

El Derecho de la Informática (Una nueva especialidad jurídica en la sociedad informatizada)

Edgar Salazar Cano

RESUMEN

ENTRE DERECHO E INFORMATICA existen dos grandes tipos de interrelaciones. Si se considera solamente el aspecto instrumental se está en el campo de la Informática Jurídica, pero si se considera la Informática como objeto del Derecho, se entraría en el campo del Derecho de la Informática. Esta nueva disciplina jurídica trata sobre los contratos de Informática, la protección jurídica de los programas, las garantías constitucionales sobre libertades individuales frente a la informática, y, el delito informático.

El trabajo reseñado intenta mostrar la pertinencia y validez del Derecho de la Informática como una rama autónoma y especializada en los problemas jurídicos que se presentan en torno al fenómeno informático en general.

PONENCIA

Así como el derecho de los usos y costumbres del intercambio marítimo de otras épocas llevaron a la formación del Derecho Marítimo, actualmente estamos asistiendo a la formación del Derecho de la Informática.

Esta nueva disciplina se viene gestando sobre las bases de una práctica jurídica creadora de soluciones hasta ahora no previstas y que conciernen

a diversos aspectos de la informática, teniendo como fuente y objeto de la misma los usos y costumbres que se vienen aplicando en la solución de problemas jurídicos relacionados con la informática en general.

Antes de proseguir, cabe establecer claramente que el propósito de este trabajo gira en torno al nuevo derecho regulador de las diversas relaciones jurídicas que aparecen a raíz del uso de la Informática, con prescindencia de otra disciplina, tan fundamental e interesante, que cultivamos, como es la Informática Jurídica.

Aclarando lo anterior, debemos señalar que entre derecho e informática existen dos grandes tipos de interrelaciones. En primer lugar, si sólo se considera el interesante aspecto instrumental de la informática al servicio del derecho, estaríamos en el campo de la Informática Jurídica. En segundo lugar, si se considera la Informática en general *como objeto del derecho*, estaríamos en el campo del Derecho de la Informática.

Obviamente, hay situaciones intermedias en las cuales ambos campos confluyen, como sería el caso de Derechos de Autor de una Base de Datos Jurídicos.

Resumiendo: así como en la Informática Jurídica es la informática la que está al servicio del derecho; en el Derecho de la Informática, más bien, es el derecho el que está al servicio de la informática.

La presencia de la Informática en la sociedad actual ha provocado la creación o adaptación de reglas de derecho que le son particulares, algunas dispersas, otras inadecuadas, pero que son propias del Derecho de la Informática.

Entre los caracteres resaltantes de este nuevo derecho, cabe señalar que no se encuentra sectorizado o ubicado en una sola actividad, como es el caso del Derecho de Seguros, sino que es amplio, general, debido a que la informática se aplica en numerosos sectores de la actividad socio-económica.

La unidad del Derecho de la Informática proviene de la originalidad técnica impuesta por el fenómeno informático, para el cual en muchos casos las soluciones jurídicas tradicionales no tenían respuesta. Además, por otro lado, esencialmente constituye un derecho complejo, porque los aspectos técnicos de la informática, en su interrelación con el derecho, recaen sobre diversas ramas o especialidades jurídicas (Contratos, Propie-

dad Intelectual, Patentes y Marcas, Derecho Mercantil, Garantías Constitucionales, Derecho Penal, Deontología, etc.).

Tenemos así que en materia de *Contratos de Informática*, la práctica contractual es muy particular desde diversos aspectos. Al respecto, cabe señalar, por ejemplo, que la naturaleza jurídica y el tipo de protección de que deben gozar los programas y sistemas operativos de los computadores no se hallan bien determinados. También debe señalarse que la informática tiende a cambiar el formalismo jurídico basado en la preeminencia del documento escrito, lo cual puede hacer prever una evolución acelerada acerca de la teoría de la prueba documental.

En Derecho Público, la informática plantea un problema importante, como es el de la protección de las libertades públicas e individuales frente al mal uso de las informaciones contenidas en los Bancos de Datos.

