

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 30. Junio 1993

Aldama Baquedano, Concepción

Magistrada de la Audiencia Provincial de Tarragona

LOS MEDIOS INFORMÁTICOS (Su utilización al servicio de la Administración de Justicia. Su utilización perversa o abusiva como medios de vulneración de bienes jurídicamente protegidos)

Estudios

Serie: *Constitucional*

VOCES: INFORMÁTICA. ADMINISTRACION DE JUSTICIA. DERECHO A LA INTIMIDAD. DELITOS INFORMATICOS.

ÍNDICE

Introducción

- A) El acceso de la informática a la justicia
- B) Su potencial de utilidad
- C) Experiencia actual
- D) Conclusiones

La protección penal de la intimidad

Concepto del derecho a la intimidad

La intimidad informática, regulación básica

Delito informático

Reflexiones finales

TEXTO

INTRODUCCION

Es un hecho incuestionable que vivimos rodeados en los ámbitos más diversos de nuestras relaciones socioeconómicas de máquinas electrónicas y actualmente ordenadores. Pocas dimensiones de nuestra vida dejan de verse afectadas, dirigidas o controladas por el ordenador directa o indirectamente: La Banca, los medios de comunicación (telemática), los transportes, los Seguros, la Bolsa, y ahora también la Educación y las Administraciones Públicas.

A las máquinas computadoras se les encomienda actualmente no sólo el archivo y procesamiento de la información sino, incluso, la adopción automática de decisiones. Recordar que el avance en unos Pocos años ha sido espectacular (desde la primera máquina de cartones perforados de Herman Hollerith construida para la Oficina del Censo de los Estados Unidos en 1890, el primer ordenador electrónico a finales de los años treinta, y el primer microprocesador en 1975, hasta hoy con tecnología tal como la robótica, telemática, con aplicaciones tan sorprendentes como la proyección de imágenes y sonido transmitidas desde ordenador (multimedia), simulación de procesos industriales por ordenador, edición electrónica, creación artística, grandes áreas de la cinematografía, música digitalizada, asientos móviles sincronizados al sonido, modelos predictivos de climatología, electro-medicina (scanner). Las líneas actuales de investigación apuntan al desarrollo de aplicaciones tales como la adopción de decisiones parciales basándose en procesos mentales lógicos, la traducción automática, el reconocimiento de la voz, el reconocimiento de escritura, y últimamente visión artificial (para control de piezas defectuosas, control de tráfico, etc.) y realidad virtual.

Lo más sorprendente, no obstante, es la rápida extensión y popularización de cada aplicación que va surgiendo. La alta tecnología ya no es un privilegio exclusivo de los grandes sectores económicos y con un elevado soporte financiero. Los ordenadores personales y la ampliación de las redes de acceso y distribución, han contribuido a facilitar su alcance a bandas de población especialmente sensibles. Es evidente con sólo observar cómo se desenvuelven la mayoría de los niños ante aparatos de considerable complejidad.

Sin duda, el tránsito hacia la civilización tecnológica afecta profundamente a las condiciones de vida humana. Trastoca en cierta medida los esquemas tradicionales de valores, exigiendo en ocasiones el sacrificio de la individualización frente a una más extensa y rápida operatividad. Supone la admisión por parte de un ciudadano de su misma condición y nivel de exigencias que todos los demás, además de una mirada al futuro con curiosidad y ánimo de adaptación, lo que sin duda es más difícil en los sectores de población de mayor edad y más asentados. Todos estos nuevos medios sirven a la sociedad, potencian el desarrollo humano y en parte sustituyen de modo seguro, rápido y eficaz tareas tradicionalmente reservadas al hombre, no sólo físicas o instrumentales, también pueden llegar a reemplazar en parte el trabajo de la mente. La curiosidad, al llegar a este punto, puede convertirse en inquietud porque he aquí una conclusión incuestionable «la informática se presenta como una nueva forma de poder». Nada más enraizado en los arcanos del hombre que el juego de poder. De ahí su potencial peligrosidad, si los medios se usan de forma perversa o abusiva.

FROSINI en 1982 ya lo vislumbró con claridad en su monografía *Cibernética, Derecho y Sociedad*, en su opinión: «Para entender el grado de poder que confiere la informática, puede ser indicativa una comparación entre la civilización con escritura y la civilización sin escritura.» Es evidente que las sociedades que disponen de este tipo de energía intelectual, se colocan en un nivel superior a las que no lo están y, los individuos que sepan utilizar los nuevos avances, se colocan en una posición ventajosa frente al resto. Es una opción posterior la canalización positiva o negativa que quieran darle. Dado el potencial de que se hace uso, puede resultar altamente beneficioso o perjudicial para la sociedad, que debe tomar partido ante esta posibilidad fomentando la utilización beneficiosa de los nuevos medios y a la vez controlando y protegiendo al ciudadano frente a su uso incorrecto y abusivo (Progreso/Riesgo).

Esta dualidad que todo instrumento poderoso conlleva, suscita a su vez una clara dualidad de posturas sociales. junto a posturas entusiastas y defensoras de las nuevas tecnologías intentando incorporarlas positivamente al sector en el que ellas mismas se desenvuelven, se alzan posturas detractoras y hostiles, recelosas con sus prestaciones y que las consideran como una experiencia turbadora de su quehacer tradicional, que entienden no debe modificarse en lo que afecta a su parcela individual (especialmente en personas con un cierto poder y superadas por los nuevos medios). No obstante estas opiniones contrarias, propias de todo cambio rápido, la implantación y desarrollo de la tecnología y los medios informáticos en

todos los sectores del quehacer diario, es ya una realidad con toda su carga positiva y negativa a asumir por la sociedad.

¿En qué medida el ámbito jurídico y, en concreto, su aplicación a la justicia, se ve afectada por la utilización de los medios informáticos y por este nuevo tipo de relaciones humanas?

