

X CONGRESO DE GERENCIA DE RIESGOS Y SEGUROS INDUSTRIALES

CEGERS ' 98

MADRID, 30-31 DE MARZO DE 1998



**CONTEMPLACION DE LAS DISTINTAS
RESPONSABILIDADES (CIVILES, PENALES,
ADMINISTRATIVAS, PROFESIONALES, ETC.)**

**Por: D. Gonzalo Iturmendi
Abogado**

RIESGOS INFORMATICOS CONTEMPLACION DE LAS DISTINTAS RESPONSABILIDADES

GONZALO ITURMENDI MORALES

Abogado

1.- LA INFORMATICA EN EL NUEVO CODIGO PENAL, DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1.995.-

1.1.-Delitos informáticos contra la intimidad -

1.2.- Delitos informáticos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.-

1.2.1.- Robo con fuerza en las cosas.-

1.2.2.- Estafa.-

1.2.3.- Daños.-

1.2.4.- Propiedad intelectual.-

1.2.5.- Propiedad industrial -

1.2.6.- Espionaje industrial -

2.- LA LEY ORGANICA DE REGULACION DEL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS DE CARACTER PERSONAL.-

- 2.1.- Principios generales de la protección de datos de carácter personal.-
- 2.2.- Derechos de las personas.-
- 2.3.- Disposiciones sectoriales.-
- 2.4.- Movimiento internacional de datos.-
- 2.5.- Agencia de Protección de Datos.-
- 2.6.- Potestad sancionadora.-
- 2.7.- Infracciones leves.-
- 2.8.- Infracciones graves.-
- 2.9.- Infracciones muy graves.-
- 2.10.- Sanciones.-

3.- RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA INFORMATICA.-

- 3.1.- Responsabilidad civil por actuaciones contrarias a la LORTAD y "ex delicto".-
- 3.2.- Responsabilidad civil por productos informáticos.-
- 3.3.- Responsabilidad civil por servicios informáticos: responsabilidad civil profesional.-
- 3.4.- Responsabilidad por la intromisión en el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen a través de INTERNET.-
 - 3.4.1.- Posible colisión entre el derecho al honor y la libertad de información.-
 - 3.4.2.- Derecho al honor -
 - 3.4.3.- Derecho a la intimidad -
 - 3.4.4.- Derecho a la propia imagen.-

Las nuevas tecnologías cambiarán la naturaleza del poder. Así lo afirmaba Juan Luis Cebrián en una conferencia pronunciada en Bruselas a finales del año 1997. En la sociedad de la información la capacidad de control de los Gobiernos es muy inferior al de algunas grandes empresas como las de Bill Gates: el sistema Windows está implantado en el 80% de los ordenadores del mundo.

Las nuevas tecnologías ayudan al desarrollo, esto es indudable. Sin embargo también producen los siguientes efectos:

- La globalización comunicacional conlleva una americanización. El flujo de los Estados Unidos a Europa y a la inversa arroja una relación de ocho a uno.
- Puede aumentar la dualización de la sociedad entre "inforricos" e "infopobres". Hoy seis millones de norteamericanos carecen de teléfono cuando media humanidad jamás lo ha utilizado.
- Las nuevas tecnologías destruyen inmediatamente empleo, aunque a más largo plazo quizá lo generen.
- Se reducirá el tiempo de lectura y reflexión, especialmente cuando Internet se incorpore a las pantallas de televisión, es decir, pasado mañana.¹

¹ Al respecto afirmaba Enrique Barón Crespo que: "El advenimiento de la «sociedad de la información» y la «revolución multimedia» están generando nuevas oportunidades, y a la vez, serias amenazas tanto para los derechos de los creadores como para el futuro de la industria cultural (prensa, libro, producción audiovisual).

Las batallas se plantean en dos frentes: el más inmediato es el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) en proceso de negociación en la OCDE, y el comienzo de las maniobras para las negociaciones sobre la excepción cultural en el Acuerdo Marco sobre el Comercio de Servicios (GATS).

El mercado audiovisual es uno de los bocados más apetitosos para el futuro. El desarrollo tecnológico convierte a las redes de telecomunicación en el soporte de la informática, la telefonía, la cultura y el entretenimiento.

La consecuencia es la lucha despiadada por apoderarse de estos mercados emergentes, con ofertas de felicidad, placer o conocimientos inmediatos, a pesar de la existencia de limitaciones insuperables. La primera es que el ser humano dispone sólo de dos ojos y un cerebro, y además necesita poder distribuir su vida cotidiana en periodos de trabajo, descanso y reposo. Puede zapcar, pero no asimilar toda la telebasura. A ello se añade que aunque haya aumentado mucho la capacidad de la vía de transporte (cable o satélite), los vehículos no han aumentado sustancialmente. No se puede decir que haya una plétora de creaciones que puedan rivalizar no sólo con Sófocles, Cervantes o Shakespeare, sino incluso con Charlot o Cantinflas. Si se añade la pasión de algunos políticos por controlar los medios e imponer pretendidas actividades de interés general, nos podemos encontrar con un panorama tan complejo y enrarecido como el actual, en el que el primer resultado de la desregulación creciente es la mayor penetración norteamericana. En cualquier caso, en esta avalancha hacia un nuevo Eldorado audiovisual hay venganzas tecnológicas como la creación de Internet, hijo discolo del intento de controlar con fines estratégico-

- Finalmente, no se si Vds. se han dado cuenta de que los Abogados vamos a tener mucho trabajo a raíz del desarrollo tecnológico. Se avecinan nuevos y ardientes conflictos caracterizados por la utilización de soportes informáticos. Delitos, infracciones administrativas y responsabilidades civiles acechan a la vuelta de la esquina. El objetivo de esta exposición está en centrar nuestra atención en estos nuevos conflictos derivados de los riesgos informáticos, en navegar, en suma, hasta tres puertos patológicos nada románticos: el de la responsabilidad penal, la responsabilidad administrativa y la responsabilidad civil.

Vamos a exponer, desde una perspectiva jurídica, los problemas en materia de responsabilidad que han ido surgiendo a medida que las tecnologías de la información y la comunicación se han ido extendiendo e implantando en nuestra sociedad.

Los efectos de la incorporación de las llamadas nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones a nuestra sociedad han ido transformando ésta en todos los órdenes. Esta transformación aún será mayor en el futuro. Como consecuencia de estos cambios surgen en las relaciones sociales conflictos de intereses a los que debe dar soluciones nuestro ordenamiento jurídico. Estas soluciones vienen dadas unas veces mediante la aplicación de las normas jurídicas tradicionales. En otras, es preciso crear normas nuevas, puesto que las normas ya existentes se revelan como insuficientes o inadecuadas para regular las nuevas realidades.

El Derecho Informático es aquella parte del Derecho que regula el mundo informático. En la actualidad el Derecho Informático integra en su seno principalmente: los artículos del Código Penal que castigan el delito informático, la Ley de Propiedad Intelectual, en lo relativo a la protección jurídica del software, y las leyes que regulan la protección de datos de carácter personal. En el futuro es previsible que irán apareciendo otras leyes cuyo objeto esté relacionado con la informática.

militares la información. Curiosamente, el hombre más rico del mundo es Bill Gates, que aprendió a manejar este mercado.”

1.- LA INFORMATICA EN EL NUEVO CODIGO PENAL, DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1.995.-

Podemos distinguir en el nuevo Código Penal dos grandes grupos de delitos cometidos con la intervención de la Informática: por una parte, los delitos contra la intimidad, y por otra, los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

Aparte de estos dos grupos de delitos en los que se hace una referencia expresa en el nuevo Código Penal al medio informático, no cabe duda de que también se pueden cometer otros delitos utilizando para ello la informática. No hay que olvidar que la informática es un instrumento o herramienta con que se pueden hacer muchas cosas tanto lícitas como ilícitas. Nosotros vamos a hacer un breve recorrido por el Código Penal, refiriéndonos únicamente a aquellos preceptos en que se hace una referencia expresa a la informática.