En el Derecho Penal, se está configurando una categoría especial con la aparición del *Delito Informático* como fenómeno criminal sui-géneris.

También, otros campos del derecho están evolucionado bajo la presión de la informática, como es el caso del derecho fiscal, que busca la manera de integrar dichos sistemas dentro de su reglamentación.

Con respecto a la Deontología, cabe también señalar que se hace necesaria la creación de un *Código de Ética Profesional de la Informática*.

Los puntos de vista antes mencionados trataremos de exponerlos con el afán de invitar a una reflexión jurídica acerca del nuevo Derecho de la Informática.

LOS CONTRATOS INFORMATICOS

En materia de Contratos de Informática, aunque en lo esencial tienen su base jurídica en la Teoría General de Contratos, se hace necesario conjugar ciertas reglas del derecho con un detenido conocimiento del fenómeno informático, porque se presentan aspectos técnicos muy especiales en estos contratos. Así lo está determinando, poco a poco, la jurisprudencia.

Desde el punto de vista jurídico, los contratos que se realizan en

informática son los de compra-venta, prestación de bienes y servicios y los de "leasing".

En cuanto a los contratos de compra-venta, se observa la práctica de considerar por separado la venta de material informático (Hardware), además de la venta de sistemas operativos (Firm-ware) y de programas (Soft-Ware). El contrato de "Leasing" no ha tenido la acogida que podría suponerse, debido a la obsolescencia rápida de los sistemas informáticos.

Consideramos que dentro del contenido mismo de los contratos de compra-venta de material, éstos deben regular clara y detenidamente los siguientes aspectos:

- Características técnicas bien especificadas.
- Compatibilidad con los materiales preexistentes y los futuros, ya sean de la misma marca o vendidos bajo la modalidad OEM o que sean de similar tecnología (Winchester, Shugart, etc.), como viene sucediendo.
- Que haya posibilidad de comunicaciones con otros sistemas mediante tele-transmisión, según normas standards o protocolos técnicos de transmisión de datos conocidos.
- Que se asegure una confiabilidad técnica, fundada sobre el tiempo promedio de uso entre dos desperfectos (MTBF) del sistema o en algún porcentaje de uso continuo sobre un cierto período de tiempo. Se consideran como anormales los desperfectos que sobrepasan un 20 por 100 del tiempo total de funcionamiento.

La sanción por incumplimiento de esta condición contractual debería conducir a la obligación de reemplazar total o parcialmente el material (Hardware).

En lo referente a la *instalación del material*, debería observarse lo siguiente:

- Los accesorios y soportes de información (terminales, discos, cintas, etc.) deben ser suministrados por el mismo vendedor y éste debe asegurar su continuo abastecimiento. En caso contrario, deberá señalar los productos autorizados, a efecto de no imputar un defecto del sistema a la utilización de accesorios no autorizados.
- Señalar las condiciones necesarias para la formación de personal, tiempo de demostración, información y documentación actualizada.

Acercas del *Contrato de Mantenimiento*, debe distinguirse previamente entre la garantía y el contrato de mantenimiento. La primera sólo obliga al vendedor por un tiempo prudente y, necesariamente, también

lo obligaría fuera de aquel lapso cuando se tratase de vicios ocultos, aunque con ciertas reservas.

El mantenimiento puede ser realizado por el vendedor o terceros y debe consistir en un contrato a tanto alzado o mediante facturación separada en cada operación.

También puede contratarse la obligación de reacondicionamiento del material en lugar de su reemplazo. Igualmente, debe elaborarse un calendario para el mantenimiento. Debe imponerse, asimismo, una facturación detallada de los elementos que cubren el costo total.

Finalmente, los contratos deben prevenir los aumentos de costos exagerados y el monopolio de los futuros contratos de mantenimiento, así como el precio que se reconocerá cuando se entregue el material como parte del pago de otro equipo nuevo.

