

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES”

José María Molina
Doctor en Derecho
Director de CRIPTOSISTEMAS

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Seguridad de la Información y Derecho. III.- Ámbitos de confidencialidad. IV.- Protección real y efectiva de los ámbitos de confidencialidad: La seguridad de la información. V.- Conflicto de derechos y conciliación de intereses. VI.- Consideraciones finales.

I.- Introducción.

La información y el conocimiento, amplificadas por la utilización de las nuevas tecnologías, se ha convertido en un tema central en la vida de relación. La nueva sociedad surgida de esta forma de estar en contacto ha llegando a alcanzar el apelativo de **Sociedad de la Información**.

Pero para hablar de sociedad no solo podemos disponer de individuos o grupos que se relacionan, han de hacerlo de una manera ordenada y esa ordenación es tarea del Derecho.

Bien es cierto que los niveles de superdesarrollo tecnológico permiten casi cualquier modalidad de entrar en contacto, pero lo que no permite es hacerlo de una forma ordenada, en definitiva civilizada.

Si a todo ello le unimos que el punto más vulnerable de las “**relaciones tecnológicas**” es la seguridad, nos situamos aún más lejos de poder hablar con propiedad de Sociedad de la Información.

Esta necesidad de seguridad se ha de incorporar al proceso de racionalidad que ha de inspirar todo el desarrollo y asentamiento de las relaciones tecnológicas y, por tanto, requiere que analicemos sus diversos aspectos de una perspectiva jurídica.

II.- Seguridad de la Información y Derecho.

El valor de la información y, consiguientemente, su poder, requiere que, en ocasiones, utilicemos instrumentos para asegurarla.

En este sentido, la seguridad de la información –y la criptología como elementos esencial de la misma- actúan como coadyuvantes y, en cierto modo, vienen a ser depositarios de dicho poder, y como tales, participan de las características intrínsecas del mismo.

Mientras el poder pertenece a la esfera de lo fáctico, el derecho pertenece a la

esfera del deber ser. Las relaciones entre Seguridad de la Información y el Derecho, nos llevan, en última instancia, a las relaciones del Derecho y el Poder.

El Derecho regula las relaciones interhumanas y limita, tanto el poder del individuo como el de la sociedad, y tiene la doble función de regular la vida de relación y garantizarla.

En una moderna sociedad democrática, la autoridad del Estado no exige la exclusividad, pero sí requiere la hegemonía para poder garantizar la paz interior y exterior y, garantizar los derechos y libertades individuales, en definitiva, tiene el deber de defender la sociedad y su democrático funcionamiento.

En este proceso, el individuo cede parcelas de su poder a la comunidad y lo recupera en garantías de derechos y libertades individuales.

Y, tanto el Derecho como el Poder son principios reguladores de la acción social, son interdependientes y complementarios. La armónica combinación de ambos elementos de ordenación constituye, en esencia, lo que se ha dado en llamar el “arte de la política”.

La paz, la estabilidad, o simplemente los intereses del Estado, o de una organización –incluso del individuo- pueden verse amenazados por egoísmos individuales, egoísmos de grupos, o por egoísmos de otros estados u organizaciones competidoras, en muchos grados y con distintas intensidades. Y estas amenazas se producen, actualmente, en una proporción elevada en el entorno de la información, por lo que, para neutralizarlas, se demanda, cada vez más, su protección, cuyo instrumento fundamental es la criptología.

Por todo ello, nos parece evidente el nexo de unión entre Seguridad de la Información, Poder y Derecho. Desde esta concepción, y teniendo en cuenta esta relación, es como se puede abordar una reflexión sobre la Criptología desde una perspectiva jurídica.

La Seguridad de la Información es un instrumento para lograr el ejercicio efectivo de determinados derechos; derechos que no son otra cosa que manifestaciones de poder en sus distintos grados.

A la vez, la Criptología, cuya misión es ser eficaz, también proyecta su eficacia al hacer efectiva la sustracción de informaciones al conocimiento público, con todo lo que ello implica para las libertades de expresión e información.

Todo ello, nos dibuja un entorno de gran complejidad que aconseja su tratamiento desde los más diversos ángulos.

III.- Ámbitos de confidencialidad.