1.1.-Delitos informáticos contra la intimidad.-

Artículo 197.-

1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunde, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta tipificada en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 y 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

Artículo 198.-

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

Lo dispuesto en los dos artículos anteriores será aplicable también al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes (art. 200 del Código Penal) ².

1.2.- Delitos informáticos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.-

1.2.1.- Robo con fuerza en las cosas.-

El Código Penal tipifica en el artículo 239 como robo con fuerza en las cosas el uso de tarjetas magnéticas o perforadas perdidas u obtenidas por un medio que constituya infracción penal. De acuerdo con la normativa comunitaria cabe afirmar la exoneración de responsabilidad del titular de tarjeta sustraída por los cargos realizados con posterioridad a la denuncia del hecho de la sustracción y la limitación de su responsabilidad a 150 euros por las disposiciones anteriores a la denuncia. En el supuesto, más que difícil, de que se encuentre al autor de la sustracción y se le condene por este delito, será éste el responsable de la reparación de los perjuicios económicos causados.

1.2.2.- Estafa.-

El artículo 248.2 del Código Penal dispone que:

² Hay legislación de la Unión Europea que puede aplicarse al problema del usuario que llama a un teléfono de centralita digital RDSI (Red Digital de Servicios Integrados) que no tiene anonimato, porque su número queda reflejado en el visor receptor. La directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Ministros de 15-12-97, referida al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en las telecomunicaciones, hace referencia a la Red Digital de Servicios Integrados y a las redes telefónicas digitales públicas, y dispone, entre otras cosas:

«Artículo 8.1: Cuando se ofrezca la posibilidad de presentar la identificación de la línea llamante, el usuario que origine la llamada deberá poder suprimir en cada llamada, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la identificación de la línea llamante. El abonado que origine la llamada deberá tener esta posibilidad por línea».

«Artículo 11.1: Los datos personales recogidos en las guías impresas electrónicas accesibles al público o que pueden obtenerse a través de servicios de información deberán limitarse a lo estrictamente necesario para identificar a un abonado concreto, a menos que el abonado haya dado su consentimiento inequívoco para que se publiquen otros datos personales».

«El abonado tendrá derecho, de forma gratuita» -se añade en el texto legal- «a que se le excluya de una guía impresa o electrónica a petición propia, a indicar que sus datos personales no se utilicen para fines de venta directa, a que se omita parcialmente su dirección y a que no exista referencia que revele su sexo».

Por su parte, en Estados Unidos, la cesión del número de teléfono de quien llama se considera algo que afecta directamente a la privacidad, sobre todo por las consecuencias que puede tener para el uso de ese dato.

Sin duda el quid de la cuestión estriba en la utilización, con fines comerciales, de las coordenadas de un posible consumidor por parte de las empresas.

"También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero."

Con arreglo al estricto concepto de estafa establecido en el número 1 del mismo precepto, estas conductas quedarían impunes por ausencia del requisito del engaño, por cuanto no puede ser destinatario del mismo una máquina. El requisito del engaño es sustituido por el de manipulación informática o artificio suficiente. Se recoge por tanto, una expresión de gran amplitud que permite encuadrar todos los supuestos de manipulación informática que produzcan una transferencia patrimonial no consentida en perjuicio de tercero.

1.2.3.- Daños.-

El artículo 264.2 del Código Penal establece:

"La misma pena (prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses) se impondrá al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos."

1.2.4.- Propiedad intelectual.-

El Código Penal dentro del Título XIII, dedicado a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, regula en el Capítulo XI los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores.

En los artículos 270 a 272 el Código Penal recoge la protección penal que nuestro ordenamiento jurídico da a la propiedad intelectual. El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo, de 12 de Abril de 1.996, define el objeto de la propiedad intelectual en su artículo 10:

"Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro."

Y a continuación dicho artículo enumera una serie de creaciones susceptibles de constituir propiedad intelectual citando entre ellas expresamente los programas de ordenador.

El artículo 270 del Código Penal por un lado ampara el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica contra los plagios y la reproducción, distribución o comunicación inconstentida; y por otro lado, ampara el derecho de explotación exclusiva y el control de las creaciones, obras y programas informáticos de los autores o asimilados.

Artículo 270.-

Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importe, exporte o almacene ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización.

Será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador.

El artículo 271 del Código Penal recoge dos subtipos agravados que se refieren a cualquiera de las conductas castigadas en el artículo 270, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.
- b) Que el daño causado revista especial gravedad.

La responsabilidad civil derivada de los delitos relativos a la propiedad intelectual se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual. El Código Penal remite por tanto, a los artículos 133 a 135 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo, de 12 de Abril de 1.996.

El artículo 133 otorga acciones al perjudicado, tanto para exigir el cese de la actividad ilícita, como la indemnización por daños y perjuicios. El artículo 134 determina los distintos grados y formas del cese de la actividad ilícita. Y el artículo 135 dispone que la acción para reclamar prescribe a los cinco años desde que el legitimado puede ejercitarla.

1.2.5.- Propiedad industrial.-

El Código Penal ampara el derecho exclusivo que la patente o el modelo de utilidad confieren a su concesionario. El artículo 273 sanciona las conductas de los que con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabriquen, importen, posean, utilicen, ofrezcan o introduzcan en el comercio objetos amparados por tales derechos. Asimismo sanciona a los que de igual manera, y para los citados fines, utilicen u ofrezcan la utilización de un procedimiento objeto de una patente, o posean, ofrezcan, introduzcan en el comercio, o utilicen el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado. En el apartado 3º de este artículo se hace una referencia especial a los modelos o dibujos industriales o artísticos o topografías de productos semiconductores.

1.2.6.- Espionaje industrial.-

Son los artículos 278 a 280 del Código Penal, bajo el epígrafe de delitos relativos al mercado y a los consumidores los que tipifican el espionaje industrial.

Artículo 278.-

1. El que para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos y otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos.

3. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos.

2.- LA LEY ORGANICA DE REGULACION DEL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS DE CARACTER PERSONAL.-

La Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (L.O.R.T.A.D.), de 29 de Octubre de 1.992, vino a dar cumplimiento con cierto retraso al precepto contenido en el artículo 18.4 de la Constitución Española, de 6 de Diciembre de 1.978, según el cual:

"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."

En ese intervalo de tiempo transcurrido entre la aprobación de la Constitución y la promulgación de la L.O.R.T.A.D., la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se regulaba transitoriamente por la Ley Orgánica, de 5 de Mayo de 1.982, de Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (Disposición Transitoria Primera).

En el plano internacional la doctrina señala como antecedentes de la L.O.R.T.A.D.: El Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de Enero de 1.981, de protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal; el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1.985, de supresión gradual de los controles en las fronteras comunes; y la Propuesta de Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea, de 24 de Septiembre de 1.990, relativa a la protección de las personas frente al tratamiento de datos personales.

La L.O.R.T.A.D. tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos.

La L.O.R.T.A.D. se centra en torno a lo que convencionalmente se denominan ficheros automatizados. Es la existencia de estos ficheros y la utilización que de ellos podría hacerse la que justifica la necesidad de esta Ley. Se entiende por fichero automatizado todo conjunto organizado de datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso. La Ley concibe los ficheros desde una perspectiva dinámica, no los entiende sólo como un mero depósito de datos, sino también como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados.

El ámbito de aplicación de esta Ley se refiere a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado, si bien se excluyen de su aplicación:

a) Los ficheros automatizados de titularidad pública cuyo objeto sea el almacenamiento de datos para su publicidad general, como pueden ser, por ejemplo, los Registros de la Propiedad o Mercantiles.

b) Los ficheros mantenidos por personas físicas con fines exclusivamente personales.

c) Los ficheros de informática jurídica accesibles al público que se limiten a reproducir disposiciones o resoluciones judiciales publicadas en periódicos oficiales.

d) Los ficheros de partidos políticos, sindicatos, e iglesias, confesiones y comunidades religiosas en cuanto los datos se refieran a sus asociados o miembros y exmiembros.

