

# La Regulación Jurídica del fenómeno Informático

VALENTÍN CARRASCOSA LÓPEZ

*Director U.N.E.D. Mérida*

"No hay razón para negar la realidad del progreso, pero es preciso corregir la noción que cree seguro ese progreso. Más congruente es pensar que no hay ningún progreso seguro, ninguna evolución, sin la amenaza de involución y retroceso....".

ORTEGA Y GASSET

## I. Introducción.

Desde hace tiempo, principio de la década de los ochenta, la UNED-EXTREMEÑA, se ha configurado como uno de los foros de reflexión a través del cual se estudian y consideran, con manifiesta humildad, inseguro y titubeante, las necesidades de la interrelación informática y derecho y ayudar con ello en el modelo de sociedad del siglo XXI en el que aparece un mundo que se globaliza, pues si hace algunos años parecía que la "aldea global" era el gran reto del futuro, hoy Internet ha convertido en realidad presente el "hogar global", en la medida en que cada domicilio de los usuarios de la red constituye la terminal de un sistema integrado universal.

Esta globalización depende cada vez menos de las geografías, pues, próximo a concluir el siglo XX, la informática y las telecomunicaciones se

presentan, asociadas con el concepto de las autopistas de la información, como determinantes en la construcción de una nueva sociedad, modificando hábitos y costumbres, y cambiando los tradicionales comportamientos y formas de trabajar, de disfrutar del ocio e incluso, de acceder a la formación y la cultura.

Desde los primeros tiempos de la informática, en los años cuarenta, hasta la sofisticación de las redes telemáticas existentes hoy día, se ha recorrido un largo camino en lo que a evolución técnica se refiere, ya que la sociedad moderna no sería posible, en muchos aspectos, sin la presencia del ordenador, que ha llevado a que de los muchos adjetivos con que se ha intentando asignar al momento en que vivimos: la era atómica, la era espacial..... ha llevado a considerar que nos encontramos en la era de la informática.

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

El ordenador está por todas partes y son pocas las áreas de los negocios, la industria, la ciencia y la educación que no utilizan ampliamente la informática; con ella nos hacen el recibo del agua, el de la luz, controlan nuestras cuentas bancarias y nuestras reservas de dinero pueden ser una serie de números almacenados en los discos magnéticos del ordenador de nuestro banco; el ordenador puede ser un repetidor de lecciones, puede limitarse a comprobar los conocimientos y puede por sí sólo dar verdaderas clases.

En los últimos años, el desarrollo de la tecnología de la información, en especial la amplia difusión de INTERNET, ha tenido una influencia social de tal grado que las prácticas tradicionales de las más diversas disciplinas del conocimiento se han modificado sustancialmente. Tal es el caso de la medicina (asistencia de manera remota al diagnóstico, operación o consulta de un paciente), la ingeniería e incluso el derecho.

Nadie duda, en la década de los noventa, de esos espectaculares avances de las Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y que Internet, esa red de redes que conecta más de dos millones de ordenadores, esta siendo el fenómeno estelar, con más de treinta millones de usuarios, de aquí que

cada día sean más los que consideran que deberían ir acompañadas, igualmente, de una nueva regulación jurídica para evitar que la ofensiva tecnológica no aplaste al hombre aun cuando, por razones de progreso, se vea obligado a cambiar de hábitos y de sus concepciones tradicionales.

Junto a las incuestionables ventajas derivadas de las inmensas posibilidades de conocimiento, actuación y comunicación que permite la navegación por el ciberespacio, que no es otra cosa que un microcosmo digital en el que no existen fronteras, distancias ni autoridad centralizada, Internet ha hecho surgir en los últimos tiempos graves motivos de inquietud (tráfico de imágenes de prostitución infantil, propaganda de bandas terroristas....) que han llevado a millones de ciudadanos a poner de manifiesto los peligros que entrañan determinadas manipulaciones de las nuevas tecnologías.

## **II. Posición de los Juristas.**

Frente a este riesgo de la informática o más concretamente de las Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación, los profesionales de ésta, el público en general y especialmente los juristas pueden asumir, al menos, dos actitudes:

1.- Aceptar y someterse al Derecho tal como esta regulado, sin tener en cuenta la discrepancia entre la evolución tecnológica y la reglamentación jurídica.

2.- Desarrollar una nueva legislación adecuada a los cambios que sufre la sociedad, formulando propuestas a fin de que el Derecho asuma nuevas formas que no sólo obstaculicen el uso de las nuevas tecnologías, sino que lo regulen adecuadamente, revisando y adecuando las viejas leyes a las necesidades y situaciones jurídicas que van apareciendo con las nuevas tecnologías.

La solución no puede ser otra que esta última, que a su vez plantea con frecuencia graves problemas político-jurídicos, ya que todo progreso técnico no representa una mejora en la calidad de vida ni un mayor respeto de los derechos individuales, como ya puso de manifiesto ORTEGA Y GASSET, cuando en "La rebelión de las masas", a propósito de comparar primitivismo y técnica, afirma:

"No hay razón para negar la realidad del progreso, pero es preciso corregir la

noción que cree seguro ese progreso. Más congruente es pensar que no hay ningún progreso seguro, ninguna evolución, sin la amenaza de involución y retroceso....."