Los elementos esenciales de la Seguridad de la Información, desde una

perspectiva técnica, son: la integridad, la disponibilidad, la confidencialidad y el control de accesos.

Desde una perspectiva social, política y jurídica, tal vez el elemento más representativo sea la “confidencialidad”, en virtud de la cual, un sistema de información sólo permite el conocimiento de la misma a quienes estén autorizados, lo que constituye una forma de preservar la naturaleza del “secreto”, considerado en abstracto, como un “**conocimiento de objetiva relevancia que voluntariamente se oculta a una o más personas**”.

No toda la información manejada por una organización incide del mismo modo en su funcionamiento. Existen informaciones que por su importancia vital constituyen un activo estratégico, y cuya pérdida puede llegar a ser gravemente perjudicial, e incluso letal, mientras que otra, aún manteniendo el valor intrínseco atribuible a toda información en un sentido genérico, incorporan un valor de menor entidad, cuya pérdida produce efectos o perjuicios de consecuencias menos significativas.

En medio de ambas clases de informaciones existe toda una gama de grupos y grados de interés intermedio. Por ello, la información, como activo de cualquier organización, ha de ser clasificada según el grado de sensibilidad e importancia para la misma y, en base a ello, poder definir la que debe ser protegida y con qué niveles de seguridad.

En el flujo de información de cualquier organización, junto a la que ha de ser preservada, existe otra que requiere ser difundida y, por consiguiente, no necesita protección. Por tanto, en primer lugar es necesario distinguir la información que ha de ser protegida, del resto. Y dentro de la que ha de ser protegida, aquella que es vital y altamente sensible por su grado de confidencialidad, susceptibilidad de revelación, riesgo de modificación, o destrucción.

La delimitación de estos ámbitos de confidencialidad y su protección, no es un tema pacífico, llegando a constituir uno de los temas políticos esenciales en el mundo democrático contemporáneo, y dando lugar al conocido debate de SECRETO VERSUS TRANSPARENCIA.

Ámbitos públicos de confidencialidad.

Transparencia: La justificación del principio de publicidad en los asuntos públicos se basa en el fundamental derecho ciudadano a participar en los asuntos públicos con la máxima información posible. *La información de la que se disfruta, modulará las opiniones y decisiones de los ciudadanos en un sentido u otro.*

La transparencia en los asuntos públicos es consustancial con los regímenes democráticos. En el plano socio-político existe una profunda vinculación entre el principio de publicidad de las decisiones gubernamentales y los propios fundamentos de la democracia que, como forma de gobierno, excluye, por principio, la opacidad de las decisiones.

La transparencia de lo público se completa y potencia con las libertades de expresión e información recogidas en numerosos tratados internacionales, y en todas las constituciones iberoamericanas, legitima el funcionamiento del sistema democrático y la eficacia de sus instituciones.

La transparencia es un valor fundamental que sólo excepcionalmente y con muy fundadas razones, cabe marginar.

Es generalmente admitido que junto a las proclamas de una transparencia ilimitada para los asuntos de gobierno, existan restricciones justificadas, dirigidas a la preservación de los intereses generales.

En todo caso, la consideración y el análisis pormenorizado de estos principios, y sus límites, ha de hacerse con grandes cautelas. Porque una **formulación incondicionada del principio de publicidad, con eliminación total del secreto**, podría poner en peligro importantes fundamentos del propio régimen democrático, los derechos fundamentales e, incluso, la existencia del propio Estado que los sustenta.

Se trata de una tensión para cuya óptima solución no son válidos los postulados románticos en defensa de una transparencia incondicionada e ingenua ni, tampoco el atrincheramiento en el ocultismo y la opacidad. El resultado ideal debería ser el punto crítico y objetivo de equilibrio entre la publicidad o transparencia como norma general y el imprescindible secreto en determinados casos y asuntos concretos.

Los principios y valores que recogen nuestros textos constitucionales son incompatibles con interpretaciones restrictivas de la transparencia y publicidad de las acciones gubernamentales.

Secreto oficial: Aunque la aceptación del secreto viene a suponer, en cierto modo, una renuncia a las exigencias de la democracia, la transparencia no implica la inexistencia de reductos de confidencialidad que, con la debida justificación y garantía, constituyen una excepción al régimen general de la información pública y que adoptan la forma de “secreto oficial”. De forma que, junto al principio general de transparencia en las diferentes esferas de poder, existen restricciones, limitaciones o excepciones fundadas en intereses generales de la colectividad, y que vienen consagrados en la doctrina internacional.