Por otra parte, la Ley mantiene la vigencia de las regulaciones especiales que se refieren a ámbitos que revisten especial singularidad en cuanto a sus funciones y sus mecanismos y que contienen ya suficientes normas de protección, lo que aconseja el mantenimiento de sus regímenes específicos:

a) Los ficheros regulados por la legislación electoral.

b) Los sometidos a la normativa de materias clasificadas.

c) Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de Penados y Rebeldes.

d) Los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos amparados por la Ley de la Función Estadística Pública, de 9 de Mayo de 1.989.

e) Los ficheros de datos de informes personales regulados por la Ley del Régimen del Personal Militar Profesional, de 19 de Julio de 1.989.

2.1.- Principios generales de la protección de datos de carácter personal.-

En el Título II de la Ley se recogen los principios generales de la protección de datos que definen las pautas a las que debe atenerse la recogida de datos de carácter personal, pautas encaminadas a garantizar tanto la veracidad de la información contenida en los datos almacenados como la congruencia y la racionalidad de la utilización de los mismos.

El artículo 4 recoge: El principio de la congruencia y racionalidad garantizando que los datos no puedan ser usados sino cuando lo justifique la finalidad para la que han sido recabados; el principio de exactitud y puesta al día de los datos; la cancelación y sustitución de los mismos si resultaran inexactos o incompletos; la posibilidad del afectado de acceso a los datos; y la prohibición de recogida de datos por medios fraudulentos.

En el artículo 5 se recoge el derecho de información de los afectados sobre: la existencia del fichero, el carácter obligatorio o no de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas, las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos, la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación, y la identidad y dirección del responsable del fichero.

El tratamiento automatizado de los datos requerirá el consentimiento de los afectados, salvo que la Ley disponga otra cosa. Este consentimiento podrá ser revocado (art. 6).

La protección de los datos se refuerza singularmente en los datos a que se refiere el artículo 7, datos especialmente sensibles, como pueden ser, de una parte, la ideología o creencias religiosas, cuya privacidad está expresamente garantizada por la Constitución en su artículo 16.2 y, de otra parte, la raza, la salud y la vida sexual. La protección reforzada de estos datos viene determinada porque los primeros de entre los datos mencionados, sólo serán disponibles con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, y los segundos sólo serán susceptibles de recopilación mediando dicho consentimiento o una habilitación legal expresa por razones de interés general; en todo caso, se establece la prohibición de los ficheros creados con la

exclusiva finalidad de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual. En este punto, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución, se atienden las exigencias y previsiones que para estos datos se contienen en el Convenio Europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1.981, ratificado por España.

Se impone al responsable del fichero las obligaciones: de adoptar las medidas de todo tipo que sean necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal (art.9), y de guardar el secreto profesional respecto de los mismos (art. 10).

Respecto a la cesión de datos de carácter personal se establece que sólo podrán ser cedidos para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del afectado. Si bien, a continuación en el mismo artículo 11 se recogen toda una serie de excepciones a la necesidad del previo consentimiento.

2.2.- Derechos de las personas.-

En el Título III se recogen los derechos que garantizan a los afectados la aplicación de los principios informadores de la Ley. Se configuran jurídicamente como derechos subjetivos encaminados a hacer operativos los principios genéricos consagrados en el Título II. El ejercicio y tutela de estos derechos se desarrolla reglamentariamente en los artículos 11 a 17, del Real Decreto 1.332/1.994, de 20 de Junio.

1º. Derecho del afectado a impugnar las valoraciones basadas exclusivamente en datos automatizados.

2º. Derecho del afectado a recabar información del Registro General de Protección de Datos sobre la existencia de ficheros y la identidad del responsable del fichero.

3º. Derecho del afectado de acceder a sus datos.

4º. Derecho del afectado a la rectificación y cancelación de sus datos.

5º. Derecho de indemnización. El artículo 17 es de gran importancia para el estudio que estamos realizando, puesto que en él se regula la responsabilidad como consecuencia de actos contrarios a lo establecido en la L.O.R.T.A.D., reconociendo el derecho a ser

indemnizados a los afectados que hayan sufrido daños o lesiones en sus bienes y derechos como consecuencia del incumplimiento de esta Ley. La jurisdicción competente para entender de estas reclamaciones de responsabilidad será la ordinaria en el supuesto de que los ficheros sean de titularidad privada. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas.

2.3.- Disposiciones sectoriales.-

Para la articulación de los extremos concretos que han de regir los ficheros de datos la L.O.R.T.A.D. distingue los ficheros según sean de titularidad pública o de titularidad privada estableciendo regímenes diferenciados, dado que evidentemente resulta más problemático el control de los de titularidad privada que el de los de titularidad pública. En estos últimos se precisa norma habilitante pública y sometida al control jurisdiccional para crearlos y explotarlos, siendo el informe previo del órgano de tutela el cauce idóneo para controlar la adecuación de la explotación a las exigencias legales y recomendar, en su caso, las medidas pertinentes. Más adelante nos referimos a esta norma a la hora de hablar de la responsabilidad civil.

Para los ficheros de titularidad pública se establece que su creación, modificación o supresión sólo podrá llevarse a cabo por medio de disposición general publicada en el boletín oficial correspondiente.

Para los ficheros de titularidad privada será preciso la notificación previa a la Agencia de Protección de Datos. El Registro General de Protección de Datos inscribirá el fichero automatizado si la notificación se ajusta a los requisitos exigibles.

2.4.- Movimiento internacional de datos.-

El Título V de la L.O.R.T.A.D. traspone la norma del artículo 12 del Convenio 108 del Consejo de Europa. La protección de la integridad de la información personal se concilia con el libre flujo de los datos que constituye una necesidad de la vida actual de la que las transferencias bancarias, las reservas de pasajes aéreos o el auxilio judicial internacional pueden ser botones de muestra. Se ha optado por exigir que el país de destino cuente en su ordenamiento con un sistema de protección equivalente al español, permitiendo la autorización de la Agencia de

Protección de Datos, cuando tal sistema no exista pero se ofrezcan garantías suficientes. Si bien, se establecen algunas excepciones en base a la aplicación de tratados o convenios en los que sea parte España, o cuando la transferencia se haga efectos de solicitar o prestar el auxilio judicial internacional, o cuando tenga por objeto el intercambio de datos de carácter médico y así lo exija el tratamiento del afectado o la investigación de enfermedades o brotes epidémicos.

2.5.- Agencia de Protección de Datos.-

La L.O.R.T.A.D. encomienda el control de su aplicación a la Agencia de Protección de Datos, organismo de control y de fiscalización independiente de las Administraciones Públicas, al que atribuye el estatuto de Ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada.

Son funciones de la Agencia de Protección de Datos:

- a) Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación.
- b) Emitir las autorizaciones previstas en la Ley o en sus reglamentos.
- c) Dictar, en su caso y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la L.O.R.T.A.D.
- d) Atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas.
- e) Proporcionar información a las personas acerca de sus derechos en materia de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.
- f) Ordenar la cesación de los tratamientos de datos de carácter personal y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajusten a las disposiciones de la L.O.R.T.A.D.
- g) Ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos en la L.O.R.T.A.D.

h) Informar , con carácter preceptivo, los proyectos de disposiciones generales que desarrollen la L.O.R.T.A.D.

i) Recabar de los responsables de los ficheros cuanta ayuda e información estime necesaria.

j) Velar por la publicidad de la existencia de los ficheros automatizados de datos de carácter personal, a cuyo efecto publicará periódicamente una relación de dichos ficheros.

k) Redactar una memoria anual y remitirla al Ministerio de Justicia.

l) Ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan en relación con los movimientos internacionales de datos, así como desempeñar las funciones de cooperación internacional en materia de protección de datos personales.

m) Velar por el cumplimiento de las disposiciones que la Ley de la Función Estadística Pública establece respecto a la recogida de datos estadísticos y al secreto estadístico, así como dictar las instrucciones precisas, dictaminar sobre las condiciones de seguridad de los ficheros constituidos con fines exclusivamente estadísticos y ejercer la potestad sancionadora por las infracciones que sean cometidas en ficheros de los que sean responsables las Administraciones Públicas.

n) Cuantas otras le sean atribuidas por normas legales o reglamentarias.