### **III. Nueva disciplina: El Derecho Informático.**

El intercambio intenso de mercancías más allá de aranceles y costumbres, la simbiosis de las culturas o mejor dicho, su adaptación y asimilación en nuevos contextos, la velocidad con que se transmiten informaciones de toda índole, forman parte de esa idea general a la que conocemos como globalización y que pone de manifiesto que la solución, jurídica, de estos problemas sea todavía confusa y enrarecida, ya que la rapidez con que suceden los cambios obliga a las personas y a las organizaciones a realizar modificaciones constantes a fin de no perder el contacto ni quedar al margen de este flujo de innovaciones tecnológicas, de aquí que las distintas ramas del derecho se vean afectadas, si bien cada día esta tomando más cuerpo un Derecho de la Informática o Derecho Informático o Derecho de las Nuevas tecnologías, según los autores, ya que razones cualitativas derivadas del papel exponencialmente creciente que juega el ordenador en la sociedad postindustrial hacen emerger esta nueva rama del Derecho, todavía en el umbral de su desarrollo histórico y cuyo contenido no ha sido más que parcialmente definido.

De lo apuntado, podemos deducir, que el ordenador plantea nuevos problemas de tipo jurídico con los que se han de enfrentar los hombres dedicados a la creación, interpretación y aplicación de las leyes: se trata, como hemos dicho, del Derecho Informático, que va adquiriendo carta de naturaleza, aún cuando no está todavía universalmente consagrado como nueva rama del Derecho, aunque sí existen numerosas disposiciones legales, una variedad de jurisprudencia y bastantes textos doctrinales al estudio de la materia.

En España la materia no es aún, salvo en contadas excepciones, cada día más numerosas, objeto de asignatura de estudio a nivel universitario, pero sí, es frecuente, en cursos, seminarios y encuentros para intentar clarificar su contenido y también si debe o no constituir una asignatura autónoma, como el Derecho Procesal o el Derecho Mercantil, etc., o por el contrario analizarse y estudiarse en cada una de las disciplinas de la Facultad de Derecho, lo que haría más difícil su sistematización y encontrar especialistas en la materia, a excepción del Derecho Penal donde cada día va tomando cuerpo un Derecho Penal de la informática, pero también es necesario analizar las peculiaridades de los contratos

informáticos, acceso a la información contenida en los bancos de datos, flujo de datos transfronterizos, protección jurídica del software, etc., que hacen prever, como apunta Mario G. Losano, que en el futuro será necesario tratar sistemáticamente el Derecho privado de la informática, el Derecho público de la informática, el Derecho penal de la informática, etc. etc., lo que puede llevar a que la informática sea objeto de estudio simultáneo en las distintas ramas especiales del Derecho a la vez que sería conveniente que se incluyese en los planes académicos alguna asignatura que permitiese un planteamiento interdisciplinario del Derecho de la Informática, tanto en las Facultades de Derecho e Informática como en las Escuelas Universitarias de Informática.

El Derecho Informático, antes o después será una realidad, máxime cuando estamos en el convencimiento de que nos encontramos en un gran cambio en la civilización y por tanto también en el Derecho, y en España, incluso, por mandato imperativo del art. 18.4 de la Constitución, según el cual, la Ley regulará el uso de la Informática.

Con la llegada de la informática se han abierto grandes capítulos en la historia del Derecho y, en España, como hemos dicho, tenemos dos tipos de estudios en los que el Derecho Informático podría incidir directamente. Las Facultades de Derecho e Informática y las Escuelas Universitarias de Informática, que, si quieren preparar a sus titulados para la siguiente generación de desarrollo tecnológico, no les quedará otro remedio que introducir en sus planes de estudios la asignatura de Derecho Informático y estudiar en ella, entre otros, los temas que tienen que ver con la propiedad intelectual de los programas de ordenador, la protección de datos personales, la protección jurídica de las bases de datos, la contratación por medios electrónicos, la transferencia electrónica de datos y fondos, contratos informáticos, el documento electrónico, la prueba, el delito informático, etc.

#### **IV. Nueva Legislación.**

Lo apuntado nos ha puesto de manifiesto la necesidad de una nueva legislación adecuada a los cambios que sufre la sociedad y por tanto de una regulación jurídica del fenómeno informático, que, cada vez más, esta siendo estudiado en tesis doctorales.

La regulación jurídica del fenómeno informático no admite demora ya que la incorporación de las denominadas nuevas tecnologías de la

información en nuestra sociedad es una realidad sin retroceso posible. El avance de su implantación en todas nuestras actividades sigue sin parar hacia un futuro prometedor para unos e inc  
necesario acompañar los adelantos con una nueva regulación jurídica, que, junto a los sistemas de seguridad (programas de encriptación, los filtros, los cortafuegos, los certificados digitales, los ciberpolicías, .....), representen un principio de esperanza frente a los riesgos y peligros que, sin lugar a duda, comportan las actividades abusivas o ilícitas realizadas a través del ordenador.

Una vez más los hechos - en este caso las nuevas tecnologías - caminan delante del Derecho, entendiéndolo éste como Derecho positivo, que como regulador de la conducta social del individuo no podía ser, por tanto, ajeno a la importancia decisiva adquirida, en los últimos tiempos, por la informática en la vida cotidiana de los países desarrollados.

