Informática y Derecho en España

MANUEL ALVAREZ RICO

Universidad Pontificia de Salamanca en Madrid

LA INFORMATICA EN LA ACTUALIDAD

Es difícil decir algo sobre la importancia de la Informática en la actualidad que no suene a tópico. Baste recordar que la Informática está transformando nuestros sueños, nuestro trabajo, la sociedad misma, las relaciones de poder a través de lo que se ha llamado "la revolución silenciosa" o la "tercera ola" en frase de Toffler[1] radicalmente distinta de la primera, la agraria, y de la segunda, la industrial.

Desde otra perspectiva, se ha afirmado que la Informática, juntamente con la Genética es la "punta de lanza" del progreso científico moderno.

Pero, ¿supone -se pregunta el Profesor Barroso[2]- el advenimiento de una nueva edad del saber, de la cultura compartida y de la convivencia democrática más justa y participativa o sólamente un mundo repleto de riesgos sobre la vida de los individuos y las sociedades?.

Para que la respuesta a estas inquietantes cuestiones pueda ser positiva conviene recordar la sugerente observación de HABERMAS[3]: "al desafío de la

■1 TOFFLER. La tercera ola. Plaza y Janés. Barcelona 1980.

■2 BARROSO. Prólogo a la edición española de Deborah G. Johnson. Etica Informática. Madrid, 1996. Fac. de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid, pag. 18.

■3 Cita tomada del Manual de Informática y Derecho. Antonio Perez Luño. Arie. Barcelona, 1996. pag. 81.

técnica no puede responderse sólo con la técnica". Son necesarios otros instrumentos entre los cuales ocupa un lugar de privilegio la Etica y el Derecho, añadimos nosotros.

ETICA Y DERECHO INFORMATICO

La Etica no es sólo el principio y el fin del Derecho. Es cierto que el análisis moral precede a la promulgación de una Ley y las propuestas para su modificación se basan en un juicio moral compartido sobre su bondad, pero la Ley no representa la última palabra, dice Johnson [4]. El debate sobre el aborto no cesó después de aprobarse la Ley del Aborto en España, pues los individuos siguen teniendo posiciones contradictorias sobre el particular. Y es que únicamente desde una plataforma ética cabe, en ultima instancia, la crítica, el cambio y la necesaria transformación del Derecho[5] ...

Pero estas relaciones entre Etica y Derecho no deben hacernos olvidar que lo característico del Derecho es el cumplimiento externo del mandato, mientras que en la Etica lo decisivo es el mayor grado de adhesión interior exigida. Ello no quita que también en el Derecho lo deseable sea lograr la adhesión interior a la norma disminuyendo así las posibilidades de incumplimiento.

Trasladado esto al campo de la Informática significa que la Etica no es necesaria sólo porque faltan leyes (vacio legal) o por las deficiencias de las que ya existen. El problema es más complejo. En algunos casos faltan leyes pero en otros son precisos códigos deontológicos o instituciones o varias soluciones al tiempo.

En este orden de ideas se tomó conciencia enseguida de la necesidad de proteger la intimidad de la vida privada de las personas, para lo cual la solución ética resultaba insuficiente, lo que no significa, en modo alguno que los principios deontológicos hayan perdido su valor fundamental.

■[4] Ver obra citada en la Nota 2 anterior, pág. 23.

■[5] DIAZ E. Sociología y Filosofía del Derecho. Taurus. Madrid 1989, pág. 17.

Buena prueba de ello es que las Leyes de Protección de Datos, en muchos países, entre ellos en España, Ley 5/1992, de 29 de octubre, sobre Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD), en su artículo 31 recoge los códigos tipo a los que da el carácter de códigos deontológicos pero advirtiendo que no tienen carácter jurídico (coactivo).

Por tanto el incumplimiento de los mismos no lleva aparejada sanción alguna, como no sea la eventual separación o expulsión del grupo de quienes no se ajusten a ellos[6]. Por lo que esos códigos deontológicos no pueden ser alternativas a las disposiciones legales elaboradas por los órganos legislativos correpondientes, sino complementarios de los mismos.