El Real Decreto 428/1993, de 26 de Marzo, aprobó el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos, estableciendo su estructura orgánica y funcionamiento interno.

La dirección y representación de la Agencia de Protección de Datos la ostenta su Director, que es nombrado de entre quienes componen el Consejo Consultivo mediante Real Decreto, por un período de cuatro años. Sus actos y resoluciones ponen fin a la vía administrativa y sólo son impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.³

³ ANTONIO ORTÍ VALLEJO ha hecho el siguiente balance del funcionamiento de la Agencia de Protección de Datos:

“La Agencia de Protección de Datos es el ente de Derecho público encargado, a través de sus órganos (Director, Consejo Consultivo, Registro General, Inspección y Secretaría General), de la vigilancia, control, registro e inspección de los ficheros de datos personales.

Comenzaremos por el análisis de los ficheros inscritos en el Registro General de Protección de Datos, por tratarse del aspecto central del tema, ya que de ello depende el que la Agencia desenvuelva su labor de control de los

La Agencia dispone de un órgano de apoyo definido por los caracteres de colegiación y representatividad: el Consejo Consultivo, en el que están presentes las Cámaras que representan la soberanía nacional, las Administraciones Públicas, como titulares de ficheros objeto de la L.O.R.T.A.D., el sector privado, las organizaciones de usuarios y consumidores, y otras personas relacionadas con las diversas funciones que cumplen los archivos informatizados.

ficheros y que el afectado pueda con mayores garantías ejercitar sus derechos de información, rectificación y cancelación. Recogiendo informaciones extraídas de la Memoria de 1996 de la Agencia de Protección de Datos, cuya elaboración para su remisión a la Cortes Generales la preceptúa el art. 8 de su Estatuto, a fecha 31 de diciembre de 1996, el número total de ficheros inscritos en el Registro General era de 227.595, de los cuales 26.541 correspondían a inscripciones de ficheros de titularidad pública, y 201.054 a inscripciones de ficheros de titularidad privada. La mayoría de los ficheros tanto públicos como privados se inscribieron en 1994, pero durante los dos años posteriores se han seguido inscribiendo ficheros. Ni que decir tiene que el número de ficheros privados inscritos dista mucho de los que realmente existen en España, lo cual quiere significar que en este ámbito la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en absoluto se ha asumido por la sociedad española, tanto por desconocimiento de a quiénes incumbe el deber de notificar e inscribir un fichero de datos personales (empresas fundamentalmente), como por los particulares, que desconocen los derechos que en este ámbito ostentan. Como dato sorprendente, son los ciudadanos madrileños los que más denuncias han presentado ante la Agencia de Protección de Datos, con lo que cabe deducir que son los que mejor conocen sus derechos en esta materia. El dato es demasiado significativo como para no reseñarlo: en concreto, de los 922 expedientes iniciados por la Inspección de Datos en 1996, 585 corresponden sólo a la provincia de Madrid.

Más alarmantes son los incumplimientos por lo que concierne a los ficheros públicos, por obvias razones y no exclusivamente de ejemplaridad. Según refleja la Memoria de la Agencia de Protección de Datos, en la Administración autonómica todavía hay órganos administrativos que no han elaborado la disposición que regula el o los ficheros de datos personales que manejan. También se dan casos de órganos autonómicos que, habiendo elaborado la disposición reguladora del fichero, no han notificado a la Agencia la inscripción de los mismos. Mayores son todavía los incumplimientos en el ámbito de la Administración local, pues están pendientes de inscripción 5.004 Ayuntamientos, lo que significa que el 61,12 por ciento de los municipios españoles —la mayoría municipios pequeños— tienen pendiente el cumplimiento de esta obligación legal. La Agencia en este ámbito ha instado a las Administraciones autonómicas y municipales a que regularicen su situación. Lamentable es que no se pueda hacer lo mismo con los particulares que utilizan ficheros de datos personales, ante la dificultad para detectar la existencia de ficheros de titularidad privada.

Merece destacarse el importante esfuerzo desempeñado por la Agencia, aun con sus escasos medios, en la resolución de reclamaciones de particulares, en la inspección de ficheros y en la instrucción de expedientes sancionadores, tanto en el ámbito de los ficheros de titularidad privada como pública. En 1996 se iniciaron 922 expedientes de investigación con objeto de determinar tanto si se habían producido infracciones a lo establecido en la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, como para tutelar a aquellos ciudadanos que consideraban que se les había impedido ejercer los derechos de acceso, rectificación o cancelación. Por sectores, destaca con diferencia el de información sobre solvencia patrimonial, crédito y morosidad, por ser el que registra mayores reclamaciones y denuncias, que se extienden también contra las entidades de crédito que los utilizan. Es claro que este sector es el que despierta más inquietud entre los ciudadanos y al que habrá que prestar una especial atención. La Agencia de Protección de Datos en la repetida Memoria realiza una serie de sugerencias que bien podrían llevarse a la futura reforma de la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

No queremos terminar este balance apresurado del funcionamiento de la Agencia de Protección de Datos sin poner de relieve la necesidad de profundizar en la labor de información al ciudadano sobre los derechos que ostenta en este ámbito. En el año 1996, en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 4.1 del Estatuto, que encomienda a la Agencia la labor de información, se han realizado campañas de difusión en televisión y editado folletos explicativos, pero, a juzgar por los datos antes vistos, resulta insuficiente la actividad desplegada.”

El Registro General de Protección de Datos es un órgano integrado en la Agencia de Protección de Datos. Serán inscribibles en el mismo: los ficheros automatizados de las Administraciones Públicas, los ficheros de titularidad privada, las autorizaciones a que se refiere la Ley, los códigos tipo y los datos que sean necesarios para el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación.

2.6.- Potestad sancionadora.-

La L.O.R.T.A.D. atribuye la potestad sancionadora en materia de protección de datos de carácter personal a la Agencia de Protección de Datos (artículo 36.g). La potestad sancionadora se configura de distinta forma según se proyecte sobre la utilización indebida de los ficheros públicos, en cuyo caso procederá la oportuna responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de la intervención del Defensor del Pueblo, o sobre los ficheros privados, para cuyo supuesto se prevén sanciones pecuniarias.

Están sujetos al régimen sancionador de la L.O.R.T.A.D. los responsables de los ficheros. El artículo 3 d. de dicha Ley define al responsable del fichero como la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada y órgano administrativo que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento de datos.

La L.O.R.T.A.D. tipifica las conductas sancionables en el artículo 43, distinguiendo entre infracciones leves, graves o muy graves.

2.7.- Infracciones leves:

a) No proceder a la rectificación o cancelación de los errores, lagunas o inexactitudes de carácter formal de los ficheros.

b) No cumplir las instrucciones dictadas por el Director de la Agencia de Protección de Datos, o no proporcionar la información que éste solicite en relación a aspectos no sustantivos de la protección de datos.

c) No conservar actualizados los datos de carácter personal que se mantengan en ficheros automatizados.

d) Cualquiera otra que afecte a cuestiones meramente formales o documentales y que no constituya infracción grave o muy grave.

2.8.- Infracciones graves:

a) Crear ficheros automatizados de titularidad pública o iniciar la recogida de datos de carácter personal para los mismos sin autorización de disposición general publicada en el boletín oficial correspondiente.

b) Crear ficheros automatizados de titularidad privada o iniciar la recogida de datos de carácter personal para los mismos con finalidades distintas de las que constituyen el objeto legítimo de la empresa o entidad.

c) Recoger datos de carácter personal sin recabar el consentimiento expreso de las personas afectadas, en los casos en que éste sea exigible o sin proporcionarles la información a que tienen derecho.

d) Tratar de forma automatizada los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidas en la L.O.R.T.A.D., o con incumplimiento de los preceptos de protección, cuando no constituya infracción muy grave.

e) El impedimento o la obstaculización del derecho de acceso y la negativa a facilitar la información que sea solicitada.

f) Mantener datos de carácter personal inexactos o no efectuar las rectificaciones o cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de las personas amparados por la L.O.R.T.A.D..

g) La vulneración de la obligación de guardar secreto, cuando no constituya infracción muy grave.

h) Mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen.

i) No remitir a la Agencia de Protección de Datos las notificaciones previstas en la L.O.R.T.A.D. o en sus disposiciones de desarrollo, así como no proporcionar en plazo a la misma cuantos documentos e informaciones deba recibir o sean requeridos por aquélla a tales efectos.

j) La obstrucción al ejercicio de la función inspectora.