Junto al principio de difusión general de la información administrativa, los legisladores proclaman la existencia de limitaciones al mismo, cuando se pueda perjudicar la causa pública, la seguridad del Estado, o los intereses de la colectividad nacional.

Desde el principio, el secreto oficial queda vinculado al interés esencial del Estado y su seguridad, aunque, al mismo tiempo pueden existir otros secretos oficiales que no afecten al mismo.

En lo referido a la información y las comunicaciones la transparencia de lo público tiene su articulación tanto en textos internacionales (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Convenio para la protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, Convenio para la protección de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales del Parlamento Europeo) como en los textos constitucionales de todos los países iberoamericanos, bajo cuya cobertura quedan amparadas las libertades de expresión e información.

Los secretos oficiales se hallan al servicio de otro derecho, el derecho a la paz.

En la medida que la paz de una comunidad depende de cuestiones tales como la seguridad, los secretos oficiales pueden ser un instrumento para garantizar ambas.

El derecho a la información y a la comunicación es, también, el derecho a la comunidad y a la paz, por lo que, los secretos oficiales –y las medidas para su protección efectiva-, como instrumentos para conseguirlo, forman parte de estos derechos.

Ámbitos públicos específicos de confidencialidad.

Dentro de la acepción genérica de secreto oficial, existen ámbitos concretos entre los cuales los más característicos son el ámbito de confidencialidad diplomático, el ámbito de confidencialidad militar, o el ámbito de confidencialidad de la Administración General del Estado.

Ámbitos privados de confidencialidad.

Los derechos de la personalidad se manifiestan dentro de la legislación internacional como uno de los núcleos del reconocimiento y garantía de derechos, una especie de mínimo exento de limitaciones.

Pero estos derechos están sometidos a dos tipos de límites: uno externo y otro interno. El primero alcanza hasta donde lo hace el derecho ajeno, la moral vigente, el orden público y el bien común. Desde una perspectiva interna, son derechos inalienables, imprescriptibles, inembargables, irrenunciables e intransmisibles.

Los ámbitos privados de confidencialidad son varios: honor, intimidad, propia imagen, datos personales, etc.

El secreto de “lo privado”.

De igual modo que la transparencia de lo público es consustancial con los regímenes democráticos, en estos, se da un desarrollo creciente de la sensibilidad social sobre el secreto de lo privado y, muy especialmente de las consecuencias que para ello tienen las nuevas tecnologías de la información y

las comunicaciones, así como su incidencia en las estructuras y valores generalmente admitidos, esencialmente, para la privacidad del individuo.

El secreto de las comunicaciones se configura como un derecho que garantiza a los particulares una esfera de libertad que debe ser **respetada por los poderes públicos** y que, puede convertirse en un derecho reaccional o de defensa frente al Estado, para exigir su **no injerencia** en el objeto del derecho, salvo los supuestos de su limitación constitucionalmente previstos y, aun en este supuesto, para exigir que tales injerencias o limitaciones se produzcan con respeto a las garantías debidas.

Está amparado en las normas internacionales anteriormente indicadas y, constitucionalmente recogido en todos los textos constitucionales iberoamericanos. En el caso de España es el artículo 18.3 de la Constitución Española que dispone: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. De manera análoga está recogido en el resto de los países iberoamericanos.

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

El secreto de las comunicaciones se configura como un derecho que garantiza a los particulares una esfera de libertad que ha de ser respetada. Los titulares de este derecho son, tanto las personas físicas como las personas jurídicas y es referido a las comunicaciones privadas, ya que las comunicaciones públicas están tuteladas por la libertad de expresión e información.

El secreto de las comunicaciones posee un **contenido formal**. El secreto no depende del contenido de las comunicaciones, ni de que lo comunicado esté o no dentro del ámbito de la intimidad.

El concepto de “secreto” en el caso de las comunicaciones, tiene un contenido formal en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido, y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de la persona, lo íntimo y reservado.

El secreto de las comunicaciones tiene un carácter omnicomprendido y es aplicable a cualquier medio o servicio que sirva para la transmisión de las mismas.