De esta forma, el Derecho - como ciencia viva-, se ve influenciado de una manera determinante por la Informática. Así, esta última ha ido calando en el mundo jurídico, no sólo en sus aspectos prácticos, en cuanto facilita la publicación de las leyes, el almacenamiento de datos, la celeridad en los Juzgados...; sino que como faceta de la vida, se presenta como una realidad a tratar por el Derecho. La Informática crea unas relaciones jurídicas que deben ser tuteladas, dada la trascendencia que pueden conllevar. Como podemos observar, la estela de la Informática influye en el Derecho, como en prácticamente todos los aspectos de la vida social.

Pero si el mundo de la Informática, como ya hemos señalado, impregna todas las facetas de la vida humana, no es menos cierto que el desarrollo actual de aquella, su complejidad y la amplia gama de posibilidades que ofrece a través de Internet, crea la necesidad de que sea ahora el Derecho, el que se preocupe de regular las relaciones jurídicas que nacen de la misma.

Si tanto los juristas, como los informáticos, incluso toda persona ajena a éstos ya tan interrelacionados mundos, reconocen sin ningún género de dudas, la posición preeminente que la Informática ha adquirido en la actualidad, no hay, por el contrario, unanimidad en el tratamiento jurídico que a esta materia ha de darse.

Consideramos que cuanto mayor es el avance tecnológico que vamos alcanzando, mayor es la ineficacia o insuficiencia de nuestra normativa

para solventar los problemas jurídicos que van apareciendo. De esta forma la Informática ha creado una parcela con características propias, y con necesidades que nuestras viejas leyes no siempre satisfacen suficientemente.

Muchas veces sucede que cuando tratamos de reconducir estos nuevos hechos a las figuras jurídicas existentes nos encontramos con dificultades. Las viejas instituciones jurídicas que, a través de siglos han ido incorporando nuevas realidades sociales, cuando tienen que hacerlo respecto a estas nuevas tecnologías, en cierto modo, chirrían y las admiten con reserva.

Es fácil comprobar lo mucho que se ha escrito sobre el potencial de las nuevas comunicaciones interactivas en pantalla y de la transición a un mundo multimedia rico en información, existen, igualmente, muchas guías de navegación que explican cómo viajar por Internet, sin embargo, todavía hay mucho que hacer en muchos campos y especialmente en la regulación jurídica del fenómeno informático, clave de la confianza para la existencia y naturaleza de la protección legal sobre la que descansan la nueva contratación a distancia ya que si el proveedor de servicios no puede confiar en que sus derechos serán protegidos, o si el consumidor no puede confiar en las ofertas del proveedor de servicios, entonces la Sociedad de la Información no será más que un sueño al no conseguir un flujo de comercio significativo y dinámico por falta de protección legal.

## **V. ¿Leyes con valor universal o autorregulación?**

Son necesarios debates actuales sobre el marco legal, hasta la fecha, el ambiente regulador está desfasado ya que la regulación jurídica del fenómeno informático no puede circunscribirse a espacios locales o regionales, sino que ante la existencia de redes mundiales - con creciente interactividad - en el sentido de que la autoría se puede producir en un Estado y sus resultados en otro, es imprescindible y urgente que la comunidad internacional se dote de una "Ley Uniforme de la Informática" y de "un Código Deontológico" al respecto, difícil pero necesario si queremos conseguir un mercado funcional global a través de Internet, toda vez que esta dimensión global ha generado hirientes problemas legales, éticos y sociales.

¿Es necesario, por tanto, una normativa universal sobre Internet?

Interrogantes que van desde el respeto internacional al derecho de autor, el comercio electrónico, el derecho a la intimidad y a la información, aconsejan leyes con valor universal, difícil, por ahora, de conseguirse, por lo que parece que como paso previo, nos encontraremos con la "autorregulación de Internet " y en este sentido las grandes multinacionales Microsoft y Netscape se han comprometido, de mútuo acuerdo, a confeccionar un "código de conducta" (un sistema de autorregulación de Internet) que establezca unas mínimas normas deontológicas en Internet, toda vez que la ética de los negocios forma parte esencial de la empresa contemporánea, por que vender con "honestidad" genera credibilidad en el cliente y amplía eficazmente las redes de mercado.

Establecer un adecuado "código de ética ciberespacial" resulta problemático (porque es un tema sin confines el alcance de la Red y no se puede calcular mínimamente su función manipuladora de conductas y su poder de seducción de voluntades) y unilateral (porque nos movemos con datos estadísticos muy reducidos en sus posibles formas de "perversión ética" en el plano individual y social).

Son tres los campos que tendría que "autocontrolar" ese código ético ciberespacial: garantizar el "secreto" de las comunicaciones, asegurar la correcta "identificación" de los interlocutores y conseguir una auténtica "veracidad" de los mensajes.

Serían cuatro los valores éticos que sirvieran de hitos a perseguir: intimidad, exactitud, propiedad intelectual y acceso. Todos estos valores éticos aluden a un principio regulador, operar como un "filtro de calidad" de los mensajes.

La autorregulación nos lleva a "deberes informáticos de autocontrol", pactados por las empresas, los clientes y las instituciones sociales, para evitar atentados contra el honor y la libertad; para no transgredir derechos de autor; no hacer negocios con tráfico de imágenes pornográficas de niños; para impedir que se den perversamente fórmulas de confección de bombas (con fines terroristas).....He ahí algunos fines derivados de los deberes informáticos de autocontrol, respetando el derecho fundamental de dar y recibir información. La libertad de expresión por Internet no puede estar legalmente "censurada", pero se impone (social y éticamente) que esté "autocontrolada" para que se logre una libertad responsable.