2.9.- Infracciones muy graves:

a) La recogida de datos en forma engañosa y fraudulenta.

b) La comunicación o cesión de los datos de carácter personal fuera de los casos en que esté permitida.

c) Recabar y tratar de forma automatizada los datos de carácter personal que revelen la ideología, religión y creencias, cuando no medie el consentimiento expreso del afectado; recabar y tratar de forma automatizada los datos que hacen referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual, cuando no lo disponga una ley o el afectado no haya consentido expresamente o violentar la prohibición de crear ficheros con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual.

d) No cesar en el uso ilegítimo de los tratamientos automatizados de datos de carácter personal cuando sean requeridos para ello por el Director de la Agencia de Protección de Datos o por las personas titulares del derecho de acceso.

e) La transferencia, temporal o definitiva, de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento automatizado o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento, con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable sin autorización del Director de la Agencia de Protección de Datos.

f) Tratar de forma automatizada los datos de carácter personal de forma ilegítima o con menosprecio de los principios y garantías que les sean de aplicación, cuando con ello se impida o se atente contra el ejercicio de los derechos fundamentales.

g) La vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal que revelen la ideología, la religión, el origen racial, la salud y la vida sexual.

2.10.- Sanciones.-

En el artículo 44 se prevee el régimen de sanciones aplicable a los responsables de ficheros de titularidad privada. La sanción para estos responsables será la multa en la siguiente forma.

Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 100.000 a 10.000.000 de Pesetas. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 10.000.001 a 50.000.000 de Pesetas. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 50.000.001 a 100.000.000 de Pesetas.

Cuando las infracciones expuestas anteriormente sean cometidas en ficheros de los que sean responsables las Administraciones Públicas, el Director de la Agencia de Protección de Datos deberá dictar una resolución estableciendo las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción.

El Director de la Agencia de Protección de Datos podrá proponer la iniciación de actuaciones disciplinarias si procedieran, de conformidad con la legislación sobre régimen disciplinario de las Administraciones Públicas.

El procedimiento sancionador por estas infracciones está regulado en los artículos 18 y 19, del Real Decreto 1332/1994, de 20 de Junio. La autoridad competente para imponer las sanciones es el Director de la Agencia de Protección de Datos, el cual podrá además en determinados supuestos de infracciones muy graves inmovilizar los ficheros automatizados a los solos efectos de restaurar los derechos de las personas afectadas.⁴

⁴ Veamos un caso práctico real de sanción, en aplicación de la Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos (LORTAD)

El pasado 19 de abril el Diario El País se hizo eco de la siguiente noticia firmada por XAVIER HORCAJO:

“Multa de 50 millones a Codorniu por alquilar la base de datos de sus clientes

La Agencia de Protección de Datos (APD) ha sancionado a Codorniu con una multa de 50 millones por haber cedido una base de datos de carácter personal a una empresa de mercadotecnia directa llamada Publienvío - también sancionada con otros 10 millones- para que alquilara esta base de datos a terceros. Esta base contenía información de unos 70.000 particulares y uno de ellos denunció el caso a la agencia, lo que motivó la investigación que se ha resuelto en la sanción a Codorniu y al mediador que se encargaba de gestionar el alquiler.

La Agencia de Protección de Datos considera que, en aplicación de la Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos (LORTAD), Codorniu cometió una «falta muy grave» consistente en «la comunicación o cesión de los datos de carácter personal fuera de los casos en los que está permitido». Según esta ley, esos datos «sólo podrán ser cedidos para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con las funciones legítimas al cedente y del cesionario, con el previo consentimiento del afectado».

Codorniu entró en contacto con Publienvío (del grupo Berstelmann) para que le gestionase una campaña de publicidad basada en regalar un *compact disc* contra el envío de varias chapas de las cápsulas de sus productos. La campaña duró varios años y configuró una base de datos de unos 70.000 particulares. Según fuentes de Codorniu

3.- RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA INFORMATICA.-

En la actualidad existe una variedad muy grande de productos y de servicios con componente informático. Ello ha traído como consecuencia lógica el surgimiento de las responsabilidades civiles correspondientes a toda esa amplia gama de relaciones jurídicas que se dan en la práctica.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una normativa específica que regule de forma exclusiva la responsabilidad civil derivada del uso de la informática. Por ello, tendremos que recurrir a las normas generales contenidas en el Código Civil sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual, a las normas sobre responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos y faltas contenidas en los artículos 109 a 122 del Código Penal, así como a la normativa que regula: la responsabilidad civil derivada del producto defectuoso recogida en la Ley 22/1.994, de 6 de Julio; la responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios recogida en la Ley 26/1.984, de 19 de Julio de Defensa de los Consumidores y Usuarios; y la responsabilidad civil derivada de la violación del derecho de propiedad intelectual contenida en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1.996, de 12 de Abril. Hay que hacer referencia también, por ser aplicable en los supuestos de responsabilidad civil del

(titular del fichero de datos). Publienvío le propuso un contrato, firmado en 1993, por el que esta firma de mercadotecnia podía poner a disposición de terceros esa base de datos.

La empresa de cava puso dos condiciones, que aparecen definidas en el contrato. En primer lugar, el irrevocable compromiso de poner en conocimiento de Codorniu las cesiones de la base y a qué se pretendían destinar. En segundo lugar, que la operativa estuviera de acuerdo con las disposiciones legales «vigentes o futuras». La base de datos de Codorniu fue facilitada en media docena de ocasiones en unos tres años de práctica del contrato. El alquiler de los datos supuso para Codorniu unos ingresos de 60.000 pesetas por cada una de las cesiones, según fuentes oficiales de la firma catalana de cavas.

Recursos al Supremo

La otra multa impuesta a Publienvío (10 millones) se basa en que el tratamiento automatizado de datos personales requiere el consentimiento del afectado. La actuación de Publienvío merece la calificación de «falta grave», por parte de la APD.

Ambas empresas multadas han recurrido al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Codorniu plantea en su recurso que depositó toda su confianza en los profesionales de la empresa Publienvío, especialista en mercadotecnia directa, y alega «falta de culpa» por no ser conscientes del delito y haber obrado «de buena fe», como creen que demuestra su contrato con Publienvío, empresa hoy reconvertida en Bertelsmann Direct.

La práctica del llamado *leasebooking* o alquiler de bases de datos ha dado lugar a sanciones a otras firmas especializadas en *marketing* directo. La Agencia de Protección de Datos, creada en 1990, abrió el año pasado unos 200 expedientes de los cuales un 25-30% acabaron en sanción.

Las multas más conocidas impuestas por la Agencia afectaron a empresas de capital público o semi-público, como Telefónica, que recibió una multa global de 100 millones de pesetas por razones similares a las que ahora se plantean con Codorniu. También en aquel caso la agencia abrió expediente sancionador por la denuncia de un particular. Renfe también fue objeto de sanción (50 millones) por utilización ilegítima de datos sindicales de sus trabajadores. La agencia acaba de renovar a su consejo y, según fuentes oficiales, está próximo el relevo de su director, Juan José Martín-Casallo."

profesional informático, a la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad civil de los profesionales, en cuanto la obligación del profesional no es la de obtener un resultado, sino que se trata de una obligación de medios consistente en actuar de acuerdo con el estado de la ciencia y la habilidad normal exigida en cada caso (lex artis).

3.1.- Responsabilidad civil por actuaciones contrarias a la LORTAD y "ex delicto".-

El artículo 17 de la LORTAD establece que las actuaciones contrarias a esta Ley pueden ser objeto de reclamación por los afectados ante la Agencia de Protección de Datos, siendo sus resoluciones susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Con independencia de ello este artículo establece en su apartado tercero que los afectados que sufran daño o lesión en sus bienes o derechos como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable del fichero, tendrán derecho a ser indemnizados. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas.⁵

⁵ La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dedica su Título X a la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio.