La respuesta es indudablemente afirmativa y en alto grado desde todos los planos que se contemple:

Plano Legislativo. Es preciso otorgarle una regulación adecuada tanto al medio como a las relaciones humanas que se componen en torno a él. La tarea no es fácil, debe regular la realidad, sin entorpecer el progreso, y estableciendo un nivel de protección social e individual bastante frente a su uso nocivo. La estructura legislativa adecuada, desde el nivel Constitucional hasta el de Orden Ministerial que desarrolle normativamente una actividad concreta, es una opción de política legislativa, en línea con los países europeos, que admite variadas posibilidades, como más adelante tendremos ocasión de ver. Constituye, sin duda, un aliciente a la propia evolución del Derecho, tanto en su vertiente investigadora o creadora como aplicativa y de organización.

Plano Aplicativo: Las nuevas técnicas, como ya hemos tenido ocasión de comprender al exponer las líneas punta de investigación, son un instrumento eficacísimo, tanto para delinquir o aprovecharse en perjuicio ajeno (ilícitos patrimoniales, falsedades, espionaje, piratería, terrorismo, etc.) como a favor de la Administración para perseguir la comisión de ilícitos de todo tipo.

Plano Organizativo: Su aplicación es muy extensa y está técnicamente desarrollada. Afecta especialmente a tareas de introducción y procesamiento de datos, tareas organizativas y de gestión. Requiere como contrapartida, en lo que a las Administraciones Públicas se refiere, hacer frente a los costos, tanto de los equipos como los de la adecuada formación del personal que deba utilizarlos.

Es claro que dentro del mundo del Derecho, a la Administración de justicia en su conjunto, le impactan los tres planos en los que incide la actual incorporación social de la informática.

A) EL ACCESO DE LA INFORMÁTICA A LA JUSTICIA

La apertura de la Administración de justicia a los medios informáticos ha venido motivada por la necesidad de realizar un esfuerzo de adaptación a los requerimientos de la sociedad actual, a la par que un intento de hacer frente a los defectos y disfunciones provinientes de las antiguas estructuras y hábitos de los órganos judiciales. El esfuerzo por crear un nuevo modelo organizativo, dotado de unos esquemas básicos modernos útiles socialmente y de fácil adaptación, inevitablemente ha llevado a la introducción de la informática en este nuevo modelo de funcionamiento de la Administración de Justicia.

No obstante, su introducción inicialmente obedeció más a una voluntad de cambio valiente ante el futuro y a un conjunto de buenos propósitos que a una línea o proyecto en el que se aunasen objetivos, conocimientos, medios y costos, todo ello en coordinación. Es necesario una planificación con formulación armónica y precisa de medios y fines cuando se pretende un cambio. Sin una previa formulación de objetivos, ni una relación de funciones o tareas susceptibles de informatización progresiva, la introducción de los nuevos medios perdía ya gran parte de su eficacia. Sin una información adecuada a los técnicos de las empresas suministradoras de los nuevos equipos, tampoco es posible su colaboración, precisa para elaborar e introducir programas adaptados a las futuras tareas a desempeñar, y necesaria también para adiestrar al personal en su manejo.

Esta primera etapa, por lo demás de indiscutible mérito, ha servido para percatarnos de que no es posible informatizar de modo eficaz y permanente la Administración de Justicia, sin una planificación y financiación adecuadas al momento y con visión de futuro.

Debería prescindirse en un futuro de la simple adquisición e instalación de máquinas con un criterio fundamentalmente económico, la introducción de programas de almacenamiento de datos y tratamiento de

textos rígidos y estándar, dejando al Ministerio o incluso a los propios funcionarios judiciales la tarea de ajuste de los programas y de las utilidades en abstracto a las necesidades particulares, la mínima o nula formación del personal que debe dirigir o realizar las funciones informatizadas y la ausencia de una labor de creación de una masa crítica de documentos flexible y adaptada a las necesidades de cada órgano sin olvidar su permanente actualización.

Actualmente, tras la experiencia acumulada durante estos últimos años, para avanzar en este terreno es preciso ser realistas, no cabe continuar con tareas de segunda etapa, actualizando los conocimientos del personal -que no los adquirió- o que dada su movilidad se encuentra ahora desempeñando otras funciones, ni actualizando la masa de documentos -ya desfasados y casi inexistente-, ni tampoco renovar con continuidad los equipos -obsoletos y sin provisiones financieras de amortización-, Por todo ello, la tarea a abordar hoy día sería, de nuevo, la de implantación de equipos informáticos corrigiendo los errores pasados, ya que resulta inviable la renovación de las antiguas máquinas sin provisiones financieras de mantenimiento de la estructura creada. Supone pues, un planteamiento *ab initio* de la misma idea, si bien con la experiencia del camino andado, antes inexistente.

La situación actual es óptima, aún contando con medios económicos escasos, los precios han bajado como consecuencia de los avances tecnológicos y los nuevos canales de mercado, el binomio resistencia/apoyo del propio medio a informatizar, se ha invertido ante su incontestable eficacia, y por último, la formación de los funcionarios de nuevo acceso es también mejor y más actual en este campo. Todo ello junto a la experiencia del camino andado, colocan a la Administración de justicia en una situación idónea para absorber eficazmente el servicio de los nuevos medios.

B) SU POTENCIAL DE UTILIDAD

Objetivamente son múltiples las tareas susceptibles de informatizar con óptimos resultados dentro de las que diariamente se llevan a cabo, tanto por los órganos judiciales, como por las oficinas de apoyo a la función jurisdiccional. Aún sin planificación, la experiencia adquirida hasta el momento nos lo ha demostrado. Tímidamente comenzaron a informatizarse tareas organizativas y de gestión basándose en programas de almacenamiento de datos. Este tipo de tareas de escasa complejidad informática pusieron de relieve, no obstante, las variadas y numerosas aplicaciones que podían encontrar en el ámbito de la Administración de Justicia.