No obstante este intento de autoregulación e incluso de leyes con valor universal, en la actualidad, se observa una fuerte tendencia mundial hacia una liberalización y una desregulación del sector de las telecomunicaciones para afrontar los retos del futuro, sin perjuicio de que, por otra parte, cada día son más el número de leyes que van apareciendo en las legislaciones de varios países para tratar la regulación jurídica del fenómeno informático y evitar con ello que el ciberespacio esté siendo colonizado despiadadamente por todos los gigantes de las telecomunicaciones, que a través de Internet está creando nuevas formas de desigualdad entre "inforricos" e "infopobres", al establecer discriminaciones graves en el acceso y utilización de informaciones y de aquí la conveniencia de que el Derecho Informático, como parte del Derecho que aborda todos los problemas jurídicos que se suscitan como consecuencia de la Informática, se estudie con la independencia y profundidad que exigen las actuales circunstancias.

Si Internet permite a millones de ordenadores comunicarse entre sí y anticipa el futuro de las comunicaciones electrónicas en esa "aldea global" o "ciberespacio" que, en sus inicios, uno de sus mayores alicientes residía en su carácter "acrata", al considerar que actuaba en un espacio absolutamente libre, sin ningún tipo de autoridad o poder que lo regulara o acotara.

El tiempo ha puesto de manifiesto que los grandes beneficiarios de la anarquía de Internet no son los cibernaútas particulares, sino las grandes multinaciones e, incluso los aparatos de control social de los gobiernos.

La conciencia colectiva sobre el respeto de las libertades y de los bienes amenazados por una utilización indebida de los ordenadores y del ciberespacio ponen de manifiesto la necesidad de una autoregulación -con códigos de conducta cuya eficacia se base en la convicción de los usuarios y en su responsabilidad solidaria- y leyes universales y nacionales; lo cierto es que nosotros estamos en un concreto País y éste tiene unas normas, y siguiendo al profesor Efrén Borrajo Dacruz, vemos que la informática afecta al Derecho positivo, al menos en los siguientes términos:

a).- En primer lugar, la informática aparece como OBJETO DE REGULACION. Las acciones, procesos y productos informáticos merecen y reciben una atención creciente del legislador. Dan lugar a nuevas y siempre complejas regulaciones.

b).- En segundo lugar, la informática aparece como

INSTRUMENTO AL SERVICIO DEL DERECHO. Es aprovechable en una doble dimensión, a saber: por un lado, en orden a la aplicación del Derecho; por otro lado, en orden a la elaboración y formulación del Derecho. Los bancos de datos jurídicos, los procesos lógicos de análisis del lenguaje y otras muchas técnicas y productos informáticos constituyen medios de trabajo cuya utilización se acrecienta de día en día al servicio del Derecho.

c).- En fin, en tercer lugar, la informática es un factor de transformación social. Afecta, por tanto a la propia realidad socioeconómica que el Derecho regula. Cuestiona las bases mismas de la norma jurídica.

## **VI. El Derecho Informático en el Ordenamiento Jurídico Español.**

Tras este planteamiento general podríamos centralizar lo que entendemos por Derecho Informático y sus principales normas reguladoras del ordenamiento jurídico español.

El Derecho de la Informática, es, para Efrén Borrajo, "como un conjunto de normas que, de acuerdo con ciertos principios, regulan las acciones y procesos de la informática y sus productos". Emilio Suñe Llinas concibe el Derecho de la Informática como "el conjunto de normas reguladoras del objeto informático o de los problemas directamente relacionados con la misma".

Ambas definiciones, al igual que cualquier otra que pudiesemos dar o recoger de otros autores, nos llevarían al mismo marco de considerar el Derecho de la Informática como un conjunto de "normas".....; y a éstas, en especial a las españolas, es a las que me voy a referir e intentar resumir en estas líneas, pues cada una de ellas serán expuestas más extensamente por otros ponentes de estas Jornadas, que esquematizaremos, en los siguientes bloques:

- La protección de los datos de carácter personal.
- La protección jurídica de los programas de ordenador.
- Los delitos informáticos.
- La responsabilidad civil en materia informática.
- Informática y proceso: el documento electrónico.

- Los contratos informáticos.

## **VII. La Protección de los datos de carácter personal.**

Dede el año 1970 en que el Estado de Hesse publica la primera Ley de Protección de Datos hasta nuestros días, son numerosos los textos legales que se han ocupado del tema en todo el mundo, y como no podía ser una excepción, igualmente ha sucedido en España, que incluso la propia Constitución española, al igual que la portuguesa y austríaca hace una referencia a la informática y a la protección de las libertades individuales en su art. 18.4 al emplazar al legislador a limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Este mandato constitucional se desarrolla, al cumplirse el decimocuarto aniversario de aprobarse la Constitución Española de 1978, con la promulgación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD).

La LORTAD, colma, no obstante llegar tarde, una importantísima laguna legal de nuestro ordenamiento jurídico ampliamente sentido por la opinión pública y que esta ley regulariza al permitir, a los afectados, el derecho de información y acceso a los datos y del derecho de rectificación y cancelación, así como de los principios relativos a la calidad de los datos, a la información sobre su recogida, al consentimiento, a la seguridad y a la cesión de los mismos, en una palabra, a establecer un arsenal de garantías y derechos dentro de un marco normativo, como es la LORTAD que pone fin a las respuestas fragmentarias y marginales para la tutela de la libertad informática de las personas que nuestro ordenamiento jurídico contenía.