Son necesarias otras soluciones como las técnicas de las que no vamos a ocuparnos y las jurídicas que es el objeto de nuestro análisis.

Pero eso no basta. El cumplimiento del Derecho no puede confiarse, en última instancia, a la conciencia, al estimulo ético del deber, el Derecho exige absolutamente el cumplimiento, puede exigirlo incluso por la fuerza (la coacción). Precisamente por esa cuasi omnipotencia del Derecho, demanda que esa coacción venga utilizada para fines justos y legítimos, que el individuo no se encuentre perdido ante esa fuerza, sino que posea garantías de defensa, seguridad y libertad; que la sociedad y los hombres que la conforman controlen esa terrible fuerza participando en la creación del ordenamiento jurídico y en la correcta aplicación de las normas. Dignificar, en definitiva, el necesario uso de la fuerza, haciéndola legítima, justa, poniendo el Derecho al servicio de fines humanos como la libertad, la paz , la justicia y el bienestar

Históricamente, la Informática empezó su andadura al margen del Derecho. En un primer momento, las relaciones entre los profesionales de la Informática eran las propias de un club. Esta solución tuvo su razón de ser en el contexto de los ordenadores de la segunda generación (1965) cuando los profesionales de la Informática eran pocos y depositarios de un saber hermético y casi exotérico. En esta situación la necesidad de protección jurídica no era acuciante .

■[6] VELAZQUEZ BAUTISTA R.- Protección Jurídica de Datos Personales Automatizados. Colex. Madrid, 1993, pag. 191.

Posteriormente, la difusión de la Informática cambió el panorama, Desapareció el espiritu de club y empezó a sentirse la necesidad de encauzar los eventuales riesgos que el mal uso de la Informática podía producir.

INFORMATICA Y DERECHO

La Informática plantea nuevos y complejos problemas jurídicos derivados del propio carácter de las nuevas técnicas para las que no son válidas las categorías conceptuales heredadas del pasado. Pero el jurista se siente más proclive a operar con materiales conocidos que a avanzar en la prospectiva.

Las relaciones entre Derecho e Informática son variadas, como puede fácilmente comprenderse y podrían diversificarse en ramas distintas, no obstante, entre nosotros a diferencia de lo que ocurre en otros países, se suelen distinguir dos grandes bloques: La Informática Jurídica y el Derecho Informático.

La primera se refiere a la utilización de las técnicas informáticas por los profesionales del Derecho (Abogados, Procuradores, Jueces, Secretarios etc.) y constituye una ayuda imprescindible para estos profesionales.

En cambio, el Derecho Informático alude a una disciplina emergente que aspira a formar parte de las ciencias jurídicas y se fundamenta en un conjunto de principios y reglas jurídicas que contemplan actividades llevadas a cabo por medio de sistemas informáticos.

En todo caso, conviene no olvidar que ambas disciplinas mantienen evidentes interrelaciones. Así la aplicación de la Informática al proceso plantea el problema del secreto de los datos lo que justifica que en algunos países -sobre todo anglosajones- se traten conjuntamente ambas disciplinas.

Aquí nos vamos a referir por razones de tiempo al Derecho Informático como Derecho emergente con unas características que le otorga su propia individualidad y que pugna por encontrar su puesto entre las disciplinas jurídicas ya "establecidas".

ASPECTOS NOVEDOSOS DEL DERECHO INFORMATICO

El Derecho Informático se caracteriza por ser un Derecho transversal o encrucijada que incide en casi todas las disciplinas jurídicas tradicionales: en el

Derecho Constitucional y Administrativo (libertad informática o defensa contra las eventuales agresiones perpetradas por la tecnología de la informática); Civil y Mercantil, en cuestiones tales como contratos informáticos que pueden afectar tanto al hardware como al software dando lugar una abundante tipología como los contratos de compraventa, alquiler, leasing, copropiedad, contratos EDI (CONTRATOS PERFECCIONADOS POR MEDIOS ELECTRONICOS) compensación electrónica, contratos acreditados y transmitidos por medios electrónicos, contratos negociados a distancia etc.; propiedad intelectual (protección jurídica del software) y penal (delito informático).