En un primer momento, la cooperación de los nuevos medios se limitó a intentar informatizar las actividades administrativo -burocráticas de la oficina judicial, o a constituir bancos de datos que facilitasen la posterior búsqueda y prestación del dato requerido. La nota común, pues, de esta primera etapa fue la introducción únicamente de la informática de gestión, dejando para la etapa siguiente la introducción de programas, destinados a aligerar los aspectos más repetitivos de las actividades clásicas de la oficina judicial (gestión procesal).

Pronto su aplicación encontró eco en las tareas llevadas a cabo por los juzgados Decanos, de Guardia y de Primera Instancia e Instrucción, ampliándose más adelante a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales y a algunas Secciones de las mismas.

En cuanto a la informatización de la gestión, los resultados fueron óptimos, no sólo por la utilidad demostrada de sus prestaciones sino también porque facilitaron la reestructuración de este tipo de funciones, que dejaron de residir en cada uno de los Organos judiciales -con el esfuerzo y dispersión que ello comporta- para centralizarse en las Gerencias Provinciales, lo que suponía un cambio fundamental en el esquema organizativo de la Justicia. Tareas tales como el suministro básico de material, la gestión de recursos económicos, llevanza de contabilidad, archivo de expedientes, notificaciones, etc., dejaron de importunar las funciones jurisdiccionales propias de cada órgano judicial, para ganar en agilidad y eficacia.

Las tareas organizativas de soporte de cada órgano judicial, fueron en su mayoría también centralizadas distribuidas en servicios dependientes del juzgado Decano y coordinadas por él. Así el Registro General de Escritos, el Servicio de Reparto, Información, Cobrar y Pagar Multas y Fianzas, el de Subastas, Notificaciones y Embargos, el de Comunicación a Centros Penitenciarios, Relación con otros Organos, Estadística, Archivo, Depósito de piezas de convicción, Biblioteca, y los Asistenciales tales como: Clínica médico-forense, asistentes sociales y psicólogos, traductores y peritos, reprografía e incluso un servicio de informática. Por su parte el Juzgado de Guardia pude, ser asistido por los nuevos medios de modo más racional, distinguiendo entre detenidos e incidencias, con total informatización de estas últimas.

También la formación de bancos de datos fiables y actualizados demostró ser eficaz. Es evidente que la introducción de los datos requiere un esfuerzo humano inicial muy intenso, pero también se demostró que este esfuerzo inicial compensaba posteriormente, por la facilidad de búsqueda del dato, el mantenimiento actualizado del mismo, y el alcance y rapidez de su conocimiento respecto de terceros. De este modo fueron informatizados registros centrales y creados bancos de jurisprudencia.

Es una tarea aún por terminar la aplicación de la informática a las tareas de gestión procesal. Para ello es preciso de manera previa la elaboración cuidada y detenida de una masa crítica de documentos de mayor uso, lo suficientemente precisos y flexibles para posibilitar, tanto la seguridad jurídica y la rapidez en la respuesta, como su perfecto ajuste al caso concreto. Control, eficacia e individualización conjuntamente no son ahora perspectivas de futuro difíciles de alcanzar, sino realidades puestas ya en marcha en casos aislados, que pueden conseguirse con generalidad.

C) EXPERIENCIA ACTUAL

El Ministerio de justicia comenzó en 1977 a profundizar en la idea de dotar a la Administración de Justicia de medios más potentes, que sistematizasen la gran cantidad de datos manejados en su ámbito, colaborasen en la concentración de funciones dispersas racionalizando el trabajo, y dotasen de seguridad y rapidez a las tareas de gestión.

El ámbito de la Administración de justicia se consideró como un campo apto y una organización propicia para la informatización, iniciándose en 1982 un primer impulso con el Proyecto «Inforius», cuya finalidad era poner al servicio de la Administración de justicia los medios tecnológicos y los métodos de programación existentes, tendentes a facilitar y optimizar la actividad administrativo-burocrática de las oficinas judiciales. Al año siguiente, 1983, se desarrolló la programación del Sistema Informático del juzgado (SIJ). Y, en 1984, se comenzó la implantación propiamente dicha, que preveía un calendario de diez años, hasta 1993.

Por lo que se refiere a Cataluña, el Programa de Racionalización y Automatización de la Oficina Judicial (PRAOJ), se inició a partir de las experiencias en el ámbito de la informática judicial realizadas por la Fundación «Lluís de Peguera», mediante unas comisiones técnicas que, a partir del año 1982, iniciaron sus estudios con el diseño de programas que sirvieran o dieran utilidad a los funcionarios del juzgado para solucionar y aligerar los aspectos más repetitivos de las actividades clásicas de la Oficina Judicial. El resultado de sus trabajos fue ofrecido al Departamento de justicia de la Generalidad de Cataluña y al Consejo General del Poder Judicial, y puesto en marcha a través de un convenio tripartito (Departamento de justicia de la Generalidad, Ministerio de justicia y Consejo General del Poder judicial) firmado el 13 de enero de 1984, mediante el cual cada una de las partes asumía responsabilidades determinadas del proyecto de informatización según sus recursos y ámbito de competencias.

Que tanto el Plan «Inforius» como los trabajos realizados por la Fundación «Lluís de Peguera», son desconocidos en amplios sectores de la Administración de Justicia, eso es algo fuera de toda duda. Aún llevados a cabo parcialmente los proyectos de informatización diseñados, se presentaron después

problemas que han disminuido considerablemente la eficacia de la utilización de los equipos informáticos que se instalaron: La escasez de medios materiales, la cuestionable y escasa atención a la formación de personal, y la insuficiente participación de la carrera judicial, sin conocimientos, ni aún a nivel de mínimos (salvo casos excepcionales), y sin preocupación institucional por su formación, teniendo las funciones decisorias claves para reorganizar y racionalizar tareas, aprovechar recursos y asignar cometidos.