LOS CONTRATOS SOBRE PROGRAMAS DE INFORMATICA

En estos contratos se dan varias alternativas a saber:

- Contratos sobre programas de uso general (estandarizado).
- Contratos sobre programas de aplicación especiales.
- Contratos sobre desarrollo de sistemas.

Sobre los contratos de uso general, estandarizado, debe prevenirse contra el riesgo de hacerlos caer en el dominio público, mediante la obligación del secreto y utilización privada. También es necesario señalar si hay opción o no a las sucesivas revisiones y mejoras futuras de dichos programas, así como el número de copias de respaldo (Back ups) entregadas o permitidas.

En cuanto a los *contratos sobre programas especiales* hechos para operaciones poco conocidas, se da la situación de no ofrecerse un producto pre-elaborado, sino que tiene que crearse según los deseos del futuro utilizador. En estas circunstancias, se impone el trabajo de colaboración entre ambas partes y puede, inclusive, configurarse la protección jurídica de los programas, como veremos más adelante. Deberá, además, preverse sobre la custodia o destino de los "programas-fuente" que originan los respectivos programas-objeto".

En los *contratos sobre desarrollo de sistemas*, se da una mayor complejidad porque, además de los programas suministrados, se añade la

integración de ellos al equipo que los tratará. En estos se impone una contratación detallada que contemple:

- Análisis de factibilidad.
- Análisis de los datos.
- Concepción del sistema.
- Escogencia de los medios necesarios (Hard-ware y Soft-ware).
- Programación.
- Instalación del sistema, pruebas, puesta en marcha.
- Asistencia técnica, formación.
- Documentación detallada y completa de los programas y sistemas.

Aquí también se impone, además de la propiedad intelectual, el reconocimiento de exclusividad definitiva o temporal de uso del sistema.

Por otro lado, existen los *Contratos de Servicios Informáticos* que se ocupan de la transcripción de datos, alquiler de máquinas y programas, etc. Para éstos debe establecerse la obligación acerca del carácter confidencial y exclusivo de los datos, así como la cobertura de una póliza de seguros contra la pérdida eventual de ellos.

CLAUSULAS ABUSIVAS DE LOS CONTRATOS

Los contratos informáticos tienen, a menudo, el carácter de contratos de adhesión, en los cuales se impone la posición de la parte más fuerte (por lo general el suministrador).

Además, muchas veces adolecen de redacción defectuosa o ambigua, o no son más que una adaptación de modelos de contratos extranjeros. En estos, por lo general, se limita la responsabilidad de una parte o se restringe la libertad frente a terceros, todo lo cual atenta contra el supuesto del equilibrio contractual.

Las cláusulas de no-responsabilidad por daños indirecto o directos y las cláusulas limitativas de la responsabilidad, en principio, no pueden ser válidas a condición de que no hagan desaparecer la esencia del contrato y no sean contrarias al orden público.

LA JURISPRUDENCIA SOBRE CONTRATOS INFORMATICOS

No obstante la novedad y dificultad técnica implícitas en las decisiones judiciales sobre contratos informáticos, se han ido formando diver-

sas reglas o criterios jurisprudenciales. De esta manera, se ha elaborado una teoría sobre la naturaleza de la obligación del prestatario informático, la misma que llega a asimilar dicha obligación en una categoría parecida a los Contratos de "Know How", señalando como su carácter específico la *obligación de asesoría técnica* antes que la simple obligación de información.

Esta situación se impuso al considerarse que la obligación en materia de informática se asimilaba a la *obligación de resultado*, por la cual surge la responsabilidad del prestatario cuando no se consigue el resultado propuesto.

En cuanto a la responsabilidad por vicios ocultos, se ha considerado que no puede exigírsela totalmente, debido a que la tecnología electrónica permite detectar y reparar aun antes de la comercialización los materiales defectuosos, lo cual es diferente cuando se trata de aparatos electro-mecánicos.

Frente a la *obligación del consejo o asesoría técnica*, se ha establecido que en todo contrato informático, cada parte debe hacer prueba de diligencia o interés sobre los resultados. El prestatario debe dar consejo técnico y el utilizador debe informarse.