La aplicación de la Ley Orgánica 5/1992, a los problemas reales y concretos en esta materia ha puesto de manifiesto la insuficiencia de regulación, en algunos casos, o la ausencia de la misma, en otros, que hace necesario, en un plazo más o menos largo, de una modificación de dicha norma.

La aprobación de la Directiva 95/46/CE y la necesidad de efectuar la transposición de la misma a nuestro Derecho nacional, unido a las Resoluciones del Tribunal Constitucional que pongan fin a los recursos de

inconstitucionalidad formulados contra la Ley Orgánica 5/1992, podrá servir de vehículo necesario para resolver las lagunas e insuficiencias legales detectadas en la LORTAD ya que la situación presente exige una actitud decidida por parte del Poder Legislativo dirigida a efectuar las modificaciones legislativas con la tranquilidad necesaria para resolver del modo más conveniente los problemas que plantea dicha reforma.

Estamos a merced de los ficheros o almacenes de datos. Y la menor "indiscreción" puede producir la ruina del honor, de la familia, de la intimidad e incluso de la economía del ciudadano. De ahí la necesidad de que la regulación jurídica esté bien organizada y que no tenga, en lo posible, lagunas o fallos.

El "Habeas corpus", con todo su inmenso prestigio, no es la vía adecuada para la protección del ciudadano ante ataques informáticos, pero si lo puede ser, con la adecuada regulación, el "Habeas Data" que constituye un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática, pues cumple una función paralela al "Habeas Corpus" respecto a la libertad física o de movimiento de la persona.

### **VIII. La protección de los programas de ordenador.**

Hasta 1968 todos los ordenadores eran comercializados de manera indisociada con sus programas, programas que, al nivel de aplicaciones eran adaptados de una manera específica a las necesidades del usuario por el constructor. En ese tiempo se consideraba que al ser los programas de ordenador comercializados con la máquina, su protección se confundía con la del conjunto. En ese sentido, los programas eran tratados como piezas de recambio o artículos análogos.

A partir de 1968, la legislación "antitrust" condujo a una separación progresiva entre máquina y programa abriendo así un mercado particular para estos últimos y a lograr su protección jurídica de una manera autónoma e incrementada incesantemente.

Hoy en día no existe duda alguna acerca de la exigencia de asegurar al programa de ordenador una protección jurídica apropiada, toda vez que los programas en cuanto a su contenido y destino son unos objetos dotados de un valor económico intrínseco: un valor que no depende de la materia que le

es incorporada, sino del factor intelectual integrado en el momento de su creación y del uso de que será objeto; un valor que reside en la información que representa. En este sentido, nos encontramos indiscutiblemente frente a un verdadero bien, ciertamente inmaterial pero susceptible de ser reconocido por el Derecho como otros bienes que, desde hace más de un siglo, han sido objeto de reglamentación legal por la vía de patentes, marcas o derechos de autor.

Hoy día se admite, con carácter general, la protegibilidad de los programas de ordenador como obras de autoría y en esta línea se encuentra la normativa española, es decir, la hoy derogada Ley 16/1993, de 23 de diciembre de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250, de 14 de mayo de 1991, y la actualmente en vigor contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia y por tanto de la protección jurídica de los programas de ordenador.

Los programas de ordenador serán protegidos mediante los derechos de autor como obras literarias tal y como se definen en el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas.

Únicamente va a protegerse el programa en cuanto bien inmaterial, independientemente del soporte en el cual se fije el mismo.

El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor.

## **IX. Los Delitos Informáticos.**

El pasado 4 de julio de 1997 en Bonn, en su discurso inaugural, al comienzo de los dos días de conversaciones en el marco de la Conferencia de Ministros de la UE sobre el tema "Redes de información global- aprovechar sus posibilidades", a la que asistieron Ministros procedentes de 30 países así como representantes de 80 empresas internacionales, acertó el Comisario europeo, Martín Bangemann al definir de modo sencillo el problema central y las vías de solución: "Tanto si se trata de servicios offline como online, lo ilegal siempre será ilegal". O dicho de otro modo: los actos delictivos siguen siendo delitos incluso cuando alguien los comete "navegando por la red de datos".

Es cierto que hemos de preservar el máximo espacio posible de libertad para las redes globales de información y reglamentar sólo aquellos aspectos que sean realmente necesarios pero desde 1969, en que un programador fue condenado en los Estados Unidos por un delito informático, y aquel 1964 en que llego a los Tribunales el primer robo conocido de programas de ordenador, ha pasado mucho tiempo y, sin embargo en la legislación española, hasta el nuevo Código Penal, los delitos contra los elementos "lógicos" (ficheros y programas ) encontraban dificultades, en algunos casos insalvables, para ser protegidos penalmente, cosa que no sucede cuando los delitos son contra los elementos físicos del sistema; como cosas muebles que son, reciben el mismo tratamiento que cualquier otra cosa susceptible de apoderamiento, destrucción o inutilización.