Es preciso, no obstante, reconocer que, si bien las decisiones que en su momento se adoptaron para la informatización de los órganos judiciales fueron tímidas, poco coordinadas y con escasa perspectiva de futuro, lo cierto es que el salto se dio en favor de la modernización, aun sin condiciones y chirriando el engranaje de las viejas estructuras llenas de rigidez en las que se incluía.

GARCIA PAREDES, A., Juez Decano de los juzgados de Madrid en 1989, ya reflexionó comprendiendo la brusquedad del cambio, que la introducción de equipos informáticos había generado en las viejas estructuras y, formas decimonónicas de la organización de trabajo del Ministerio de Justicia, hacia la búsqueda de soluciones más operativas y acordes con lo que la sociedad actual demanda de un servicio como lo es la impartición de justicia. Se llegó a componer, con tales innovaciones, una estructura distinta y extraña, que incorporaba una nueva aleación de materiales «Escultura de hierro con pies de barro», como la llegó a llamar.

Nos encontramos a punto de finalizar el calendario propuesto, y tras la experiencia de estos años, nos encontramos en situación de realizar las siguientes conclusiones.

D) CONCLUSIONES

1.^a La potencialidad del medio en favor de tareas de gestión y organización, control, creación de bancos de datos y de gestión procesal, excede con mucho las mejores previsiones iniciales, tanto por los avances del medio, como por la mejor disposición en todos los órdenes de la Administración de justicia en su conjunto.

2.^a La duración de los equipos adquiridos en su día, es inferior al período de diez años propuesto, y si a ello añadimos el avance tecnológico, únicamente es posible concluir que, en estos momentos, la primera tarea no es avanzar en la informatización implantada, sino sencillamente renovar sin riesgos de pérdida de información los antiguos equipos ya amortizados y obsoletos.

3.^a La elección apropiada del *hardware* y el *software*, requiere una correcta planificación de objetivos y funciones, así como una cooperación para el logro de los mismos de los técnicos que, concedores de los mismos y de los medios económicos disponibles, asesoren los más adecuados, tanto por prestaciones y facilidad de manejo como por costos (adquisición y mantenimiento).

4.^a El sistema de selección de funcionarios judiciales debe incluir conocimientos de informática, así como Secretarios, Jueces y Magistrados deben adquirirlos progresivamente, a fin de asumir en este campo las tareas básicas de dirección y control. Asimismo debe preverse el reciclaje y formación permanente del funcionariado a través de programas de formación, con lo que se haría frente a los efectos de disminución o incluso paralización de la función, provocados por la alta movilidad del mismo.

5.^a Es preciso avanzar, cuidadosamente y con criterios adecuados, en la aplicación de la informática a la gestión procesal, a fin de reducir el tiempo de tramitación sin pérdida de individualización, calidad y seguridad jurídicas.

6.^a Finalmente, sería de gran ayuda, en el plano de la creación del banco de datos, recoger de modo sistemático las resoluciones de los órganos judiciales Superiores, lo que facilitaría no sólo su conocimiento general, sino también la unificación de criterios.

LA PROTECCION PENAL DE LA INTIMIDAD

Iain CONCEPTO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad, como derecho de la personalidad, es consustancial a la condición humana, aunque plagado de relativismo.

Es difícil conceptuar y delimitar el bien jurídico de la intimidad; su propia naturaleza lo hace difuso y distinto en su contenido y límites para cada persona, si bien cuando se trata de conceptuar un mínimo existe una homogeneidad mayor.

El principio de intervención mínima es algo que exige un nivel de mínimos protegibles. Las personas de alto grado de sensibilidad y/o individualidad, no es posible que encuentren toda la protección que su intimidad precisa jurídicamente regulada. Por otro lado, también el Estado requiere hoy día que el ciudadano le proporcione datos sobre sus actividades, domiciliación, familia, ingresos, bienes, etc., para la propia subsistencia del aparato estatal en su conjunto (debe estar registrado, censado, empadronado, identificado con un DNI, con la documentación del automóvil y permiso de conducir en regla, con un NIF, etc.).

Se ha llegado a hablar de la tendencia que hoy día existe dentro de las sociedades modernas a obtener el modelo de «ciudadano transparente», que de lograrse, dejaría reducido a unos niveles de mínimo extremo el concepto de intimidad y aún menor el jurídicamente protegible (en el ámbito constitucional o penal).

La actitud del Ordenamiento debe ser, no obstante, ante un bien de tal envergadura y tan enraizado en la personalidad, no sólo delimitativa sino de reconocimiento y garantía legal de tal derecho.

No es que se trate de un nuevo derecho a regular, de un bien jurídico «moderno», el derecho es tan antiguo como el hombre mismo. Lo que se aprecia ahora es una especial necesidad, debido a que también existen mayor número de medios posibles de agredirla y al evolucionar éstos, cada vez en mayor intensidad, hasta el punto de sentirse la necesidad de regulación -aún a nivel de mínimos- acuciante. Paralelamente, al ser considerado un bien es caso necesario, se ha producido un aumento de la valoración de la intimidad.

Observando el concepto jurídico de intimidad adoptado en el tiempo por la mayoría de los países de tradición constitucional, se aprecia su evolución extendiendo el nivel de protección. Desde un «Derecho a ser dejado solo» en 1890, pasando por considerarlo un «Derecho de autodeterminación y opción de libertades personales» a, en las últimas voces de incluir en su ámbito un *Habeas mentem*.

En nuestro país se refleja sin duda esta síntesis evolutiva, y de ello, valgan como exponente, las definiciones conceptuales que a continuación se transcriben:

MATIN QUERALT: «Aquella parcela de la personalidad que su titular puede mantener legítimamente al margen del conocimiento público.»

GARCIA VITORIA: «Facultad, tutelada por el Ordenamiento Jurídico, que el ser humano posee de aislarse frente a los demás, manteniendo un reducto de su vida o de su personalidad fuera del alcance de las relaciones sociales.»