También se ha hecho preciso distinguir entre "*error de programación*" y "*desperfectos del sistema*", considerando el primero como una consecuencia directa de algún error cometido en el programa e imputable al autor o autores del software respectivo.

LA PROTECCION JURIDICA DE LOS PROGRAMAS

La protección jurídica tradicional acordada a los derechos inmateriales, en principio, no ofrece una garantía suficiente en materia de protección de programas de informática (software).

El Derecho de Patentes, marcas, diseños o modelos, Derechos de Autor e, inclusive, la acción de Responsabilidad Civil por Competencia Desleal y la de Enriquecimiento sin Causa, parece que constituyen el marco jurídico para la protección del "software", aunque pensamos que será más positiva la búsqueda de una protección específica, mediante una legislación que realmente contemple los aspectos tecnológicos de la informática y provea las soluciones jurídicas más adecuadas. De lo contrario, se

seguirá protegiendo los programas mediante el "secreto" u otros procedimientos técnicos, como ocurre en el caso del mercado de software de la microinformática.

EL DERECHO DE PATENTES Y LOS PROGRAMAS

Indudablemente, este sistema tiene mayor seguridad y organización, pero en materia de SOFTWARE no podría cubrir la totalidad de situaciones, debido a que el principio fundamental de la protección de patentes radica en la exclusión de las ideas debido a su intangibilidad, lo cual las hace "no patentables".

Es necesario que la invención a proteger sea tangible, que se concrete en un objeto material, aparato o procedimiento para su identificación y registro.

Tomándose en cuenta la tradicional diferenciación entre "Hardware" (elemento material) y "Software" (elemento cuasi material), se ha negado expresamente la protección mediante patentes a los programas de informática.

Sin embargo, dentro de esta misma posición, con el desarrollo de nuevos tipos de memoria no volátil (ROM), se ha hecho posible patentar ciertos programas en la medida que puedan guardarse dentro de algo material (el circuito de memoria ROM), y, además, en cuanto al contenido del programa, que éste tenga carácter de creación o innovación.

Visto así el problema y considerando la diversidad de programas, se ha hecho necesario distinguir entre:

- Programas de aplicación.
- Programas de explotación o sistemas operativos.
- Programas de Firm-Ware o microinstrucciones internas del computador u ordenador.

En materia de Programas de aplicación, la legislación francesa los excluye expresamente de la protección mediante patentes (Ley del 2 de Enero de 1968, Art. 7, 3º).

Sobre los programas de explotación o sistemas operativos también se da la misma exclusión, salvo para el caso de algunos programas hechos para máquinas muy originales que excluyen la "transportabilidad"; lo

que podría dar pie a una especie de "materialidad por accesión", la cual sí permitiría la posibilidad de una patente.

Los programas de "Firm-Ware" contienen micro-instrucciones que dirigen las funciones elementales del procesador y tienen el carácter de "materialidad" al estar contenidas en una memoria no-volátil (ROM), por lo que sí puede admitirse para ellos el derecho de patente.

PROTECCION DE LOS PROGRAMAS MEDIANTE DERECHO DE AUTOR

En vista del problema de la materialidad o no de los programas, podría pensarse en la protección acordada a las creaciones intelectuales, la propiedad literaria, la artística, en suma: a la protección por Derechos de Autor (copy-right).

Aquí la protección ya no radica en la materialidad sino en la *originalidad creativa del autor de programas*. Aquí la condición de originalidad se centra sobre la forma, lo cual no es eficaz porque cualquier variación no sustancial en la forma permitiría escapar a esta protección.

Además, el monopolio del autor sobre su obra sólo lo protege contra la reproducción, pero no así contra la utilización. Por otro lado, las reproducciones o copias estrictamente reservadas al uso privado del comprador de programas escaparían a esta protección.

Otro problema que surge mediante la Protección por *Derechos de Autor* es la calidad o determinación de "autor que pudiera recaer u otorgarse a una empresa que desarrolla programas, puesto que sólo se reconocen a las personas morales tales derechos cuando se trata de obras colectivas, lo cual no siempre es así en programación.