Del nuevo Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en vigor desde mayo de 1996, se dice que una de las novedades más atractivas de la Parte Especial es la incorporación del llamado "delito informático". Sin embargo, buceando a lo largo de su articulado nos podemos preguntar ¿Existe, en realidad, un delito informático, o incluso esta misma expresión ya debería revisarse?, pues todos los delitos pueden cometerse sobre o mediante el ordenador. Así, por ejemplo, se puede matar manipulando el programa del ordenador al que se halla conectado un enfermo en la U.V.I. a fin de que se desconecte automáticamente el respirador en determinado momento; o se puede efectuar una operación de blanqueo de capitales; o se puede realizar apología del terrorismo a través de mensajes enviados por Internet, etc, etc.

Debe reconocerse, la existencia de una realidad criminal, surgida al socaire de las altas tecnologías de la información, que interesa a parcelas bien diversas del Derecho Penal (desde delitos contra la intimidad a las falsedades documentales, desde los delitos económicos hasta otros tan distantes como los delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado, por citar algunos ejemplos), realidad criminal frente a la cual las legislaciones tradicionales no estaban preparadas.

Internet ha supuesto un factor de incremento de formas de criminalidad, al potenciar la difusión, virus y abordajes a los sistemas por parte de un número imprevisible e incontrolable de piratas informáticos. Las "autopistas de la información" entrañan también un grave riesgo para la protección de los programas. Así mismo, la facilidad de intercambiar informaciones a distancia puede generar importantes peligros para la protección de los datos personales. Internet implica, por tanto el riesgo de un efecto multiplicador de los atentados

contra derechos, bienes e intereses jurídicos.

Para adaptarse a las exigencias de esta nueva expresión de la criminalidad, la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno han experimentado, en los últimos años, importantes reformas de sus leyes penales, siguiendo las recomendaciones emitidas desde distintas instancias y foros internacionales. En España hemos tenido que esperar hasta el nuevo Código Penal para hallar una mayor sensibilidad en materia de criminalidad informática.

De la lectura global del reciente texto se infiere:

1º.-Que para el legislador no existe un delito informático, sino una realidad criminal compleja, vinculada a las nuevas tecnologías de la información, imposible de reconducir a un único tipo legal.

2º.- Que, no obstante, tres han sido las parcelas más directamente afectadas en el intento de aprehender esa realidad criminal:

-Los atentados contra la intimidad (con referencia específica a lo "informático" en el art. 197 del nuevo Código Penal).

-Los atentados contra intereses de contenido "económico" (particularmente a través de los artículos 239, 248.2, 256, 264.2, 278 y 623.4).

-Las falsedades documentales, remozadas por mor del nuevo concepto de documento que suministra el art. 26 del nuevo Código Penal, comprensivo también del documento electrónico.

3º.-. El nuevo Código Penal contempla la criminalidad informática, no sólo a través de las específicas referencias a lo "informático", sino, además, siempre que el legislador incluye su realización por medios informáticos.

El nuevo Código Penal contempla, entre otras, las siguientes infracciones penales:

- La estafa informática (art. 248.2).

- La utilización ilícita de tarjetas electromagnéticas a los efectos del delito de robo con fuerza (arts. 239 in fine en relación con el art. 238).

- El intrusismo informático- defraudaciones (art.256)
- El sabotaje informático - daños (art. 264 y ss.)
- El espionaje informático (art. 278 y ss.)
- La intimidad (art. 197 y ss.)
- La propiedad intelectual (art. 270 y ss.)

Podríamos seguir concretando otros delitos, como la piratería de programas, etc, pero concluiremos este recorrido en el art. 283, precepto de nuevo cuño, que castiga la manipulación en aparatos automáticos en perjuicio de los consumidores.

Estos y otros preceptos han de jugar un importante papel como instrumento de lucha contra la criminalidad informática, pero el carácter internacional e ilimitado de esas conductas hacen más difícil su descubrimiento, prevención y castigo, ya que incluso en los casos en que puedan ser detectados pueden plantearse conflictos sobre la jurisdicción sancionadora competente.

La criminalidad informática se caracteriza, en suma, por las dificultades que entraña descubrirla, probarla y perseguirla, problemática que se agudiza cuando los diferentes elementos de la cadena se hallan en países distintos y la capacidad de respuesta jurídica se halla fraccionada por las fronteras nacionales.

## **X. Los Contratos Informáticos.**

La contratación actual se ve determinada, por los avances tecnológicos. Sería ridículo imaginar que el mundo jurídico se olvidase de la realidad humana para regular precisamente la convivencia de los hombres.

De esta forma, podemos observar como ciertos contratos han caído en desuso en la actualidad, e incluso existen ciertas figuras jurídicas de tal arcaísmo, que resulta difícil imaginar su posible aplicación práctica.

No es sólo que el objeto de los contratos sea diferente al que

podían tener los romanos, los antiguos moradores de nuestra patria, o nuestros legisladores del siglo XX, sino que estos mismos objetos modifican las características de aquéllos.

Por otra parte, y no menos importante, son los avances técnicos que favorecen, aceleran y en ocasiones, complican, la realidad jurídica del hombre, y más concretamente, sus relaciones contractuales.

Los ordenadores....., están presentes de una u otra forma en todo tipo de contratos, y en muchas ocasiones son, si no determinantes de los mismos sí los caracterizan de tal forma que pueden variar aspectos sustanciales (ley aplicable, juez competente,....etc.).

La Telemática (Ciencia de las Comunicaciones y la Informática), ha minimizado la importancia de la distancia física en la contratación entre personas.