Todo ello suscita el problema de si se trata de un sector de normas dispersas y heterogéneas o un conjunto normativo homogéneo con un objeto delimitado y una metodología propia en cuyo caso estaríamos ante el nacimiento de una disciplina autónoma.

La contestación a esta pregunta -que por lo demás, es un problema común a muchas ciencias sociales- tiene mucho de convencional y pragmática, viene dada por los siguientes parámetros:

Acuerdo sobre el objeto, metodología propia, utilización de medios propios y diferenciados de enseñanza, difusión y diálogo científico, legislación, jurisprudencia y doctrina específica y denominación reinvindicada en común.

A) .- Delimitacion del objeto.

El objeto inmediato del Derecho Informático es la Informática pero su objeto mediato es la propia información y de ahí se derivan una serie de características del Derecho Informático pues la información es un bien inmaterial producto autónomo y anterior a todo procesamiento. La información puede ser objeto de transporte, depósito, alquiler, venta, transferencia etc. Así nacen, se modifican y extinguen los derechos sobre la información que pueden reconducirse a los mecanismos del Derecho.

B) .- La originalidad de la metodología del Derecho Informático significa que la comprensión correcta de los problemas informáticos exige el conocimiento y uso de unas categorías conceptuales y metodológicas aptas para alcanzar su contenido y significación. Un ejemplo. No puede abordarse el derecho de propiedad de la información desde la vieja óptica del derecho de propiedad, cuyas características son la exclusividad pues no se adecúa a la naturaleza de la

información, lo mismo que ocurre con el medio ambiente o el patrimonio artístico que concitan intereses colectivos y difusos cuya utilización no debe ser exclusiva y excluyente (la utilización de uno no impide la utilización por los demás). En esta línea la labor doctrinal es fundamental para que la producción legislativa alcance el máximo rigor y no sea dispersa y heterogénea.

Otra causa relacionada con la anterior consiste en que la normativa informática para adaptarse a la rapidez de los cambios que se operan y no quedar desbordada necesita utilizar conceptos amplios o cláusulas generales, para evitar reformas constantes y, contra lo que es habitual en Derecho, aceptar definiciones que eviten las discusiones y dudas permanentes a los órganos encargados de aplicar las normas.

Otro aspecto a tener en cuenta es que la información atraviesa las fronteras y en consecuencia el Derecho Informático debe ser "un Derecho común a todos los países".

C) Docencia y doctrina científica.

El nombre Derecho Informático es reciente en España. Tanto es así que no hace muchos años cuando yo empecé a impartir clases en la Facultad la asignatura se llamaba Legislación Informática y recuerdo que los libros publicados en España sobre la materia cabían en una cartera.

A partir de entonces y, sobre todo de la publicacion de la LORTAD (año 1992), asistimos a un auténtico boom de publicaciones en este área. En el año 1993 el Profesor Davara publica un libro que lleva el nombre de Derecho Informatico[7] y la doctrina en general admite la presencia de una disciplina autónoma con esta denominación.

Las publicaciones son numerosas como puede verse con la consulta de la base de datos de cualquier biblioteca. Se celebran Congresos Internacionales como los que han tenido lugar en Mérida en 1992 y 1995. Las mesas redondas, simposium y encuentros son numerosos, como el organizado anualmente por el Profesor DAVARA en la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE).

[7] DAVARA RODRIGUEZ, M. A.- Derecho Informático. Aranzadi. Madrid. 1993.

Recientemente tuvo lugar una reunión sobre Derecho Informático en el Colegio de Abogados de Madrid con motivo de la celebración del Cuarto Centenario de su fundación. La conocida Editorial Aranzadi publica una revista de divulgación que se titula "Actualidad Informática" y el Centro Regional de Extremadura de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) en Mérida edita una revista con el titulo de "Informática y Derecho", debida al impulso del Profesor Carrascosa, habiendo aparecido ya el número 16; son frecuentes los artículos sobre Derecho Informático tanto en las revistas especializadas en Derecho como en las de Informática y en los diarios de información general.

