obra colectiva])
¿Qué es difamar?. Libelo contra la Ley del Libelo [Ley Orgánica 1/1982]
Civitas (col. Cuadernos), Madrid 1987
37. Saraza Jimena, Rafael
Libertad de Expresión e Información frente a Honor, Intimidad y Propia
Imagen
Aranzadi, Pamplona 1995
38. Vázquez, Jesús María & Barroso, Porfirio
Deontología de la Informática (Esquemas)
Instituto de Sociología Aplicada, Madrid 1993
39. Velázquez Bautista, Rafael
Protección jurídica de datos personales automatizados
Colex, Madrid 1993
40. Waluchow, W.J. (ed.)
Free expression
Clarendon Press, Oxford 1994