La utilización de los medios electrónicos es una realidad evidente en la actividad comercial, que llega a tener una mayor incidencia en la formulación y cumplimiento de los contratos, sin olvidarnos de la fase precontractual o de preparación de la misma.

Los contratos informáticos - problemas jurídicos relacionados con la adquisición de bienes y servicios informáticos - no sólo deben referirse a equipamiento (hardware), programas (software) y mantenimiento, sino que también afectan a los fabricantes de ordenadores, periféricos, equipos de comunicación, proveedores de suministros consumibles, terminales, vendedores de equipos usados, etc.

La importancia cada día mayor de la actividad informática, su repercusión en la vida económica y los riesgos que ésta representa ponen de manifiesto la importancia y magnitud de los contratos informáticos, que carecen de legislación, jurisprudencia o costumbre; de aquí que debamos acudir al Derecho comparado, si bien hay que actuar con prudencia, meditando cuidadosamente cada caso.

La regla general es que los contratos informáticos sean contratos estándar o de adhesión en los que su característica y desigualdad entre las partes se agrava considerablemente, ya que al desconocer, en la mayoría de los casos, el

cliente la técnica informática no puede establecer juicio sobre el producto o servicio que se le ofrece.

La complejidad no está sólo en la fase contractual, sino que la precede en el estudio de las necesidades del usuario y le sigue en la supervisión del plan de implementación del sistema.

Para que exista el contrato informático es necesario, igual que para cualquier otro tipo de contrato, que se den los tres requisitos del artículo 1.261 del CC.: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia de contrato y causa de la obligación que se establezca.

Igualmente son aplicables a los contratos informáticos las normas contenidas en el C.C. sobre: interpretación, eficacia, rescisión, nulidad, obligaciones de comprador y vendedor, etc.

Podemos igualmente clasificar los contratos informáticos según la materia del acto que se celebre y así nos encontraremos con los de: equipamiento, software, servicios.

Según el negocio jurídico que se celebre nos llevará a contratos de: venta, leasing, locación, horas máquina, prestación de servicios, etc.

De lo apuntado se deduce que la mayoría de nuestras centenarias normas siguen aplicándose a este tipo de contratos que por otra parte dada la especialidad, trascendencia y complejidad de los contratos informáticos requiere una regulación específica de la que carecemos en estos momentos.

Estos y otros son los problemas que puede presentar la contratación electrónica y a los que no podemos dedicarnos por ser materia de otros ponentes que nos lo desarrollaran al propio tiempo que nos pondrán de manifiesto lo importante que es conocer ¿cuándo y dónde se concluye el contrato?, autenticación, identidad de los contratantes, fases de la contratación, interpretación, así como las figuras contractuales más representativas: la compraventa informática, contrato de mantenimiento, contrato outsourcing, contrato escrow, contrato llave en mano, contrato sobre bases de datos, etc, etc.,

## **XI. La Responsabilidad Civil en materia informática.**

No se trata nueva doctrina sobre responsabilidad civil. Cuando se habla de responsabilidad en esta materia estamos incursionando siempre en el amplio campo de la doctrina general. Se trata pues, de partir de la disciplina civilista para extraer el "precipitado" básico de las normas de esta naturaleza y aplicarlo, con las debidas correcciones, a un fenómeno tan nuevo como la informática.

El tratamiento particular de los daños generados por la actividad informática se explica en cuanto las soluciones que establece la informática tienen algunos matices diferenciales que apuntan a:

- la complejidad de la materia.
- los particulares vínculos que se establecen entre las partes.
- diverso grado de formación técnica de los sujetos que contratan.
- la diversa posición económica de los contratantes.
- La relevancia que adquiere el periodo precontractual
- las particularidades de la conformidad por entrega, con incidencia en materia de vicios.
- los riesgos que implica el manejo de bancos de datos.

Todo se traduce en el tratamiento diferenciado de los elementos configurativos de la responsabilidad civil en materia informática, donde nos encontramos con daños ocasionados por incumplimientos contractuales (adquisición de equipos, adquisición de programas de ordenador, manejo de bases de datos, etc. ) o los generados en responsabilidad extracontractual (aspectos precontractuales, utilización indebida de información nominativa, daños a terceros ajenos a la relación contractual, etc.).

Consideración especial merecería el estudio de la responsabilidad civil en materia de software, o hardware, virus informático, productos defectuosos, responsabilidad por defectos en la actividad telemática (transportador, servidor, usuario,) etc.

## **XII. Informática y Proceso: Documento Electrónico.**

La informática nos lleva a poner de manifiesto la necesidad de un nuevo replanteamiento de los conceptos de prueba, firma, documento original o copia, lugar de los actos y como no el valor probatorio de los comprobantes emitidos por medios electrónicos.

Estos y otros temas, nos llevan a considerar que la materia procesal relacionada con la informática aparece como uno de los campos que con mayor intensidad debe suscitar la atención de juristas y órganos legislativos.

Los hechos, los actos y negocios jurídicos son objeto de afirmación o de negación en el proceso. La cuestión es cómo establecer la prueba en un proceso. La respuesta dependerá de los caracteres particulares de cada tipo de procedimiento - procedimiento inquisitivo o acusatorio - y de los sistemas de prueba - de prueba legal y el de la libre apreciación de la prueba o el mixto.