En el ámbito de la docencia, aunque los Reales Decretos de Directrices Generales sobre los nuevos Planes de Estudio promulgados en 1990 no contemplan esta asignatura como troncal, es decir, obligatoria en todo el país es lo cierto que existen diversas Universidades, como la Universidad Pontificia de Salamanca, la Universidad "Jaume I" de Castellón, por ejemplo, donde el Derecho Informático luce como asignatura al amparo de la posibilidad que los citados Reales Decretos ofrecen de implantar asignaturas propias de cada Universidad en sus Planes de Estudios; la UNED, en su Centro Regional de Extremadura dedica especial atención al Derecho Informático en el ámbito de los Cursos de Verano; lo que significa un gran avance sin desconocer lo mucho que queda por hacer y las dificultades de todo tipo que existen, la falta de Cátedras de Derecho Informático y de tesis doctorales, los gigantismos de algunas universidades y la endémica falta de medios materiales son otros tantos inconvenientes para la incorporacion de esta especialidad a la Universidad. Pese a todo puede afirmarse que las perspectivas a medio plazo son moderadamente optimistas dado el ambiente creado y el fuerte impulso de las nuevas ideas y realidades.

D) .- Legislación.

Finalmente quiero referirme a la legislación española sobre Informática que es una cuestión fundamental a la hora de medir el desarrollo de cualquier rama del Derecho y que sólo por razones expositivas ha quedado relegada al final de mi intervención.

Lo primero que hay que decir es que la legislación sobre Informática en España es copiosa, producto de la pluralidad de ordenamientos jurídicos que inciden sobre la materia: el estatal, el autonómico y el de la Unión Europea por nuestra incorporación a la misma. Basta ver el volumen del libro publicado por el

Profesor Heredero y yo mismo el año 1994[8] y que ya ha quedado superado por la aparición de nuevas normas, de manera que estamos preparando una nueva edición. Su comentario aún refiriéndonos sólo a las más importantes, supondría someterles a un suplicio tan duro como inútil pues en otras intervenciones se tocará el aspecto legal en profundidad por lo que nos vamos a limitar a ofrecer una visión panorámica sobre las leyes más importantes o mejor sobre los sectores en los que se han dictado leyes que afectan a la Informática, para ello puede servirnos la estructura de la propia colección legislativa.

La Constitución española de 1978 actualmente vigente figura entre las Constituciones que han elevado a rango normativo fundamental la protección de datos. Así el artículo 18.4 dice: "La Ley limitará 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".

Sin embargo hasta 1992 no hemos dispuesto de una Ley Orgánica de Protección de Datos (la LORTAD). Lo cual no significa carencia absoluta de legislación sobre el tema pues, además de las disposiciones sectoriales, España se adhirió al Convenio 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 el 27 de enero de 1984, (BOE de 15 de noviembre de 1985) que contiene lo que podíamos llamar derecho común o "núcleo irreductible" (principios básicos) de la protección de datos y las reglas especiales referentes a los flujos internacionales de datos.

En este orden es preciso hacer mención al Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, al que se ha adherido España el 16 de junio de 1990, sobre supresión gradual del control de fronteras comunes entre los países signatarios. Para ello regula el flujo de informaciones personales en función de la cooperación policial (SIS). Al igual que el convenio 108 del Consejo de Europa, exige para la tansmisión de datos que en el país receptor sus normas internas sobre protección de datos satisfagan los principios del propio Covenio.

En este campo tiene gran interés el sistema EDI sobre intercambios eletrónicos y sobre todo Internet que representa uno de los problemas pendientes ya que dada su novedad no existe norma que lo discipline. Una de las

[8] HEREDERO-ALVAREZ RICO .- Legislación informática. Tecnos. Madrid. 1993.

posibilidades podría tener su concreción a través de códigos deontológicos o soft law pues existe un sector doctrinal que se opone a su regulación legal por considerar que atentaría contra el derecho a la libertad de expresión. En todo caso la adopción de una postura sobre el particular es previa a su regulación legal; desde otro punto de vista, ha supuesto además de sus importantísimas ventajas un incremento importante de las formas de criminalidad al potenciar la difusión de los sabotajes y acceso indebido que entran en el campo del delito penal al que nos referimos más adelante. La LORTAD publicada en 1992 es la que fija con carácter general los principios a través de los cuales se pretende dar cumplimiento al mandato constitucional.