Pero este derecho, tiene un carácter relativo ya que viene limitado por una resolución judicial que autorice su injerencia.

Cualquier limitación de este derecho sólo es válida en cuanto hecha por ley y, en este sentido se pronuncian numerosos textos internacionales.

Por todo ello, resulta esencial, que al abordar los elementos que integran una estrategia general de información, junto a la adquisición, procesamiento, protección y distribución, incluyamos la “clasificación” como paso previo a la

protección.

IV.- Protección real y efectiva de los ámbitos de confidencialidad: La seguridad de la información.

Las características de la información, el conocimiento y de las nuevas tecnologías, hace que su vulneración produzca daños irreversibles, sin que la sanción jurídica sea suficiente, por lo que una protección real y efectiva requiere de mecanismos que lo eviten.

La plenitud del ordenamiento jurídico exige que, además de la protección “a posteriori”, que sancione conductas contrarias al mismo, se disponga de mecanismos que garanticen de forma eficaz, “a priori”, en determinadas circunstancias, las consecuencias irreparables de eventuales violaciones, lo que se lleva a cabo a través de lo que se conocen como **medidas de prevención** entre las que está la Seguridad de la Información, que requiere, entre otras, la utilización de técnicas criptológicas.

La Seguridad de la Información como medida de prevención requiere, además de una eficacia operativa, una fundamentación y un soporte jurídico legitimador de su aplicación que, lejos de desequilibrar la balanza en la tensión libertad-seguridad, -en este caso concreto, libertad de información-secreto de las comunicaciones-, con detrimento para la libertad, sea, por el contrario, un presupuesto básico de la misma, para lo que la naturaleza y condiciones de los ámbitos a los que se aplique y las garantías en su uso y control, son condiciones indispensables para su legitimidad.

Una sentencia del Tribunal Supremo español, de 10 de diciembre de 1.980 decía que “la protección de los derechos no se contrae a la reparación de los perjuicios originados, sino que han de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones”.

La Seguridad de la Información como instrumento efectivo, coadyuva con el derecho y el poder como instrumentos de ordenación social y, juridificada se sitúa en el pórtico de su reconocimiento como un deber.

De esta consideración participan los medios técnicos que la integran –entre los que destaca la criptología- como componente estelar de la seguridad de la información y las comunicaciones, y se podría afirmar que el cifrado de información, además de ser un medio de protección efectiva de derechos, en determinados casos, puede ser un deber jurídicamente exigible.

En el ámbito jurídico podríamos afirmar que estamos ante un “derecho-deber”.

V.- Conflicto de derechos y conciliación de intereses.

Como hemos visto, la Seguridad de la Información no concierne sólo a las autoridades diplomáticas, militares o policiales de los diferentes estados. No podemos olvidar el permanente conflicto de intereses que surge entre el

individuo y el Estado con la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

De una parte existe un indiscutible derecho del ciudadano o de una corporación para proteger su esfera privada o sus intereses, utilizando los distintos sistemas que le brinda la seguridad de la información y, de otra parte, existe el deber constitucional del Estado a proteger su seguridad interior y exterior, que puede llegar a requerir la penetración de las comunicaciones, todo ello, precisamente para garantizar a sus ciudadanos un ámbito donde puedan ejercer libremente sus derechos.

En un principio, y a modo de resumen de lo anteriormente indicado, refiriéndonos a la relación entre ámbitos públicos y privados de confidencialidad, podríamos decir que el PRINCIPIO GENERAL que rige la información pública es el de transparencia y la excepción el secreto, mientras que, el principio general que rige la información privada es el de secreto y la excepción la transparencia.

El secreto y consiguiente protección de la información pública es muy restringido y excepcional, destinado sólo a preservar materias que afecten a los altos intereses del Estado y de la Sociedad, en una protección selectiva, muy intensa pero poco extensa. A diferencia del secreto y consiguiente protección de las comunicaciones privadas, que es genérica, dirigida a un espectro muy amplio de comunicaciones, muy extensa, pero que requiere una menor intensidad y niveles de protección.

La Seguridad de la Información y las Comunicaciones se sitúan en el contexto de las nuevas tecnologías de la información, en el entorno social, jurídico y político de una sociedad democrática donde encuentra su legitimación, pero también sus límites.