Artículo 139. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 1975-85, 8375).

Artículo 140. Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas.

Cuando de la gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación entre varias Administraciones Públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria.

Artículo 141. Indemnización.

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

Ya disponemos, por tanto, de las dos primeras fuentes de responsabilidad civil informática, en la medida que puede aparecer o bien a consecuencia de la comisión de un delito de los referidos en el apartado primero de esta exposición, o bien a partir de la comisión de una infracción de la LORTAD.

En el primer caso estaríamos ante la responsabilidad civil *ex delicto* y en el segundo supuesto frente a hechos generadores de responsabilidad administrativa, que lo son también de responsabilidad civil.

3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de los intereses de demora, por la Ley General Presupuestaria (RCL 1988\1966 y 2287).

4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

Artículo 142. Procedimientos de responsabilidad patrimonial.

1. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se iniciarán de oficio o por reclamación de los interesados.

2. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán, por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local. Cuando su norma de creación así lo determine, la reclamación se resolverá por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el artículo 2.2 de esta Ley.

3. Para la determinación de la responsabilidad patrimonial se establecerá reglamentariamente un procedimiento general con inclusión de un procedimiento abreviado para los supuestos en que concurren las condiciones previstas en el artículo 143 de esta Ley.

4. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5.

5. En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

6. La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa.

7. Si no recae resolución expresa se podrá entender desestimada la solicitud de indemnización.

Artículo 143. Procedimiento abreviado.

1. Iniciado el procedimiento general, cuando sean inequívocos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, el órgano competente podrá acordar la sustanciación de un procedimiento abreviado, a fin de reconocer el derecho a la indemnización en el plazo de treinta días.

2. En todo caso, los órganos competentes podrán acordar o proponer que se siga el procedimiento general.

3. Si no recae resolución expresa se podrá entender desestimada la solicitud de indemnización.

La responsabilidad civil emanada de la penal tiende a resarcir al perjudicado por el delito de los quebrantos patrimoniales de cualquier orden producidos por la infracción punible, así como los producidos por los dolores físicos y morales que acarrearán todo padecimiento y los gastos que las lesiones llevan consigo

Sobre la responsabilidad civil ex delicto ha declarado la jurisprudencia que la acción civil para reclamar la indemnización pertinente no pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en un proceso penal, y que la cifra que se reconozca debe responder en conjunto a los perjuicios sufridos por la víctima; habiendo sentado el Tribunal Constitucional que es preciso que la sentencia contenga una determinación del daño causado por el delito de la misma manera que si la acción civil hubiese sido ejercitada en forma independiente de la penal, siendo necesaria, además, una estimación razonada de la cuantía alcanzada por dichos daños ⁶.

Es doctrina reiterada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que la jurisdicción penal es soberana para declarar la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios, sin más límites que las siguientes:

- a) Que consten los datos fácticos indispensables para poder determinar los perjuicios o daños, de modo que las bases, no su cuantía, es lo que queda sujeto a la revisión.
- b) Que la antedicha libertad de cuantía queda tan solo limitada, por las cantidades que se fijen por las acusaciones públicas y privada cuando ejercitan la acción civil derivada de la penal. ⁷

⁶ TC SS 13 Jun. 1986 y 12 Jun. 1990 y TS SS 23 Mar. 1987, 25 Ene. 1990 y 2.ª S 27 May. 1992.

¿Quién debe responder?

Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios (artículo 116, 1 del Código penal)

¿En qué medida se debe responder cuando existan varios autores de delitos o faltas

Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno (artículo 116, 2 del Código penal)

¿Como responden los autores, cómplices y otros participantes?

Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere

pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno (artículo 116, 2 del Código penal).

Aquellos que por título lucrativo hubieren participado de los efectos de un delito o falta, están obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.

Posición de los aseguradores de responsabilidad civil en el proceso penal. Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en el Código penal, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda (artículo 117 del Código penal).

Responsabilidad civil ex delicto en caso de exención de la responsabilidad criminal. El artículo 118 del Código penal contempla lo que ocurre con la responsabilidad civil cuando el autor del delito o la falta no es responsable penalmente. Así, la exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º (anomalía o alteración psíquica), 2.º (estado de intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos), 3.º (alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia), 5.º (estado de necesidad) y 6.º (miedo insuperable) del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:

1.º En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables. Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.

2.º Son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado en el supuesto del número 2.º

3.º En el caso del número 5.º son responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio. Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales.

4.º En el caso del número 6.º, responderán principalmente los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho.

En el caso del error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal que excluya la responsabilidad criminal, son responsables civiles los autores del hecho.

En todos los supuestos del citado artículo 118, el Juez o Tribunal que dicte sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda.

El artículo 120 del Código penal establece los siguientes supuestos de responsabilidad civil ex delicto por hechos de terceros, en los que son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

1.º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

3.2.- Responsabilidad civil por productos informáticos defectuosos.-

Tanto el hardware como el software pueden causar daños a consecuencia de su mal funcionamiento.

Tanto en un caso como en otro resulta aplicable la Ley 22/1.994, de 6 de julio de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Esta Ley tiene por objeto la adaptación del Derecho Español al Derecho Comunitario Europeo en materia de responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos, entrando en vigor a partir del día 8 de julio de 1.994, conforme a la Disposición Final 4ª de la misma.

2.º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212 del Código penal que establece que, en los casos de calumnia e injuria con publicidad que se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, será responsable civil subsidiaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se propagase la calumnia o la injuria.

3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

5.º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.

Responsabilidad civil ex delicto de las Administraciones Públicas y sus dependientes. El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario (artículo 121 del Código penal).

La Ley ha optado por un sistema de **responsabilidad objetiva**, aunque no **absoluta**, permitiendo al fabricante del producto informático exonerarse de responsabilidad en los supuestos que se enumeran en la Ley.

Los fabricantes y los importadores de productos informáticos serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que fabriquen o importen respectivamente (art. 1).

Son ineficaces frente al perjudicado las **cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil** derivada de productos informáticos defectuosos (art. 14).

Esta cláusulas suelen aparecer en las llamadas "**condiciones generales de contratación**" existentes en los contratos de adhesión o sencillamente en las instrucciones del hardware o del software. Se designan como tales condiciones a los conjuntos de reglas a los que un particular o empresa se adhiere, que están previamente establecidas por parte de quien elabora, vende o suministra un producto. Mediante tales condiciones se eliminan "a priori" los tratos previos entre las partes; una de estas se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto; las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación; se redactan en la forma abstracta y articulada que se acostumbra en las leyes

La responsabilidad civil global del fabricante o importador por muerte o lesiones personales causadas por productos idénticos que presenten el mismo defecto, tendrá como **límite** la cuantía de diez mil quinientos millones de Pesetas (art. 11).

El fabricante o el importador no serán responsables si prueban: (art. 6-1 y 6-2)

a) Que no habían puesto en circulación el producto.

b) Que es posible presumir que el defecto no existía en el momento de su puesta en circulación.

c) Que el producto no había sido fabricado ni para la venta ni para su distribución con finalidad económica. Ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.

d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.

e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto . Se trata de los llamados riesgos del desarrollo (development risk).

Esta causa de exoneración no podrá ser invocada en el caso de medicamentos o productos alimentarios destinado al consumo humano (art. 6-3).

f) Si se trata del fabricante o el importador de una parte integrante de un producto terminado, que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporada o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto.

La **responsabilidad** del fabricante o importador podrá ser **reducida o suprimida**, cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto informático y por la culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente (art. 9) ^{*}.

^{*} Concuera esta norma con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la culpa parcial y la culpa exclusiva del perjudicado como causa del siniestro, si bien hay que tener en cuenta que los Tribunales son bastante remisos a la hora de apreciar esta causa de reducción, en unos casos, y exoneración de responsabilidad, en otros.