La LEC en su art. 578 y el CC en su art. 1.215 recogen siete medios de prueba entre los que aparece el documento.

La prueba documental mantiene en nuestros días su tradicional preeminencia y por ello es sin duda la que necesita una más urgente y profunda renovación legislativa que de respuesta a los nuevos planteamientos que la realidad social impone.

En el mundo jurídico el documento, es definido como "el escrito" (art. 596 ss LEC y 1215 y ss CC, si bien en los tiempos modernos y en definiciones, entre otros de, ROUANET Y CARNELUTTI, podemos observar como la característica de escrito no se presenta como sustancial o esencial del documento, abriendo así las puertas a la admisión del documento electrónico, como tal documento.

Las diferencias entre el documento escrito y el documento electrónico, son en principio evidentes, lo que no nos puede llevar a negar el carácter de documento de los segundos, a pesar de que un gran número de autores mantiene que los registros informáticos no son documentos ya que no

están en un soporte papel, no llevan firma y no existe diferencia entre copia y original, pero nuestra opinión se identifica más con aquel sector de la doctrina que considera que los registros informáticos son una forma de escribir y no hay inconveniente para considerar el documento electrónico, como documento escrito, por lo que consideramos que el documento electrónico es un documento en sentido jurídico.

Por documento electrónico debemos entender:

- aquel documento formado POR EL ordenador  
(Ejemplo: farmacias)

ó

- aquel documento formado POR MEDIO del ordenador

El documento electrónico se admite como prueba en los sistemas de libre apreciación, pero encuentra muchas más dificultades en los países que han adoptado el criterio de prueba tasada.

En el ordenamiento jurídico español, la prueba debe ser valorada por el Juez, según su prudente arbitrio, salvo que la ley disponga otra cosa (SISTEMA MIXTO), lo que nos lleva a incluir en el término documento, a efecto probatorios, los documentos electrónicos.

A pesar de que el legislador español se ha olvidado de una necesaria reforma general de la normativa del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, referente al valor probatorio de los documentos, si se ve reflejada esta progresiva toma de conciencia, en varias normas sectoriales.

- Ley del Patrimonio Histórico (todo soporte)
- Ley de Mercado de Valores (anotación en cuenta)
- Ley I.V.A (factura vía telemática=a originales)
- Ley de Regimen Jurídico de las  
Administraciones Públicas y del  
Procedimiento Común (ar.45 y 59)
  - impulsar medios electrónicos
  - proceso en soporte informático
  - notificaciones

- Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal
  - añade un apartado 7 al art. 1.429 LEC
- Nuevo Código Penal (art. 26 todo soporte material).

### Técnicas de autenticación del documento electrónico

- Código Secreto (P.I.N.) ó Código de Ingreso
  - intransferible y confidencial
- La Criptografía
  - sistema de codificación de un texto con una claves
- técnicas basadas en la Biometría.
  - datos físicos o biológicos
    - huellas digitales
    - vasos sanguíneos retina
    - la geometría de la mano
    - las huellas de los labios
    - el reconocimiento de la voz
    - la grafía del individuo

No se puede asegurar de forma absoluta que un programa este exento de errores pero nos atrevemos a decir que esta posible inseguridad existe en la misma medida que en los documentos escritos de puño y letra de los contratantes, en los que conste su firma.

Podemos concluir diciendo que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional emitió una serie de Recomendaciones propugnando la revision de las normas legales y la admisión de las formas de autenticación de los documentos electrónicos.

En el proceso podríamos hacer mención a otros temas relacionados con la informática pero me limitaré a dejar en el aire la siguiente pregunta: ¿Son embargables y secuestrables los ordenadores?. y ¿Los datos

personales y la información que contienen?.

### **XIII. Conclusiones.**

Resulta innegable la enorme influencia que los ordenadores están teniendo en la sociedad de nuestros días.

Los cambios son tan rápidos que la humanidad está perdiendo, en gran medida, su capacidad de asombro.

El peligro real es la posibilidad de que algún hombre o grupos de hombres puedan llegar a controlar a través de los ordenadores y redes a la aldea global.

Es cierto que ninguna tecnología ofrece más potencial, más esperanza en la solución de los problemas que los ordenadores; pero, por otra parte, tampoco hay otra tecnología que plantee más amenazas a las actuaciones de los gobiernos que la propia informática.

La información es materia prima del conocimiento y según Francis Bacon "conocimiento es poder", y el ordenador permite concentrar mucha información que puede ser utilizada de forma correcta o incorrecta según los fines que se persigan.

Para que esa información pueda ser utilizada correctamente necesitamos una regulación jurídica del fenómeno informático pero procurando que éstas preserven el máximo espacio posible de libertad y reglamentar sólo aquellos aspectos que sean realmente necesarios.

La naturaleza internacional de las redes reduce la efectividad de las iniciativas y leyes nacionales y ello se convierte en un fuerte argumento para la cooperación internacional que se está produciendo con retraso.

Es cierto que cada día hay un mayor cúmulo de normas nacionales, supranacionales y autoregulacion del sector, que consideramos es

necesario, hasta cómo para convertir la autoregulación de Internet en leyes con valor universal.

Sin ningún género de duda es necesario desarrollar una nueva legislación adecuada a los cambios que sufre la sociedad como consecuencia de las nuevas tecnologías, pero no intentemos imponer en el mundo virtual las normas que no podemos cumplir en el mundo real.