

Antonio-Enrique  
Pérez Luño

# Manual de informática y derecho

*Ariel Derecho*

## CAPÍTULO I

# CONCEPTOS BÁSICOS Y SECTORES DE ESTUDIO EN INFORMÁTICA Y DERECHO

1. Planteamiento
2. Derecho informático: sus notas distintivas
  - 2.1. Un objeto delimitado
  - 2.2. Una metodología específica
  - 2.3. Un sistema de fuentes
3. Informática jurídica
  - 3.1. Informática jurídica documental
  - 3.2. Informática jurídica de gestión
  - 3.3. Informática jurídica decisional

### 1. Planteamiento

La sociedad tecnológica, que tiene en la informática una de sus más características señas de identidad, plantea al jurista nuevos y complejos problemas. La dificultad de encarar un adecuado enfoque y solución de estas cuestiones se halla, en buena medida, determinada por su propio carácter de experiencias en formación, para las que no siempre son válidas las categorías y conceptos jurídicos heredados del pasado. El jurista se siente más habituado a operar con materiales dados o establecidos (*de lege data*), que para avanzar en la prospectiva de la *lege ferenda*.

Entre los aspectos novedosos de las nuevas tecnologías, que reclaman la capacidad programadora del jurista, ocupa un lugar destacado la necesidad de establecer nuevos marcos teóricos en los que alojar los problemas y cuestiones surgidos de la interacción entre el Derecho y la Informática. A trazar esa especie de *Vademecum* conceptual se dirige este capítulo, en el que se reseñan las nociones más básicas y recurrentes utilizadas en este sector de investigación y experimentación. De lo indicado se desprende el carácter sumario que revisten estas delimitaciones conceptuales. Se trata de ofrecer unas referencias de orientación preliminar que propicie una aproximación, con la menor dosis posible de incertidumbres y equívocos, a los estu-

dios más especializados que integran los subsiguientes capítulos de este libro.

## 2. Derecho informático: sus notas distintivas

El Derecho informático o Derecho de la informática es una materia inequívocamente jurídica; conformada por el sector normativo de los sistemas jurídicos contemporáneos integrado por el conjunto de *disposiciones* dirigido a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es decir, la informática y la telemática. Asimismo integran el Derecho informático las *sentencias* de los tribunales sobre materias informáticas y las *proposiciones normativas*, es decir, los razonamientos de los teóricos del Derecho que tienen por objeto analizar, interpretar, exponer, sistematizar o criticar el sector normativo que disciplina la informática y la telemática. Las fuentes y estructura temática del Derecho informático afectan a las ramas del Derecho tradicionales. Así, se inscriben en el ámbito del Derecho público: el problema de la regulación del *flujo internacional de datos informatizados*, que interesa al Derecho internacional público; la *libertad informática*, o defensa de las libertades frente a eventuales agresiones perpetradas por las tecnologías de la información y la comunicación, objeto de especial atención por parte del Derecho constitucional y administrativo; o los *delitos informáticos*, que tienden a configurar un ámbito propio en el Derecho penal actual. Mientras que inciden directamente en el Derecho privado cuestiones tales como: los *contratos informáticos*, que pueden afectar lo mismo al *hardware* que al *software*, dando lugar a una rica tipología negocial en la que pueden distinguirse contratos de compraventa, alquiler, *leasing*, copropiedad, multipropiedad, mantenimiento y servicios; así como los distintos sistemas para la protección jurídica de los programas de ordenador (*software*), temas que innovan los objetos tradicionales de los Derechos civil y mercantil. Ese mismo carácter interdisciplinario o «espíritu transversal», que distingue al Derecho informático, ha suscitado un debate teórico sobre: si se trata de un sector de normas dispersas pertenecientes a diferentes disciplinas jurídicas; o constituye un conjunto unitario de normas (*fuentes*), dirigidas a regular un *objeto* bien delimitado, que se enfoca desde una *metodología* propia, en cuyo supuesto entrañaría una disciplina jurídica autónoma.