Como novedades de la nueva Ley pueden señalarse el establecimiento de unos principios para armonizar los valores fundamentales de respeto a la vida privada y la libre circulación de la Informática. Un aspecto importante a destacar es el papel que se le asigna al consentimiento del afectado en la recogida española en materia de Informática es el sistema de protección de las creaciones intelectuales en materia de Informática. Tanto la Ley 22/1987, de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual, como el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aclara y armoniza las disposiciones legales en la materia (entre ellas la Ley 27/1995, de 11 de octubre de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98 de la Unión Europea) equipara los programas de ordenador a las obras literarias constituyéndolos como objeto de propiedad intelectual frente a los otros sistemas utilizables, el de patentes y el sistema de protección especial.

Por lo que atañe a los derechos que dimanan de la propiedad intelectual distingue dos tipos: 1) Derechos morales (irrenunciables, inalienables) y 2) Derechos patrimoniales que llama de explotación. De todas maneras es preciso reconocer que la eficacia de estos mecanismos no es la suficiente debido tanto a la falta de técnicas legislativas adecuadas como a la lentitud de la Administracion de Justicia.

Los problemas sociológicos y el precio de los programas son otros elementos a tener en cuenta para valorar la eficacia del sistema legal español.

Otro bloque muy importante de la legislacion española en materia informática está constituido por los contratos informáticos donde se trata de evitar el desequilibrio entre las partes que intervienen a través de legislación de carácter sectorial como la Ley de Defensa del Consumidor de 1984 (Ley 26/84), legislación de defensa de la competencia o sobre el comercio minoritario y crédito al consumo.

Por lo que se refiere a los contratos públicos, ha de tenerse en cuenta el peso específico de la Administración como agente económico y la regulación especial de los contratos públicos que pueden significar algún tipo de contrapeso al desequilibrio contratual en este ámbito. El marco vigente actualmente en esta materia esta constituído por la Ley 13/1995, de 18 de mayo. A tenor de esta ley se incluyen dentro de los contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición y el arrendamiento de sistemas informáticos, sus dispositivos y programas así como su cesión (art. 173).

Como principio general establece la adquisición centralizada de equipos y sistemas informáticos así como elementos auxiliares (art. 184) por la Dirección General del Patrimonio, Ministro de Defensa, Organos Centrales de la Seguridad Social, etc. Con ello se pretenden garantizar unas condiciones generales comunes para la contratación así como una política informática que permita la plena compatibilidad de los sistemas y su coordinación. Un procedimiento especial para los contratos informáticos pretende asegurar las condiciones más ventajosas y los equipos más eficaces para la Administración.

La Informática es, tal vez, la última esperanza para la tan manida como inexistente reforma administrativa. De intento de incorporación de la Informática a la Administración cabe calificar a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la cual ya destaca en su Exposición de Motivos que la "informática es el soporte y tejido nervioso de las relaciones sociales y económicas".

Un aspecto innovador es la importancia que la Ley da a la Informática en la organización de los Registros y Archivos administrativos (art.36). La posibilidad de relacionarse con los ciudadanos a través de métodos electrónicos e informáticos y el reconocimiento de la validez de los documentos informáticos dentro del proceso (art. 45) siempre que quede garantizada la identidad, son ejemplos de este talante renovador de la Ley. Sin que ello signifique pasar por alto sus claras deficiencias que he puesto de relieve en otra ocasión[9].

■[9] M. ALVAREZ RICO e I. ALVAREZ RICO .- Derecho de acceso a los Archivos y Registros Administrativos. Revista de Administración Pública, num. 135 (1994).

Finalmente es obligado hacer una breve referencia al reciente Código Penal (Código Penal de la Democracia que sustituye al viejo Código de 1848) que como dice en la Exposición de Motivos pretende "tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando sus valores y principios cambian".