BAJO FERNANDEZ: «Es esfera íntima el ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad.»

Cualquier intento de regulación se hace especialmente problemático y difícil, no sólo por su relativismo e interacciones sociales propias, sino también debido a que en la «intimidad» se contienen otros bienes jurídicos objeto de tutela penal: patrimonio, libertad, honor, vida humana, integridad personal, etc., que también se relativizan a su vez, con lo que se alcanza en conjunto una relatividad extrema muy difícil de tipificar conforme a parámetros homogéneos. Su formulación, la poca que existe, es pormenorizada

respecto a cada tipo de bien en cada situación concreta y fundamentalmente a cargo de una esforzada jurisprudencia evolutiva, que día a día se ve más distanciada de la realidad vertiginosa, en que se desarrollan los medios que tienen la posibilidad de atacarla.

Dado que el individuo es además un ciudadano incardinado en el tejido social, los Derechos fundamentales constitucionalmente protegidos amparan su doble condición, es decir, goza tanto del Derecho a la Intimidad como de la Libertad de Expresión y del Derecho a la Información, no existiendo jerarquización establecida entre ellos, de modo que, en cada caso en que estos Derechos se encuentren en conflicto, será preciso un minucioso análisis de la situación concreta y decidir en la interacción cuál es el que prevalece y con qué límites respecto del otro.

En este sentido de atención al juego de intereses y derechos en conflicto, se pronuncia el Tribunal Constitucional en sentencia 37/1988 en este caso, hasta el punto de hacer ceder, en favor de otros derechos prevalentes, el consustancial derecho del hombre de gozar de su intimidad: «Aun tratándose ya de actuaciones que afectan al ámbito protegido, es también cierto que la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución al denunciarlo, no haya establecido de modo expreso la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de inviolabilidad del domicilio o del secreto en las comunicaciones.»

Ciertamente, el Derecho a la Intimidad, no es absoluto, pero ¿cómo se delimitan sus contornos en relación con los de Libertad de Expresión y Derecho a la Información? ¿Cuándo debe ceder la intimidad en favor de intereses colectivos? Son innumerables los casos reales que pueden darse presentando este conflicto. A modo de ejemplo ¿Quién tiene que garantizar el correcto funcionamiento de los servicios que debieran permitir la intimidad de una conversación telefónica, en el supuesto de que accidentalmente se penetre en la línea y se revelen e incluso se divulguen datos íntimos celosamente guardados por la persona? o ¿Es aceptable eliminar cualquier responsabilidad del personal de servicio de correspondencia postal, cuando en el uso de dicho servicio, una carta es accidentalmente abierta, y por eso permitir que su contenido sea divulgado? ¿Qué ocurre cuando los datos personales de un presunto traficante de droga se encuentran en una agenda electrónica a la que únicamente se tiene acceso con la clave del titular? Es una labor dejada en manos de los Tribunales y a resolver en cada concreta situación.

LA INTIMIDAD INFORMATICA, REGULACION BASICA

Tras una decidida protección constitucional a nivel de Derecho Fundamental (arts. 18.1 y 18.4), el desarrollo positivo ha sido no sólo insuficiente sino incluso de signo contrario al crecimiento de la necesidad de protección de este consustancial derecho del individuo.

Si relativo es el Derecho a la Intimidad, también su protección adolece de idéntico relativismo, apareciendo en nuestra normativa de modo fragmentario, según facetas o manifestaciones de la misma.

Se contempla en el allanamiento de morada (arts. 191.1 y 490 CP), la violación de la correspondencia (art. 192 CP), la violación del secreto profesional (arts. 367, 368, 360 y 498 CP), el apoderamiento de papeles o cartas con el fin de descubrir o revelar secretos (art. 497 CP), la ilegítima interceptación de comunicaciones telefónicas (escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido) (arts. 192 bis y 297 bis CP), pero queda aún pendiente el gran tema de la utilización abusiva de la informática frente a la intimidad (ya recogida en otros países).

Son tantas las posibilidades que hoy día brinda la informática para vulnerar la intimidad que ya se ha llegado a hablar de la llamada «intimidad informática».

El mundo actual se caracteriza por la multiplicidad y masificación de las relaciones interindividuales y del particular con el Estado, derivando de ello la creciente necesidad de estandarizarlas mediante la codifica-

ción de la identidad de la persona. Estos procedimientos permiten disponer de información relativa a un gran número de personas; información que por su trasiego puede resultar muchas veces incontrolada, hasta el punto que no resulta exagerado ver en esos momentos a la informática como el medio más gravemente atentatorio para la intimidad de las personas. De ahí la propuesta de dar tratamiento singularizado a la intimidad informática, fundamentada también, por la peligrosidad para el bien jurídico que resulta de la utilización de tales medios, porque propicia situaciones como la de ignorar el titular de los datos afectados la intromisión hasta que ésta no desarrolle sus efectos más virulentos (p. ej. la divulgación de lo que se quería y creía como secreto), y sencillamente porque a veces no resulta fácil establecer una eficaz defensa.

Intentando equilibrar, por un lado, la situación de mayor necesidad de datos e información personal en manos de terceros, y por otro, proporcionar protección al individuo respecto a aquéllos que, sin ceder a intereses colectivos, tenga interés en reservar, se ha llegado a proponer el concepto de *habeas data*, que comprendería el derecho de la persona a estar informado de su inclusión en un banco de datos, y de los datos que le afectan, así como el acceso a ellos; el derecho a la supresión de determinados datos: datos sensibles, o a su cancelación (lo que implica también la fijación de una limitación temporal de la validez de los mismos); derecho a la rectificación de datos erróneos; derecho a conocer el uso a que van a ser dedicados los datos personales; derecho a la confidencialidad; limitaciones tanto en la recogida como en la utilización de los datos; adopción por el banco de datos de medidas que garanticen el no acceso a los datos por parte de personas autorizadas, a la vez que aseguren su no destrucción o modificación, etc. Sólo así podría hablarse de un cierto núcleo de intimidad frente al de libertad informática.