Como en las restantes materias jurídicas el objeto normado por el Derecho de la informática, o sea, la tecnología informática, condiciona las estructuras normativas tendentes a su regulación, cuya eficacia dependerá precisamente de su idoneidad para captar el significado y problemática de la realidad que pretende reglamentar. Estimo que nos hallamos, por tanto, ante la aparición de una nueva disciplina jurídica y

no de un mero rótulo para reagrupar una serie de problemas conexos con un campo de estudio peculiar. El Derecho de la informática posee idénticos títulos científicos para constituirse en disciplina autónoma como antes los tuvieron otras materias jurídicas novedosas como, por ejemplo, el Derecho aeronáutico, el Derecho espacial, el Derecho comunitario... Pueden, entre otras, aducirse las razones siguientes en favor de la sustantividad y autonomía científica del Derecho de la informática.

## 2.1. UN OBJETO DELIMITADO

Existencia de un *objeto* delimitado constituido por la propia tecnología de las computadoras, cuyas implicaciones económicas, sociales, culturales y políticas son tan profundas como evidentes, hasta el punto de que el Derecho no puede desentenderse de su reglamentación. Una tecnología como la informática, que parece abocada a incidir en casi todos los aspectos de la actividad humana, forzosamente tenía que hallar su correlato normativo, pues el Derecho supone precisamente la principal técnica de organización de la vida social. De ahí que exista una demanda creciente de quienes se ven afectados por la informática, así como de quienes la utilizan, para que sus repercusiones y las relaciones que genera tenga puntual respuesta en un *corpus* completo y coherente de disposiciones capaz de responder en forma adecuada a esta nueva problemática.

Si la informática constituye el objeto *inmediato* del Derecho de la informática, su objeto *mediato* es la propia información. Se ha indicado que la información constituye el bien inmaterial, el producto autónomo y previo a todo el procesamiento y transmisión que de ella pueda realizarse. La información se desglosa en dos momentos: el primero tendente a dar forma y significado a un determinado mensaje; el segundo dirigido a su transmisión. Se trata de dos etapas de una función única que consiste en transmitir mensajes, conocimientos e ideas, es decir, la comunicación (Frosini, 1992; Pérez Luño, 1987; Simitis, 1970).

Desde el punto de vista jurídico, Pierre Catala ha distinguido el objeto o contenido de la información, el sujeto que la produce y el destinatario de la misma. Considerada en su objeto, la información es producida por quien le da forma o expresión y, por ello, puede establecerse entre el autor de la información y la información misma una relación de poseedor/posesión, en términos de un derecho real. Por eso, la información puede ser objeto de transporte, depósito, alquiler, transferencia... Así, nacen, se modifican y se extinguen *derechos sobre la información* que, a título de hipótesis, puede decirse que responden a los mecanismos del Derecho privado.

Considerada en función de sus destinatarios la información tiene su razón de ser en la comunicación. La realización de ese fin crea una relación necesaria entre el emisor y el receptor de informaciones. Esta relación plantea importantes cuestiones jurídicas: ¿Quién tiene la posición dominante en dicha relación? ¿Puede quien detenta información retenerla en lugar de comunicarla? ¿El destinatario potencial de la información tiene poder para reclamarla invocando el derecho humano al conocimiento? Surgen, de este modo, una serie de problemas que se insertan en la temática del Derecho público y que dan lugar a un *derecho a la información* que corre el riesgo de entrar en conflicto con los *derechos sobre la información* (Catala, 1983).

Los problemas que suscita la protección de los derechos de quienes han creado un programa informático, es decir, la tutela del *software*, así como los contratos para la utilización de los computadores se insertan en el campo de los *derechos sobre la información*. En tanto que lo referente al flujo interno e internacional de datos y la protección de datos de carácter personal y de las libertades frente a la informática se englobaría en el *derecho a la información*. Ambos sectores conforman el objeto general del Derecho de la informática.