Como se ve, la protección por Derechos de Autor tiene sus inconvenientes, aunque no impiden que se pueda recurrir a ella.

OTROS MODOS DE PROTECCION JURIDICA DE LOS PROGRAMAS

La *protección mediante Derechos de Marcas* sólo tiene alcance sobre los signos exteriores que aseguran la identificación de un producto: la marca; por lo que la protección en materia de programas es muy relativa

si se considera la posibilidad de comercializar otros programas inspirados en el original, con el sólo recurso de cambiar la denominación o marca.

La *protección destinada a modelos y diseños* si ofrece una protección auxiliar interesante, en cuanto puede servir para proteger indirectamente los micro-programas contenidos en un circuito principal (Mother Board), dada la posibilidad de reproducir el diseño del circuito mediante microfotografía.

La acción de *responsabilidad civil por competencia desleal* podría ejercitarse para el caso de reproducción de programas protegidos por derechos de autor o patente, en cuyo caso tendría que aportarse la prueba del perjuicio sufrido y, asimismo, probar la imputación de la falta o hecho en la persona del demandado. Esta acción puede ejercitarse contra la apropiación desleal, pero no contra la simple utilización.

Otra posibilidad de protección indirecta sería la de aducir el *enriquecimiento sin causa*, lo cual es difícil de establecer equitativamente, pues debería probarse una correlación entre enriquecimiento y empobrecimiento de las partes.

LA PROTECCION ESPECIFICA DE LOS PROGRAMAS

Como se ha visto, todos los tipos de protección jurídica tradicional de los programas no posibilitan una eficaz y exacta salvaguarda jurídica para ellos, por lo que se hace necesario elaborar un régimen jurídico apropiado.

En lo que respecta a la Patentabilidad de los programas, la jurisprudencia norteamericana trató de distinguir entre programas que forman parte integrante de un procedimiento industrial y los que constituyen una unidad por sí mismos. A los primeros se reconocían un derecho de Patente. Posteriormente, se trataron decisiones contrarias al criterio anterior.

La protección mediante Derechos de Autor parece no prosperar en Estados Unidos, pese a la Ley específica que los sancionó (Computer Software copyright Act, 1980).

Inglaterra, antes de 1977, reconocía la patentabilidad de los programas; después se alineó dentro de la tendencia de no concederla por consi-

derarlos como invenciones no patentables. (Patent Act de 1977, Sec. 1, Art. 2 3º).

El Derecho Alemán se opone a la patentabilidad, pese a la Convención de Munich de 1973 relativa a patentes europeas, por lo que los programas gozan de la protección por Derechos de Autor.

Para conciliar esta situación ambigua entre Derechos de Patente o Derechos de Autor, la Organización Mundial de la Propiedad Industrial elaboró un PROYECTO DE PROTECCION ESPECIFICA DE LOS PROGRAMAS. Este Proyecto sancionó con más rigor el Derecho de Autor, puesto que, inclusive, prohíbe la utilización de la obra y no solamente su reproducción, materia de programas (Art. 5). Reconoce derechos para todos los programas a condición de que sean originales (Art. 3) y no solamente a aquéllos que integran un sistema (Art. 1). Los beneficiarios de estos derechos podrían ser las personas naturales o morales (Art. 2).

Es necesario y urgente que las disposiciones de este Proyecto sean recibidas en las respectivas leyes nacionales, para así permitir una protección jurídica específica de los programas.

LA INFORMATICA Y LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES

No puede escapar a la reflexión jurídica el papel decisivo que juega la informática en las actividades del Estado al permitir una mayor y mejor información, así como al reforzar sus poderes. Pero, también, por esto mismo, se hizo patente la necesidad de establecer un control más severo a las aplicaciones informáticas que se dedicaban al almacenamiento y búsqueda de datos personales a través de los llamados "Bancos de Datos", porque se entendía que deberían preservarse las libertades públicas y privadas reconocidas como garantías constitucionales, en vista de los atentados que podrían sufrir dichas libertades y los ciudadanos a raíz de "la informatización de la sociedad".