La protección, pues, debe extenderse:

a) Pleno ejercicio de una facultad de reserva de aquellos datos que el individuo considere que se encuentran en su esfera íntima derivada de una serie de derechos fundamentales (de carácter político, religioso, asociacional e incluso social).

b) Exigir limitaciones de uso cuando un tercero puede acceder a tal tipo de información. Estas exigencias serían que la utilización debería ser predeterminada y concreta, garantizada por el adecuado nivel de custodia del responsable de la información, y por pertinentes limitaciones y protecciones de acceso. La información debe asimismo estar sometida a plazo de caducidad. Todo ello circunscrito a la condición pública o privada del depositario. Además el tráfico de las bases de datos debe estar regulado exigiendo seguridad respecto a la no modificación de datos, interconexión de los mismos correspondientes a diversas bases de donde resultan informaciones no pertinentes, flujo internacional de datos no autorizados, etc.)

e) Finalmente, protección de los secretos personales, familiares o profesionales soportados informáticamente.

Cualquier propuesta de regulación penal de la intimidad informática, tiene la exigencia de resolver una cuestión previa: La inclusión de los correspondientes preceptos penales en el Código Penal, que había sido la técnica seguida por el proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal actual, o bien una Ley especial en la línea del intento que constituía el Anteproyecto de Ley Orgánica de regulación del uso de la informática para la protección de los datos personales en 1985, como ocurre con buena parte de los Ordenamientos europeos.

El mayor avance legislativo logrado hasta el momento, ha sido la redacción de artículo 189 del citado Anteproyecto de Código Penal, que introducía la novedad de la incriminación específica de los ataques a la intimidad por medios informáticos:

Artículo 189. «1. El que, infringiendo las prescripciones legales sobre el uso de la informática, grabare datos relativos al honor o la intimidad personal o familiar de terceros, o en perjuicio de los mismos manipulare la información legítima o ilegítimamente obtenida, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses, siempre que el hecho no constituya delito más grave.

2. Se impondrán penas superiores en grado si se divulgare la información obtenida.»

Con todo lo que de avance supone este precepto, la protección se reconduce sólo a las conductas de «grabar» y «manipular» y es, sin duda, escasa. La falta de protección más amplia hace que hoy día escapen gran número de conductas como el acceso y difusión de datos por funcionarios públicos que han tenido conocimiento de los mismos por razón de su cargo, si no han manipulado el dato, por muy amplio que se interprete este término incluyendo «alteración», «supresión», o «adición» e incluso «cruce» de los datos en ella contenidos.

Únicamente por vía de Ley Orgánica: 5 de mayo de 1982, se ha asumido la cualidad informática de la intimidad. En ella se regula el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que en su Disposición Transitoria Primera declara su aplicabilidad, en tanto no se promulgue la norma prevista en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución para la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática. En esta Ley Orgánica, en la que se dedicaba un Capítulo Sexto a la responsabilidad civil y criminal del uso abusivo de datos de carácter personal, quedó paralizado por la publicación en el BOE de 15 de noviembre de 1985 (y, por tanto, incorporación a nuestro propio Derecho) de la ratificación del Convenio del Consejo de Europa. De ahí la tramitación del proyecto de Ley Orgánica sobre la regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (Directiva de 13 de septiembre de 1990, BOC de 14 de julio de 1991), que no contiene disposiciones de carácter penal.

El último exponente del avance legislativo en este campo, nos lo proporciona el Anteproyecto de Código Penal de 1992, en el que, dentro de su Título IX destinado a regular los delitos contra la intimidad y el domicilio, se dedica el Capítulo 1 a la protección de la intimidad y el secreto de las comunicaciones vulneradas a través de la utilización de los nuevos medios tecnológicos. El capítulo mencionado consta de tres artículos, cuya redacción -para mejor conocimiento- se transcribe a continuación:

Artículo 194. «1. El que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión o grabación del sonido o de la imagen, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere de datos reservados de carácter personal o familiar de otro, registrados en ficheros, soportes informáticos o cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado.

3. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años si se difundieren o revelaren los datos reservados descubiertos.

par4. Si los hechos se realizaren por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años, y si difundieren o revelaren los datos reservados, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años.»

Artículo 195. «1. El que revelare los secretos ajenos, de los que tuviere conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 12 meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgare los secretos de

otra persona, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, multas de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.»

Artículo 196. «Lo dispuesto en este capítulo, será aplicable al que descubriere o revelare datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código.»

El informe del Consejo General del Poder judicial sobre este tema considera «un acierto del Anteproyecto que, en este punto, sigue pautas marcadas en momentos anteriores a la reforma penal, dedicar un título a la protección de la intimidad y el domicilio». La intimidad, como bien jurídico independiente, no es objeto de tutela en el Código que actualmente rige, y ésta era una laguna que, necesariamente, debía colmarse.

Sólo la panorámica de los esfuerzos legislativos no llevados a termino, nos está reflejando claramente la enorme dificultad que subyace en su elaboración. No podemos olvidar, por otra parte, que la intimidad es un bien jurídico esencial directamente protegido por la Constitución, pero no el único que fácilmente puede ser vulnerado a través de los nuevos medios tecnológicos, por ello -aún llevada a cabo la protección penal del ámbito de la intimidad-, la necesidad de protección jurídica bastante de los demás bienes, llevará sin duda, a la aparición de otros mecanismos jurídicos (administrativos y civiles) o no (virus, bombas lógicas, etc.), que aún fragmentariamente, cubran la protección frente a estos abusos.