## 2.2. UNA METODOLOGÍA ESPECÍFICA

Existencia de una *metodología* específica para abordar adecuadamente esta nueva disciplina jurídica. La comprensión correcta de los problemas planteados por las nuevas tecnologías de la información (informática) y de la comunicación (telemática) exige contar con unas categorías conceptuales y metódicas aptas para captar su alcance y significación.

La reglamentación jurídica de la informática deberá adaptarse a la situación de constantes cambios e innovaciones que caracterizan este sector de la tecnología. Por ello parece más oportuno que su disciplina normativa responda a una técnica legislativa de cláusulas o principios generales. De este modo, la reglamentación a partir de unos estándares flexibles evita la necesidad de introducir variaciones constantes en las normas y permite a los órganos encargados de su aplicación adaptar los principios a las situaciones que sucesivamente se presenten.

Otros aspectos que deben tenerse en cuenta es que la informática y la telemática rebasan los límites de las fronteras nacionales y, en consecuencia, el Derecho de la informática debe concebirse como un Derecho internacional, es decir, «un Derecho común a todos los países industrializados» (Losano, 1986a, 16).

Al propio tiempo el Derecho de la informática rebasa los términos de la dicotomía Derecho público/Derecho privado ya que, como se ha indicado, su problemática afecta a ambas ramas y se desglosa en nor-

mas de carácter constitucional o jurídico-fundamental (reconocimiento del Derecho a la libertad informática y a la autodeterminación informática, protección de datos personales...); penal (establecimiento del aparato sancionador para punir las infracciones más graves del Derecho de la informática); civil (determinación de la responsabilidad civil de ciertas conductas de los contratos de utilización de los ordenadores, tutela del *software*...); procesal (normas de procedimientos específicas para ejercitar las acciones que dimanar del Derecho de la informática...).

Esta interdisciplinariedad o «espíritu transversal» —en palabras de Xavier Linant de Bellefonds (1983, 14-15)— es un rasgo característico informador del nuevo Derecho de la informática. Si bien ello no significa que el Derecho de la informática tenga que concebirse como una amalgama de normas dispersas pertenecientes a diferentes disciplinas jurídicas, sino que entraña un conjunto unitario de reglas específicamente dirigidas a la regulación de un objeto bien delimitado que se enfoca desde una metodología propia.

Ésta es la razón por la que resultan improcedentes los planteamientos de quienes, aun aceptando la autonomía disciplinaria del Derecho de la informática, insisten en incorporarlo a, y o asumirlo desde, las categorías de la dogmática jurídica tradicional. Ese anacronismo metódico se trasluce, por ejemplo, en la tentativa de abordar el tratamiento de la información desde la vieja «lógica propietaria». A partir de ahí se entiende que la información, objeto mediato del nuevo Derecho de la informática, tiene relevancia jurídica sólo y en cuanto se la considera como un bien susceptible de apropiación «cuya vocación natural» es poseer un valor patrimonial (vid., Pérez Luño, 1991a, 397 ss.). Desde estas premisas se incurre en el prejuicio de que sólo pueden ser objeto de protección jurídica las cosas susceptibles de apropiación individualizada que permita un dominio exclusivo y excluyente sobre ellas. Esta «lógica propietaria» no se adecua al disfrute de bienes como la información, el medio ambiente, o el patrimonio histórico-artístico, que concitan intereses colectivos y difusos y cuya utilización no debe ser exclusiva y excluyente, sino inclusiva de todos los interesados.

Los juristas debemos realizar un esfuerzo para superar la tendencia congénita a escanciar el vino nuevo de las cuestiones que emergen del cambio social y tecnológico en los odres viejos conceptuales y metódicos de la dogmática jurídica tradicional. De no actuar así se corre el riesgo de operar desde coordenadas metodológicas condenadas *ab initio* a la obsolescencia. Se halla plena de razón la advertencia sobre: el carácter obsoleto de reglas tradicionales que entran en desuso bajo la presión de la informática (Linant de Bellefonds, 1983, 14).