Dos son las tendencias que han surgido frente a este problema. Por un lado, los países del Common Law se orientan hacia la protección de la vida privada, mientras que los países de Europa Occidental han contemplado el problema bajo el punto de vista de la garantía de las libertades públicas.

En Estados Unidos, la ley que regula esta problemática es la "Privacy

Act" de 1974, cuya finalidad cabalmente es la protección de la vida privada, aunque también en ella se prevé el derecho de acceso al conocimiento de las informaciones. Al respecto, cabe señalar que el antecedente de este "derecho de acceso a las informaciones" proviene de la "*Fair Credit Report Act*", de 1970, en la cual se legisla al respecto, por lo que se ha creído encontrar en ella el antecedente de la nueva y discutible figura del Habeas Scriptus (Habeas Data).

Inglaterra parece enrolarse dentro del Sistema Sueco de la *Data Inspektion*, a través del Comité de la Protección de Datos (Data Protection Committee, DPC), creado en 1976, y que produjo un Informe (1978) basado en el Art. 8 de la Conferencia Europea de Derechos del Hombre.

Canadá promulgó la Ley Canadiense sobre los Derechos de la Persona, en cuyo capítulo 4 se ocupa del problema de la informatización. Para esto, el Ministerio de Justicia está encargado de nombrar un Comisario para la Protección de la Vida Privada.

En Europa Occidental, ha sido Suecia el primer país que ha creado una ley "modelo" para la protección de las libertades frente a la informática, es la llamada DATALAG o *ley sobre los Datos, del 11 de Mayo de 1973*. Fue la primera ley en el mundo que se promulgó exclusivamente contra los peligros políticos de la informatización.

El organismo encargado de su aplicación es el Data Inspektion Board (DIB) que adoptó los principios: del permiso previo, el poder reglamentario para dictar medidas de seguridad y la inspección y control posteriores de los sistemas de información.

Alemania Federal, en 1976, sancionó la Ley Federal sobre la Protección de Datos en previsión de su abuso o destrucción. Allí, indirectamente, hace referencia a la Protección de las Libertades. Los Lander alemanes han creado Comisarios para la Protección de Datos y, lo que es interesante, han establecido la designación de un responsable interno en los organismos que tienen archivos de datos personales.

La Constitución Española de 1978, en forma muy precisa, consagra en su Art. 18. 4, que "*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*", lo cual constituye una base jurídica idónea para la Ley respectiva.

Dentro de los países socialistas del Este, Hungría ha consagrado en el nuevo Código Civil de 1977, en el art. 83, 1, que "La informática no debe amenazar los derechos del individuo", luego precisa acerca del "derecho de acceso" y corrección de los datos personales informatizados, salvo "el interés nacional o la seguridad pública".

*LA LEY FRANCESA SOBRE LA INFORMÁTICA,
LOS FICHEROS Y LAS LIBERTADES
(6 de Enero de 1978)*

El antecedente más directo de esta Ley esta en la modificación del Art. 9 del Código Civil Francés, en 1970, en el que se consagró el respeto a la vida privada amenazada por la informática.

En 1974, se creó la "Comisión de Informática y Libertades", que elaboró un informe sobre la informatización de la sociedad (Informe Tricot), en el cual se inspiró directamente la Ley sobre Informática, Ficheros y Libertades, de 1978.

Dicha Ley tiene carácter técnico encaminado a la reglamentación del control del tratamiento de datos informáticos personales. Para ello, cuenta con un órgano administrativo independiente encargado del cumplimiento de dicha Ley, constituido por la Comisión Nacional de Informática y Libertades (CNIL), compuesta de 17 miembros.

Los poderes con que cuenta esta Comisión son:

- Poder de informarse sobre todos los ficheros o archivos informatizados existentes.
- Conocer sobre toda creación de ficheros informáticos mediante las vías de declaración o denuncia.
- Conocer el progreso técnico de la informática.