DELITO INFORMATICO

Conductas delictivas con utilización necesaria o esencial de medios informáticos:

1.º El sujeto A, desde su ordenador personal y con la ayuda de una línea telefónica, entra en el sistema informático de la Compañía de Alarmas X, obteniendo la información necesaria para desactivar la alarma del Banco B, lo cual realiza con éxito, facilitándole la entrada a la entidad bancaria y la apropiación de una fuerte suma de dinero.

2.º A coloca un explosivo en las oficinas de B, logrando destruir su equipo informático y la valiosa información en él almacenada (secretos comerciales, listas de clientes y estrategias de actuación en el mercado).

3.º A penetra con su ordenador personal en los archivos de datos informatizados de una entidad financiera. Anota un depósito falso en la cuenta de un tercero imaginario, luego ordena la transferencia de los fondos a un banco de otro país, en el cual hace efectivo su ficticio derecho de crédito.

4.º A consigue un paquete informático ajeno de gran valor y lo utiliza para hacer chantaje a su titular legítimo.

5.º Varios amigos penetran desde sus equipos informáticos en los sistemas computerizados del Ministerio de Defensa. Utilizando sus líneas para el envío de mensajes personales, consiguen modificar valiosa información de carácter secreto, con lo que provocan un serio incidente internacional.

6.º El Agente de Bolsa A convence a sus clientes para que realicen inversiones importantes en determinados valores, asegurándoles que ha interceptado ciertos datos informatizados del mercado bursátil, que aconsejan tales operaciones. Posteriormente se descubre que todo era falso y formaba parte del plan para cometer un fraude.

7.º A, cajero de una oficina bancaria se apropia de una suma de dinero en metálico de la entidad. Después, efectúa las manipulaciones de datos necesarias en el sistema informático de la misma para que pase inadvertida su conducta, borrando así cualquier indicio de ella.

Los ejemplos que se acaban de mencionar, son sólo algunas de las posibilidades que brindan hoy día los medios informáticos. Su cooperación al servicio de un fin delictivo puede abarcar, desde conductas de colaboración o de potenciación del resultado delictivo previsto, hasta erigirse -por la entidad propia del medio en su realización- en el núcleo de la conducta, con los caracteres del ilícito en sí: delito informático, actualmente no contemplado como tal en nuestro Código, y, por tanto, no perseguible.

Con una visión amplia, podría ser «delito informático» todo comportamiento criminal en el que aparezca involucrado un ordenador; de este modo, casi cualquier delito con esta peculiaridad podría ser, eventualmente, «delito informático». No obstante, es precisa una configuración típica como delito, ya que aunque existan conductas lesivas de intereses valiosos para la Sociedad -como las expuestas-, de no aparecer descritas en las normas penales, no es posible calificar tales conductas como delito, ni incriminar a su autor. Es decir, aun siendo penalizables *de lege ferenda*, no están ajustadas al Derecho Positivo.

¿Cuál será el mecanismo de técnica-jurídica en el que se plasme la protección penal de estos intereses hasta ahora desasistidos? Tanto la construcción de un nuevo tipo penal, como contemplar en los actuales tipos penales más afectados la participación e incidencia criminal de la tecnología en ellos, es una labor técnicamente difícil y problemática por los grandes intereses económicos y políticos que la rodean.

La tarea aludida, además de socialmente delicada y conflictiva, comporta para el jurista grave dificultad en la construcción dogmática básica. Partiendo de un acuerdo unánime, en cuanto a que es preciso elaborar mecanismos jurídicos de protección normativa frente al uso perverso o abusivo de los nuevos medios tecnológicos; en el punto de optar por la técnica jurídica a seguir, se abre el abanico de posibilidades y de proposiciones, reconduciéndose en síntesis en vía penal a dos posturas: Entender que resulta preferible un tratamiento homogéneo y sistemático en el Código mediante la elaboración de una nueva figura delictiva (delito informático) en línea con la opción legislativa de los países tecnológicamente más avanzados, o entender que la fórmula de un único delito informático es excesivamente rígida, siendo preferible en atención a la naturaleza del bien jurídico lesionado hablar de una pluralidad de posibilidades de colaboración de estos nuevos medios en las formas de comisión de los delitos ya configurados.

Quizá la alternativa no sea excluyente, sino complementaria. Por un lado delimitar un núcleo esencial de conductas diferenciadas que doten de contenido propio un nuevo tipo penal, más o menos extenso según posturas (siendo la más razonable inicialmente, a nuestro juicio, un núcleo estricto que podría quedar compuesto por los llamados teóricamente «delitos patrimoniales contra el sistema informático» por ejemplo copias ilícitas de sistemas operativos, programas, bases de datos y, con posterioridad podría pensarse en ensanchar poco a poco el núcleo a los ilícitos, económicos: patrimoniales, falsedades, espionaje, piratería, etc., y contra la intimidad con Liso esencial o exclusivo del medio tecnológico). Y, por otro, contemplar en los tipos tradicionales la incidencia de los medios informáticos como instrumentos que facilitan, aseguran o agravan la comisión.

¿Cuándo nos encontramos con la utilización del medio informático para la comisión de un delito ya tipificado? y, cuándo la conducta misma puede emerger con entidad propia para perfilar un tipo delictivo distinto de los hasta ahora contemplados en el Código, constituyendo el llamado «delito informático»? Perfilar los límites entre uno y otro supuesto y construir dogmática y legislativamente este nuevo tipo delictivo, con carácter propio distinto del simple uso de la informática como un medio más entre otros para delinquir, es hoy día una tarea a realizar, con las dificultades que lleva consigo la concurrencia de fuertes intereses contrapuestos.

Como idea básica de distinción y, ir la vez, nucleica para la configuración de este nuevo tipo penal, podría utilizarse la siguiente: Todos los delitos, a excepción de algunos especialmente violentos o de sangre, pueden tener la cooperación eficaz de medios informáticos para la elaboración del plan de ordenación, en el momento de la ejecución o, para obstaculizar su descubrimiento y persecución, pero sólo cuando se utilicen como medio principal, de manera esencial y necesaria los medios informáticos para fines

delictivos, cabría hablar de delito informático. En el mismo sentido antes expuesto, que la preparación de la acción delictiva fuese a cargo de medios informáticos y causal y efectiva en la acción posterior; en el medio informático fuese operativamente esencial o necesario; y finalmente, tras la perpetración, que este tipo de medios se utilizasen eficazmente para obstaculizar la acción de la justicia, borrando cualquier rastro de la conducta ilícita.