### 2.3. UN SISTEMA DE FUENTES

Existencia de unas *fuentes* legislativas, jurisprudenciales y doctrinales del Derecho de la informática, que en los países más avanzados han conducido a la planificación de cursos universitarios regulares encaminados a organizar su enseñanza, así como la continua celebración de congresos, coloquios y seminarios dirigidos al estudio de estos materiales normativos.

Una importancia decisiva para la sistematización y perfeccionamiento de las fuentes del Derecho de la informática corresponde a la doctrina. A ella le atañe la elaboración de esas disposiciones legales y de la jurisprudencia, así como el análisis crítico de sus eventuales lagunas, insuficiencias e imperfecciones. Urge también que la actividad doctrinal de *lege ferenda* y de política legislativa contribuya a dotar del máximo rigor científico y técnico al sistema de fuentes del Derecho de la informática, antes de que una jungla de disposiciones dispersas y heterogéneas oscurezca irremediablemente su estructura normativa.

## 3. Informática jurídica

La Informática jurídica tiene por objeto la aplicación de la tecnología de la información al Derecho. Es una disciplina bifronte en la que se entrecruzan una metodología tecnológica con su objeto jurídico que, a su vez, condiciona las propias posibilidades o modalidades de tal aplicación. La Informática jurídica estudia el tratamiento automatizado de: las fuentes de conocimiento jurídico, a través de los sistemas de documentación legislativa, jurisprudencial y doctrinal (*Informática jurídica documental*); las fuentes de producción jurídica, a través de la elaboración informática de los factores lógico-formales que concurren en el proceso legislativo y en la decisión judicial (*Informática jurídica decisional*); y los procesos de organización de la infraestructura o medios instrumentales con los que se gestiona el Derecho (*Informática jurídica de gestión*).

### 3.1. INFORMÁTICA JURÍDICA DOCUMENTAL

La *Informática jurídica documental* tiene por objeto la automatización de los sistemas de información relativos a las fuentes de conocimiento jurídico: legislación, jurisprudencia y doctrina. En las circunstancias actuales el acceso de los profesionales del Derecho a sistemas adecuados de documentación jurídica informatizada resulta del todo imprescindible. La *inflación normativa* es sin duda uno de los fenómenos característicos de las sociedades tecnológicamente avanzadas del

presente. El flujo incesante de leyes y decisiones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación por los operadores jurídicos. La crisis de la información jurídica precipita en las tinieblas al ordenamiento jurídico. La transparencia del sistema normativo, que es presupuesto básico de la certeza del Derecho, se ve suplantada por su creciente opacidad e inescrutabilidad: el Derecho positivo deviene, por tanto, inaccesible para los propios especialistas. El valor de la seguridad jurídica se resquebraja por el menoscabo de la vigencia del ordenamiento jurídico, muchas de cuyas normas permanecen inoperantes por falta de información. La crisis de información y documentación en el Derecho de las sociedades tecnológicamente avanzadas, producida por la avalancha de legislación, jurisprudencia y doctrina, sólo puede ser, a su vez, contrarrestada poniendo en juego medios proporcionados, o sea, a través del adecuado empleo de la tecnología informática y los sistemas de teledocumentación. Sólo así el jurista y, en concreto el abogado, se halla en condiciones de restablecer un equilibrio entre el incesante flujo de datos jurídicos y su capacidad para asumirlos y aprovecharlos.