La Comisión tiene también una importante función de control para verificar el funcionamiento de los ficheros de datos personales y velar por el no entorpecimiento del "Derecho de Acceso", reconocido por la Ley.

En función de su poder reglamentario, la Comisión ha adoptado un modelo de declaración para los ficheros informáticos y ha definido hasta diez tipos de tratamiento de datos personales. En determinados casos, puede llegar a dictar medidas de seguridad que prevén hasta la destrucción de las informaciones no permitidas por la Ley.

Requisitos exigidos para la puesta en servicio de Fichero de Información

La Ley se ocupa sobre todo de los ficheros públicos de datos personales, cuya creación está sometida a condiciones muy severas, dependiendo su puesta en marcha del aviso favorable de la Comisión; mientras que los ficheros de carácter privado sólo están sometidos a la formalidad de declaración previa que compromete la responsabilidad del declarante frente a las exigencias de la Ley.

Reglamentación concerniente a la búsqueda, registro y almacenamiento de informaciones relativas a datos personales

De acuerdo a esta Ley, toda persona tiene el derecho de oponerse, por razones legítimas, a que las informaciones que le conciernen sean objeto de un tratamiento informático. Se excluye de esto a los tratamientos autorizados por la Ley.

En resguardo de este derecho, cuando se solicita información que contenga datos personales mediante formularios, encuestas, etc., se debe comunicar al informante:

- El carácter obligatorio o facultativo de la respuesta.
- El objeto y destino de las informaciones requeridas.
- La existencia a favor del ciudadano del "Derecho de Acceso" (Habeas Scriptus) sobre sus datos personales informatizados.

En principio, está prohibido el registro de datos relacionados con infracciones, condenas, medidas de seguridad, orígenes raciales, opiniones políticas, filosóficas, religiosas o sindicales. Salvo el caso de los ficheros de los órganos de prensa, a los cuales no se les puede limitar la libertad de expresión.

El Derecho de Acceso a la Información Personal

La creación más resaltante de la Ley sobre la Informática, los Ficheros y las Libertades, es la institución del "Derecho de Acceso" de cada individuo a los datos personales que le conciernen. Este derecho abarca la facultad de interrogar a los servicios encargados de los ficheros sobre las informaciones registradas, así como el derecho de señalar las correcciones que sean necesarias. Inclusive, en los casos de negación o sospecha de fraude, se puede pedir al juez competente que sean dictadas todas las medidas que garanticen este derecho.

El derecho de acceso consagrado en esta Ley nos parece muy importante, pese a las dificultades técnicas que pudieran presentarse, por cuanto permite la acción directa del ciudadano ante los poderes administrativos, a efecto de conocer sus datos personales contenidos en soportes informáticos y, si es el caso, solicitar que se borren o destruyan aquéllos que atentan contra las garantías constitucionales sobre libertades.

En conclusión, los aspectos contenidos en esta panorámica legislativa acerca de la protección de las libertades frente a la Informática, vienen a constituir una manifestación clara y rotunda sobre la importancia y necesidad del nuevo Derecho de la Informática.

EL DELITO INFORMÁTICO

La presencia de la informática también ha permitido la aparición de delitos, ya sea porque se incrementaron a causa de los computadores, como es el caso de los atentados contra las libertades individuales, violación de secretos técnicos y comerciales, etc. o, de lo contrario, éstos no hubieran existido sin la informática, como es el caso del robo de horas de computador, el acceso ilegal a base de datos, el fraude por alteración de datos informáticos, etc.

La aparición de esta "*criminalidad informática*" nos lleva a plantear el problema de la especificidad del delito y de las normas positivas que lo sancionan. Es claramente posible determinar una "*tipología técnica*" en este delito y señalar hasta cuatro grandes categorías:

- Robo de tiempo de computador.
- Alteraciones o manipulaciones diversas en los sistemas de Informática.
- Sabotaje en los programas, datos o máquinas.
- Apropiación o divulgación de datos.