Al no ser un valor absoluto, la Seguridad de la Información encuentra su justificación en función de los intereses que protege. La intimidad, los secretos comerciales, el secreto de las comunicaciones, la persecución del delito, la seguridad del Estado, la protección de datos personales..., etc tienen elementos comunes, a la vez, pueden responder a principios diferentes, operar bajo coordenadas distintas y, en determinados casos, incluso, pueden llegar a ser contrapuestos.

Por ello, es necesario armonizar las necesidades de seguridad de las comunicaciones de los distintos ámbitos entre sí, con los demás intereses que entrar en juego en la Sociedad y el Estado en su conjunto, y dar una respuesta general a las necesidades de seguridad de las comunicaciones, al nivel criptológico adecuado, como garantía de eficacia en la protección de derechos y libertades.

VI.- Consideraciones finales.

Para Alvin Toffler, el creciente carácter mundial de la tecnología, hace que la

política de un país respecto a la información sea motivo de preocupación para otros. La información se está haciendo mundial y cada vez es más difícil retenerla dentro de las fronteras nacionales.

La implantación y desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones mueve a plantear dudas sobre la soberanía de los Estados. La incidencia en los diferentes centros de actividad, con efectos para las sociedades y los individuos, da lugar a actuaciones que se salen del orden jurídico y social establecido y tal vez cuestionen la eficacia del Estado en su concepción clásica.

En este contexto, el Estado, como orden social y forma de convivencia solidaria no es único, ya que es factible que se abra el camino a nuevas normas de convivencia donde pueda existir esa solidaridad, situación en la que el derecho tendría un ámbito distinto. Podría eventualmente tratarse de una delimitación flexible, cambiante por diferentes intereses y movida en una regulación teórica de necesidades que pudieran no coincidir, en diferentes aspectos, con las estrictamente sociales.

Se podría llegar a plantear una reducción en las normas tradicionales, dejándolas centradas en las mínimas necesarias; al tiempo que se desarrollarían códigos universales de conducta, bajo principios éticos en las diferentes áreas de actuación, basadas, tal vez, en lo que hoy denominamos principios generales del derecho; de forma que esas normas universales de convivencia, coexistan a su vez con otras normas de gobierno, tan extensas y precisas como fuese necesario, separando claramente el derecho que puede ser regulador de una situación social en un territorio determinado y bajo una soberanía estatal del derecho que puede ser estructurado en una relación regional internacional, con aquellas normas mínimas que permitan la flexibilidad de adaptación a las circunstancias que lo condicionan, lo que se traduciría en una convivencia de ordenamientos supranacional, estatal, regional y local, donde la ética jugaría un papel destacado en la fijación de unos principios básicos.

La globalización como expresión de la internacionalización de las redes y los sistemas es un hecho, pero también es una ideología que esconde la complejidad del nuevo orden mundial.

La sociedad de la información es un concepto global, que exige medios de regulación también globales y, en este sentido, la seguridad efectiva de las comunicaciones y el derecho, como instrumentos de ordenación social, adquieren especiales dimensiones. La cuestión es cómo “reequilibrar nuestro superdesarrollo tecnológico y nuestro subdesarrollo social”.

Todo ello tal vez demande una política internacional de seguridad en información y comunicaciones, elaborada en base a principios comúnmente admitidos, acordada en el seno de una organización especializada dentro del marco de Naciones Unidas.

Bibliografía consultada

- Segrelles Arenaza “Protección penal del secreto de Estado”, Instituto de Criminología de Madrid, EDERSA, Madrid, 1.994.
- Ribagorda Garnacho, A, “Glosario de Términos de Seguridad de las T.I.”, ediciones CODA, Madrid, 1.997.
- Sainz Moreno, F, “Secreto e información en el Derecho Público”, Estudios sobre la Constitución, tomo III.
- Cousido González, P., “Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento”!, Edit. BOSCH, Barcelona, 1.995.
- Soriano, R “Las libertades públicas”, Edit. Tecnos, 1.990.
- Desantes Guanter, J.M. “Los límites de la información, Edit. Asociación de la Prensa de Madrid, 1.991.
- José M. Molina “Seguridad, información y poder”, Edit. Incipit, Madrid 1.992.
- Miguel Revenga Sánchez “El imperio de la política”, Editorial Ariel, Barcelona 1.995.