Dentro de estas directrices se ocupa de los delitos informáticos en varios pasajes: delitos contra la intimidad (título X), delitos contra los atentados informáticos (sabotajes), dentro de los delitos contra el patrimonio (artículo 248); la propiedad intelectual, concretamente los programas de ordenador se hallan protegidos contra quienes con perjuicio de sus autores y con ánimo de lucro, los reproduzcan, plagien o distribuyan o comuniquen pública o privadamente (artículo 270). Ademas se tipifica como conducta criminal la fabricación o tenencia de programas de ordenador especificamente destinados a la comisión de delitos (art. 400).

En función de estos principios en el Título X y dentro de los delitos contra la intimidad y contra el secreto de las comunicaciones, el artículo 197 castiga a quienes usan artificios técnicos de escucha o transmisión y registro de sonido. Castiga también a quien sin autorización utiliza o modifica datos personales o familiares reservados en soportes informáticos u otro tipo de sistema de registro sean públicos o privados. Se considera además como causa de agravamiento de la pena, entre otras hipótesis, (ap. 4), si estos hechos son realizados por los resposables de los archivos o registros informáticos. En otro orden de cosas, se sancionan determinadas conductas criminales realizadas por medios informáticos. Así la utilización ilícita o abusiva de las tarjetas electro-magnéticas considerándolas como robos con fuerza en las cosas o el artículo 248.2 que introduce la figura de estafa o fraude informatico.

En cuanto la propiedad intelectual, los programas de ordenador se hallan protegidos frente a quienes con perjuicio de sus autores y con ánimo de lucro los reproduzcan, plagien, distribuyan o comuniquen pública o privadamente (art. 270) y tipifica como conducta criminal la fabricación o tenencia de programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de delitos de falsedad (art. 400).

CONCLUSIONES

1ª.- El Derecho Informático y la Etica son dos disciplinas complementarias, ambas necesarias como instrumentos para encauzar los riesgos que significa la utilización de la Informática.

2ª.- Los asuntos jurídicos relacionados con la Informática no son absolutamente nuevos (intimidad, responsabilidad, propiedad) pero ponen a prueba conceptos tradicionales y exigen la adaptación de los mismos a los nuevos retos que plantea la Informática. No basta para ello aplicar automáticamente los principios legales tradicionales, es necesario profundizar en su naturaleza.

3ª.- La legislación informática debe acompasarse a la rapidez de los cambios que se operan en este área para no quedar desfasada, utilizando siempre que sea posible conceptos ámplios y clausulas generales para evitar el continuo tejer y destejer legislativo. Con este fin se ha propuesto una nueva concepción del Derecho no fundamentada en la sanción judicial, sin valor obligatorio por sí mismo. Es el soft law, basado en la autorregulación que se recoge en las leyes de algunos países como Holanda, Reino Unido, España o Irlanda. Además debe tener en cuenta que la Informática atraviesa las fronteras y en consecuencia el Derecho Informático debe trabajar en la dirección de la busqueda de "un núcleo de Derecho común a todos los países".

4ª.- La doctrina científica y la reflexión teórica serán fundamentales para que la producción legislativa alcance el máximo rigor y no sea dispersa y heterogénea.

5ª.- El Derecho Informático es una disciplina emergente que reclama con fuerza su autonomía como nueva rama del Derecho al lado de las demás disciplinas jurídicas tradicionales. Cabe esperar, por tanto, que las dificultades que existen para su desarrollo en España sean superadas y colmadas las expectativas por la fuerte impulsión de las ideas nuevas. Debemos confiar que los próximos Planes de Estudio de las Universidades aprovechen la ocasión para que la enseñanza de la Informática ocupe el lugar que le corresponde por su importancia. Las carreras jurídicas no pueden sustraerse a las novedades tan profundas que la Informática ha supuesto (recordemos lo dicho sobre Internet). Es asimismo una disciplina básica para quienes como profesionales de la Informática deben conocer suficientemente el régimen jurídico de la Informática y los derechos y responsabilidades que se derivan de su actuación.

Finalmente, debe señalarse que es deber de los profesores o interesados por estos temas, suscitar vocaciones, alertar conciencias y sacudir inercias intelectuales.