### 3.2. INFORMÁTICA JURÍDICA DE GESTIÓN

Uno de los sectores informáticos que registran un desarrollo más decidido en los últimos años es el que se refiere a *Informática de gestión*, la *Ofimática* o la *Burótica*, denominaciones con las que se tiende a traducir la expresión inglesa «*Office Automation*». Bajo dicho rótulo se inscriben todos los avances tendentes a la automatización de las tareas rutinarias que se llevan a cabo en cualquier oficina y, por tanto, en las oficinas o despachos jurídicos. Se trata de la realización a través de soportes informáticos o telemáticos de operaciones destinadas a recibir y transmitir comunicaciones de cualquier tipo, de leer y escribir textos; de formar, organizar y actualizar archivos y registros; exigir y recibir pagos; estipular condiciones y controlar su cumplimiento. Los avances de la Ofimática permiten, en lo que atañe a la gestión de la justicia y la abogacía, automatizar todas aquellas operaciones estandarizadas y que obedecen a pautas regulares y constantes en la escritura, el registro, la transcripción, la contabilidad, la documentación, la comunicación y la certificación. Gracias a la gestión automatizada de la oficina judicial y del despacho profesional del abogado se tienden a lograr resultados más uniformes, imparciales, transparentes, rápidos y económicos. Los empleados de la oficina jurídica, empezando por el juez y/o el abogado, podrán dedicarse así, de manera exclusiva, a labores que exijan una actividad creadora, o que precisen de la iniciativa personal o deban ser



decididos «caso por caso». Es evidente que para el logro de todo ello se requieren programas aplicativos que respondan a las exigencias específicas de cada despacho y a un *software* desarrollado.

### 3.3. INFORMÁTICA JURÍDICA DECISIONAL

La *Informática jurídica metadocumental o decisional* se halla integrada por los procedimientos dirigidos a la sustitución o reproducción de las actividades del jurista; a proporcionarle decisiones y dictámenes, es decir, a ofrecerle soluciones de problemas y no mera documentación sobre problemas. Actualmente uno de los sectores más dinámicos y en constante evolución de la Informática jurídica metadocumental o decisional es el que se refiere a la aplicación al Derecho de la *inteligencia artificial* y los *sistemas expertos*. La inteligencia artificial alude al conjunto de actividades informáticas que si fueran realizadas por el hombre se considerarían producto de su inteligencia. La propia amplitud de estas operaciones que abarcan desde la comprensión de lenguajes naturales, el reconocimiento de imágenes o sonidos, hasta una amplia y diversa gama de juegos y simulaciones, han determinado una necesidad de acotar y delimitar su ámbito. A ello también ha contribuido la contradicción que supone predicar de entidades ajenas al hombre el rasgo humano por excelencia, o sea, la inteligencia. De ahí que hoy se aluda preferentemente a lo que es el sector más importante de la inteligencia artificial el que se refiere a los sistemas expertos. Tales sistemas incorporan, de una manera práctica y operativa, el conocimiento que posee un experto en la materia de que se trate. Consisten en programas que reproducen las actuaciones que ha previsto el experto que los diseña. Entre los sistemas expertos más notorios de nuestros días se encuentran los dirigidos al diseño artístico o arquitectónico, la localización de yacimientos minerales y el diagnóstico médico. También han proliferado en estos años una serie de proyectos y prototipos de sistemas expertos jurídicos en materias tales como liquidaciones tributarias, cálculo de indemnizaciones por accidentes laborales o de tráfico, predicción de las consecuencias jurídicas de impactos medioambientales, condiciones de adquisición de la nacionalidad y Derecho de familia, en concreto, matrimonio y divorcio. Estos sistemas pueden prestar un importante servicio al abogado al informarle sobre la normativa aplicable sobre determinados supuestos, así como sobre las consecuencias jurídicas derivadas de aplicar dicha normativa a situaciones tipo. No obstante, en la medida en que las máquinas pueden *procesar informaciones* y *establecer inferencias lógicas* pero no pueden *comprender* la multiplicidad de circunstancias que concurren en las conductas humanas, en la actualidad no es posible, ni deseable, una suplantación plena del razonamiento jurídico del juez o del abogado por el cálculo infor-

mático del ordenador. Sólo en aspectos de la experiencia jurídica rutinarios, estandarizados, formalizables, con variables predeterminadas cerradas es posible recurrir a sistemas expertos capaces de ofrecer soluciones operativas. Pero incluso en esos casos el juez o el abogado no pueden abdicar de la responsabilidad de su decisión o de su dictamen para delegarla en el ordenador.