La propia Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios determinó en su artículo 25 la obligación de indemnizar al consumidor y usuario, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por una de las personas de las que deba responder civilmente.

La responsabilidad del fabricante no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero. No obstante, el sujeto responsable de acuerdo con esta Ley que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que le corresponda a su intervención en la causación del daño (art. 8).

Las personas responsables del mismo daño por aplicación de la presente ley lo serán **solidariamente** (art. 7).

Ello quiere decir que cada uno responde frente al perjudicado de la totalidad del daño causado. Sin embargo, una vez resarcido el daño a la víctima, el que lo reparó está legitimado para reclamar contra los demás responsables, según su participación en la causación de los daños.

La configuración de la obligación solidaria es concordante con el sistema español regulado en los artículos 1.137 al 1.148 del Código civil, coincidiendo también con lo preceptuado en el artículo 27, 2, de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Desde el punto de vista asegurador ha de tenerse en cuenta que la entidad aseguradora de responsabilidad de productos que hubiere satisfecho la indemnización al perjudicado, está legitimada "ex lege" para ejercitar las acciones de repetición contra el responsable del daño distinto del asegurado, bien sea éste solidario o exclusivo, a tenor de la subrogación del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, ello sin perjuicio de facultad que tiene el asegurador de repetir contra su asegurado, cuando éste hubiere obrado con dolo en los hechos que motivaron el daño, de acuerdo con el artículo 76 de la misma Ley.

Se entenderá por producto informático defectuoso, aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legitimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, la presentación del producto, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación (art. 3-1).

En todo caso, un producto informático es defectuoso si no ofrece **la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie** (art. 3-2).

Un producto informático no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que se ponga en circulación un producto más perfeccionado de la misma clase después de la puesta en circulación de aquél (art. 3-3)⁹.

Son responsables del producto informático:

1.- Los fabricantes y los importadores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que fabriquen o importen respectivamente (art. 1).

2.- Se entiende por fabricante del producto informático:

1º El de un producto terminado.

2º El de cualquier parte integrada en un producto terminado. Como vimos anteriormente el fabricante o el importador de una parte integrante de un producto terminado no serán responsables si prueban que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporada o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto (art. 6, 2).

3º Cualquier persona que se presente al público como fabricante, poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o de presentación (art. 4-1)¹⁰.

⁹ La Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios estableció en su artículo 3-1, que los productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios, no implicarán riesgos para la salud o seguridad, salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización. Este mandato ha sido desarrollado por infinidad de normas posteriores relativas al Derecho del consumo, destacando entre ellas el Real Decreto 280/1 990, de 22 de junio, por el que se prohíbe la fabricación y comercialización de productos de apariencia engañosa que pongan en peligro la salud y la seguridad de los consumidores, así como el Real Decreto 212/1 992, de 6 de marzo, relativo a la presentación de productos, que aprobó la Norma General de Etiquetado, Presentación y Publicidad de Productos Alimenticios.

¹⁰ Sobre la correcta y eficaz forma de identificación del fabricante y su producto, el artículo 11 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que el régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor o

3 - Se entiende por importador del producto informático:

Quien en el ejercicio de su actividad empresarial, introduce el producto en la Unión Europea para su venta, arrendamiento, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución (art. 4-2).

4.- Personas asimiladas al fabricante y al importador del producto informático:

a) Si el fabricante del producto no puede ser identificado, será considerado como fabricante quien hubiere suministrado o facilitado el producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el del fabricante (art. 4-3).

b) El suministrador del producto informático defectuoso responderá, como si fuera el fabricante, cuando haya suministrado el producto con conocimiento de la existencia del defecto. En este caso, el suministrador podrá ejercitar la acción de repetición contra el fabricante o importador (Disposición Adicional).

En el régimen de responsabilidad civil previsto en esta Ley, serán objeto de cobertura la muerte y las lesiones corporales, así como los daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso, siempre que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privados y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por el dañado (art 10-1).

Los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general (art. 10-2).

usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto, total o parcialmente, en caso de incumplimiento.

La responsabilidad civil global del fabricante o importador por muerte y lesiones corporales causadas por productos informáticos idénticos que presenten el mismo defecto, tendrá como límite la cuantía de 10.500.000.000 de pesetas (art. 11).

Los derechos reconocidos al perjudicado por esta Ley se extinguirán transcurridos 10 años, a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto informático causante del daño, a menos que durante ese período hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial (art. 13).

La acción de reparación de los daños y perjuicios prevista en esta Ley prescribirá a los 3 años a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio (art. 12-1).

La acción de regreso del que hubiera satisfecho la indemnización contra los demás responsables del daño, prescribirá al año a contar desde el día del pago de la indemnización (art. 12-1).

La interrupción de la prescripción se rige por el Código Civil (art. 12-2).

Los Artículos 25 a 28 de la Ley 26/1.984, de 19 de Julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no serán de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos informáticos defectuosos incluidos en el artículo 2 de la presente Ley (Disposición Final 1ª).

Se trata de una derogación material parcial, puesto que se derogan esos artículos para los daños producidos por productos, pero no para los daños producidos por la prestación de servicios, quedando en éste caso plenamente vigentes.

3.3.- Responsabilidad civil por servicios informáticos: responsabilidad civil profesional.-

La responsabilidad civil del profesional de la informática requiere del elemento de la culpabilidad. Es decir, no hay responsabilidad sin culpa por parte del profesional de la

informática causante del daño. Así pues, para que exista responsabilidad civil profesional del informático es necesario que se conjuguen los elementos que la configuran: acción u omisión productora del acto ilícito, antijuricidad, culpa del agente, daño efectivo y nexo de causalidad entre la acción y el daño causado

¿Qué se entiende por profesional de la informática?

Sin duda la persona que ejerce una profesión informática.

¿Qué se entiende por profesión informática?

Profesión informática es el empleo, facultad u oficio informático reconocido públicamente, ejercido por una persona con derecho a retribución.

El profesional de la informática puede causar daños en el ejercicio de su función o bien como funcionario, empleado o dependiente de una empresa o empleador (trabajador por cuenta ajena), o bien como profesional independiente ajeno a cualquier relación laboral que presta una serie de servicios determinados a un cliente (trabajador por cuenta propia).

En el primer caso, es decir, cuando trabaja como empleado o dependiente, el empleador responderá de sus empleados y dependientes que sean profesionales de la informática de forma **directa y solidaria** con el profesional causante del daño si la reclamación se formula por la jurisdicción civil y de forma **subsidiaria** si se plantea por la vía penal, fundándose la "ratio legis" de tal responsabilidad en la llamada culpa "in eligendo"¹¹ y en la denominada "culpa in vigilando" del empleador¹².

¹¹ RESPONSABILIDAD DIRECTA. CODIGO CIVIL

ART. 1.902: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado".

ART. 1.903: "La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes debe responder... Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones... La responsabilidad de que trata éste artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearan toda la diligencia del buen padre de familia para prevenir el daño."

ART. 1.904: "El que paga por el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho".

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA CODIGO PENAL

Artículo 120.

Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

2.º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212 de este Código.

3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

5.º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.

Artículo 121.

El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que,

en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

¹² Responsabilidad que tiene su razón de ser, filosófica y jurídica, en el principio de Derecho natural de quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro, debe soportar también sus daños, más que en valoraciones sobre culpabilidad electiva o de vigilancia, viene siendo objeto por dicha Sala de una progresiva interpretación, que sin llegar en su extensión a estimarse como objetiva, cabe afirmar correctamente que en cada avance es menos subjetiva, superando la vigencia de su ya arcaica y desfasada literalidad y concepción legislativa atemperada al momento histórico del Código Penal de 1.870, enteramente rebasada por las realidades sociales actuales, tratando de dar respuesta más satisfactoria a los problemas humanos y sociales presentes, así como a las seguridades económicas, que ante el riesgo lesivo creado, proclama que todo daño o evento perjudicial proveniente de trabajo empresarial o laboral por cuenta ajena requiere ser atendido mediante la vinculación económica de segundo grado representada por la responsabilidad civil subsidiaria, ante la insolvencia real o formal del responsable material de la infracción penal, por lo que el debatido problema del alcance y extensión del artículo 22 citado, aunque inicialmente orientado sobre relaciones directas de vínculos laborales o de dependencia análoga, la generalidad y amplitud de su texto, ha permitido a la doctrina científica y jurisprudencial poder aceptar, para ciertos casos y dentro de límites racionalmente ponderados, una responsabilidad más amplia en materia de reparación patrimonial, favoreciendo la apertura descrita de un reflexivo objetivismo asentado en la idea de riesgo.