Una vez conceptualizado el delito informático, cabrían en él todas las formas de participación y comisión posible, de acuerdo con la dogmática pena tradicional: Coautoría, cooperación necesaria, complicidad, encubrimiento, tentativa, acción por omisión, etc.

Finalmente, si numerosas son las dificultades de conceptualización y regulación de estas nuevas conductas delictivas de nueva aparición e inminente desarrollo, no pocos son a su vez los problemas posteriores de investigación y prueba de las mismas. La perseguibilidad de estas conductas a través de una regulación adecuada, debe ir acompañada de la formación especializada de quienes deben llevar a cabo las tareas de descubrimiento del delito en cualquiera de sus fases: Policía Judicial, Fiscales y jueces.

REFLEXIONES FINALES

1.^a La protección constitucional es escasa y sin desarrollo.

2.^a El Ordenamiento Penal es disperso y no ofrece hoy día respuesta adecuada la utilización perversa o abusiva de la tecnología dirigida a la vulneración de la esfera de intimidad.

3.^a Los Ordenamientos de otros países de mayor desarrollo tecnológico, que han iniciado tímidamente su andadura legislativa en la cobertura de la intimidad del ciudadano, han optado inicialmente por otorgar protección penal frente a las conductas que supongan una vulneración más grave (Derechos Fundamentales o datos personales *Habeas data*), y protección Administrativa o Civil, exclusiva o complementaria, de la anterior según la gravedad de la conducta.

4.^a La protección penal de la intimidad requiere, por ser desarrollo directo de los preceptos Constitucionales, la regulación a través de Ley Orgánica (tratamiento unitario y sistemático), o modificación del Código Penal por inclusión de nuevos preceptos, que supongan bien la creación de un nuevo tipo penal unitario y diferenciado, bien por adición a las figuras ya existentes, según formas de ataque (técnica de mejor aceptación social pero de menor protección y más insegura, además de dispersa).

5.^a La protección administrativa respecto a los datos del ciudadano de que necesariamente debe disponer el Estado, requiere (con graduaciones de protección según se trate de datos públicos -abiertos al conocimiento general- o de datos precisos para los fines del Estado) la inclusión de los preceptos adecuados que limiten el acceso, revelación, alteración, manipulación y difusión teleológicamente incorrecta de los datos incorporados en los soportes informáticos oficiales, tanto respecto a terceros como especialmente respecto a funcionarios con deber de secreto y relación especial de sujeción. Debería completarse con el otorgamiento de facultades a las Autoridades Administrativas para evitar la continuidad de la situación.

6.^a La protección civil requiere asimismo regulación adecuada (general o específica) que limite el uso indebido o abusivo de datos ajenos a los que un particular haya tenido acceso casual, profesionalmente o por apoderamiento, sin consentimiento del titular y en beneficio o interés propio.

7.^a De optar por la elaboración e inclusión en el Código Penal de un nuevo delito, el llamado delito informático, debería partir de la entidad y operatividad esencial del medio informático en la comisión del delito.

8.^a De optar por la consideración especial del medio tecnológico como instrumento idóneo que facilita, favorece, potencia, interviene en el desarrollo, o colabora en la ocultación de un delito ya tipificado, podría resolverse legislativamente con la introducción de una agravante específica de peligrosidad por uso de estos medios. Esta técnica además de sencilla y proporcionada, permite una adecuación a la realidad en

tanto se alcanzan mayores niveles de protección y no altera el Cuerpo Legal del Código (permanencia en aras de la seguridad jurídica).

Respecto del delito informático, para proteger la tecnología (ataques contra el *hardware* y *software*) bastaría la regulación civil específica, medidas de protección registrales y los ilícitos patrimoniales existentes, interpretados en el sentido amplio, para permitir la inclusión.

10.^a Es necesario y urgente el completo desarrollo legislativo en los ámbitos civil y administrativo, especialmente en las áreas donde mayor incidencia y perjuicios están produciendo el uso indebido o abusivo de estos medios: Derechos de autor, marcas y patentes, tráfico bancario, empresarial y bursátil, registros específicos, tributación en sus distintas parcelas, etc.

Como reflexión final de todo lo hasta ahora expuesto, únicamente añadir que, a falta de regulación, o si ésta es insuficiente, como sucede en la actualidad, la protección recae en los Estamentos que más afectados se encuentran por conexión con los medios informáticos o vulneración a su través de los bienes protegibles. Esta Sociedad, altamente industrializada y mecanizada, precisa de una dotación de mayores niveles de sensibilidad y respeto ajeno, de los que deben ser motores que lo propulsen juristas, Tribunales y Especialistas en la utilización adecuada de la tecnología, en estrecha colaboración, a fin de conseguir el correcto nivel de protección personal (intimidad de cada ciudadano), sin impedir el progreso tanto técnico como económico del medio.

La adecuada canalización de estos instrumentos, tan poderosos en beneficio y al servicio de la Humanidad, es una tarea de todos los que se sientan implicados y con entusiasmo, dispuestos a plasmar diariamente esfuerzo personal en estructuras necesitadas de evolución, sin esperar no sólo falta de reconocimiento sino incluso entorpecimiento por la resistencia pasiva e inacomodación que la propia estructura impone. No obstante, es el camino a seguir, la evolución usando la informática, telemática y medios electrónicos es una realidad incuestionable e irreversible, que únicamente exige en su tránsito la acomodación del esquema de valores sociales y el coste económico y personal que le es propio a las generaciones que lo atraviesan.