El robo de tiempo de computador consiste en el provecho personal o de terceros que consigue el delincuente al hacerlo funcionar fuera del tiempo o propósito a que está destinado, sin mediar autorización o permiso.

Las alteraciones o manipulaciones de los sistemas de informática pueden ocurrir en:

- La entrada de datos por modificación de la información para crear cuentas ficticias, créditos, etc.

En la programación, para bloquear o no permitir el débito de ciertas cuentas; por redondeo de pequeñas cantidades de dinero a la suma inferior o superior; por la percepción de intereses ficticios; por la emisión de cheques a falsos beneficiarios, etc.

En el Hard-ware: por modificación de las características operacionales del sistema y, por consiguiente, de las seguridades del mismo.

El sabotaje en informática puede consistir en la alteración de datos y programas o la destrucción del material.

La apropiación o divulgación de datos informáticos o de técnicas protegidas por el secreto, el robo de programas, la venta de ficheros, también constituyen delitos informáticos.

En las situaciones delictuosas, en las que los materiales informáticos no tienen la función más que de simple objeto, no se configura este tipo de delito, como sería el caso del robo de un terminal o el robo de circuitos integrados de una fábrica, etc.

En cuanto a las circunstancias y agentes del delito informático, éstos tienen características muy especiales; se trata de un delito que requiere de conocimientos técnicos complejos y sus consecuencias económicas, por lo general, son elevadas. No son delitos de violencia. La culpabilidad, la tentativa y la complicidad son más difíciles de poder establecer.

Realidad jurídica del Delito Informático

El delito informático constituye una realidad sociológica de consecuencias cada vez más nefastas por su incremento y daño económico, por lo que debería tenderse a tipificar como una categoría penal especial porque, pese a lo anteriormente señalado, según el principio de la legalidad de las penas (nulla poena sine lege) que dirige el Derecho Penal moderno, sería muy forzado hablar de "*delito informático*" tanto por razones de Técnica Jurídica como por las características especiales que comporta. Por ejemplo, tenemos que para el caso del "*robo de tiempo de computador*", esto implicaría la sustracción y ésta constituye una cosa?

Como se ve, el problema es arduo porque implica el *robo de algo inmaterial*.

Indudablemente, existe la acción delictiva mediante la informática, pero debido a que los delitos informáticos revisten una tipología muy

singular, es de prever que se legislará en una forma más apropiada a la realidad del fenómeno informático. Mientras tanto, todos los delitos que tienen por objeto o instrumento a la informática serán incriminados, según los casos, como robo, abuso de confianza, estafa, fraude, etc.

En cuanto a la necesidad de legislación penal sobre la Informática, debe señalarse que en Estados Unidos ya se ha legislado sobre el delito informático (Computer Fraud) y se está creando una jurisprudencia muy delimitada y clara. En Francia, ya existe como delito específico, a raíz de la Ley sobre Informática, Ficheros y Libertades, de 1978; cuando transforma en obligación legal el deber de secreto de los datos informáticos de carácter personal. La violación de dicho secreto constituye un delito informático específico con sanciones muy severas.

Asimismo, existen otros delitos informáticos como son:

— El crear un sistema de ficheros de datos personales sin sometimiento a las formalidades legales, sancionado con pena de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 2.000 a 200.000 francos.

El guardar informaciones de datos personales en violación de las disposiciones sobre colecta, registro y conservación, está penado con prisión de 1 año a 5 años y multa de 20.000 a 200.000 francos.

También está sancionado el delito de divulgación informática de datos personales cuando causan perjuicio a la reputación. Este delito se considera consumado desde que las informaciones llegan a quien no tiene calidad para conocerlas, según el sentido de la Ley.

Para terminar, cabe también señalar que el delito informático atañe al Derecho, así como los contratos de informática, la protección jurídica de los programas y la salvaguarda de las libertades individuales amenazadas por la informática; por lo que es de esperar que serán positivas y fértiles las reflexiones jurídicas que esclarezcan y contribuyan al desarrollo del Derecho de la Informática.