Satisfecha la indemnización al perjudicado por parte del empleador, éste podrá plantearse la acción de repetición contra el profesional informático causante del daño. Sin embargo, puede darse el caso, por otro lado bastante frecuente, en el que exista una póliza de seguro de responsabilidad civil que cubra en el concepto de asegurado tanto a la empresa como al profesional empleado o dependiente de la misma. En este caso no procederá la acción subrogatoria del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro a favor del asegurador que hubiera satisfecho la indemnización y únicamente cabrá la acción de repetición contra el profesional informático asegurado en la póliza de responsabilidad civil, en el único caso de que el profesional hubiera incurrido en dolo en los hechos generadores del daño.

3.4.- Responsabilidad por la intromisión en el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen a través de INTERNET -

Nos vamos a referir también a la responsabilidad civil derivada de la telemática, en la que el usuario de esta actividad no es sólo sujeto pasivo de estas relaciones sino que además desarrolla una actividad de intercambio de informaciones mediante la comunicación a distancia de distintos ordenadores.

Mediante la telemática un usuario de un ordenador puede comunicarse con los ordenadores de otros usuarios o con bases de datos de todo tipo. Esta comunicación no se produce de forma directa, sino a través de intermediarios, utilizando para ello algún sistema de telecomunicación (telefonía, cable, etc.).

En los servicios telemáticos intervienen por tanto, varios sujetos que generan cada uno de ellos su propia responsabilidad civil:

a) Usuario, como su propio nombre indica es el destinatario de los servicios telemáticos que está conectado al sistema a través del servidor.

b) Servidor: Es el que organiza las entradas de los múltiples usuarios a los diversos servicios existentes en el mercado de la telemática. Para ello cuenta con una infraestructura técnica importante y utiliza alguno de los sistemas de telecomunicación disponibles. El servidor puede gestionar diversos servicios en general, o puede estar especializado en un determinado servicio para satisfacer concretamente la demanda de un determinado sector de usuarios.

c) Bases de datos. Son centros de consulta que almacenan informaciones y las someten a tratamiento automatizado.

d) Operador de red. Es el propietario o gestor de la red de telecomunicación.

Cada uno de estos sujetos intervinientes en la actividad telemática tiene su parcela de responsabilidad, incluyendo a los usuarios que también tienen responsabilidad. En la mayor parte de los casos se trata de una responsabilidad contractual, puesto que existen vínculos contractuales entre los sujetos que intervienen en esta actividad. Puede existir responsabilidad extracontractual en el supuesto de que nazca de una relación telemática entre dos usuarios del sistema. También puede darse la responsabilidad ex delicto, cuando se origine como consecuencia de un delito o falta para cuya comisión se haya utilizado el sistema.

Al igual que ocurre con la responsabilidad civil informática no existe una normativa específica que regule la responsabilidad civil de la telemática. Por ello hay que recurrir a la normativa general reguladora de la responsabilidad civil que hemos citado anteriormente al hablar de la responsabilidad civil informática.

Con frecuencia los sujetos intervinientes en la actividad telemática buscan la exoneración de sus responsabilidades a través de cláusulas contractuales de dudosa validez, sobre todo en el supuesto de que el destinatario de dichas cláusulas sea un consumidor no profesional.

Un importante factor a tener en cuenta en la regulación de toda esta actividad es que los sujetos intervinientes pueden estar localizados en distintos países lo que plantea el problema del Derecho aplicable, afectando al grado de responsabilidad exigible y a la protección del consumidor.

Pues bien, ante la aparición y desarrollo de INTERNET, auténtica superenciclopedia y flujo incesante de información, opinión y comunicación, aparece la necesidad de proteger derechos de la persona ya existentes, fundamentalmente la intimidad y la propia imagen, pero también las libertades del sujeto y el honor. El Tribunal Constitucional así lo entiende, en la sentencia 254/1993, la cual determina que estamos ante un instituto de garantía de otros derechos.

“Sobre los derechos de la personalidad que se tratan de tutelar frente a la informática – afirma ANTONIO ORTI VALLEJO –, el atentado a la misma puede producirse, en primer lugar, sobre la libertad de la persona, porque resulta de lo más elemental que el individuo que se siente vigilado, y sus datos controlados, puede resultar condicionado en el libre desarrollo de su personalidad. En cuanto a la amenaza que la informática puede producir al honor, la propia Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal ya lo advierte expresamente en el art. 1 y aunque, ciertamente, serán mínimos los casos en que se produzcan atentados al honor, no pueden menospreciarse. Derechos como el de rectificación o cancelación de datos inexactos (arts. 15 y 16 de la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal) o las obligaciones del responsable del fichero, tales como la de puesta al día (art. 4.3) y la de seguridad para evitar alteraciones de los datos (art. 9), están considerando el peligro que esa falta de correspondencia de los datos con la realidad puede suponer al honor o fama de la persona afectada. Estos derechos y obligaciones también están pensados para prevenir frente a una ilegítima alteración de su personalidad. En ambos casos, el afectado podrá hacer valer el derecho de rectificación de datos inexactos o incompletos que establece la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, derecho de rectificación que es una aplicación informática del mismo derecho regulado en la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo. Pero el mayor peligro de la informática, evidentemente, concierne a la intimidad. Es este derecho de la personalidad el que principalmente late como prevalente preocupación en todas las leyes de protección de datos informáticos del mundo y en la nuestra también.”

3.4.1.- Posible colisión entre el derecho al honor y la libertad de información.-

Resulta obligado antes de continuar establecer los **criterios para dirimir la posible colisión entre el derecho al honor y la libertad de información.**

Para ello debemos recurrir a la aplicación jurisprudencial de estos derechos constitucionales que pueden entrar en colisión.

De entrada la jurisprudencia tiene declarado que la delimitación entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y expresión, del otro, en opinión de la jurisprudencia constitucional, ha de hacerse caso por caso, sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos.

La tarea de ponderación entre el derecho al honor y a la intimidad y la libertad de expresión e información ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que ostenta, sobre los derechos denominados de la personalidad del art. 18, el derecho a la libertad de información del art. 20.1 d), ambos CE, en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen.

Cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso, para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten, en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad; tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de la otra.

La libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna otra forma cuya identidad no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento.

Finalmente la información veraz debe significar información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa, habiendo destacado la jurisprudencia la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras entre el derecho al honor y la libertad de información, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido sea interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí que no pueda hacerse abstracción, en absoluto, del elemento intencional de la noticia.

Sentadas estas bases debemos abordar a continuación el contenido de estos derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, pues son derechos bien distintos.

3.4.2.- Derecho al honor.-

El derecho fundamental al honor se encuentra integrado por dos aspectos o actitudes íntimamente conexiones:

- 1) El de la immanencia o mismidad, representada por la estimación que cada persona hace de sí misma
- 2) Y el de la trascendencia o exterioridad, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad; por ello, el ataque y lesión, en su caso, al honor se desenvuelven tanto en el marco interno de la propia intimidad e incluso de la familia, como en el externo del ambiente social y por ende profesional en el que cada persona se desenvuelve, razones, éstas, que hacen trascender el referido derecho del ámbito estrictamente intimista, al familiar y al social.

El derecho al honor puede verse atacado, lesionado o vulnerado por la divulgación, a través de los medios de comunicación e información, y especialmente los de muy alta audiencia pública, de actos, hechos, noticias, etc., relativas a personas, tanto físicas como sociales, que pueden afectar tanto a su propia estimación, como a su esfera familiar y a su consideración socio-profesional,

El honor protegido en sentido genérico por la Constitución Española, justamente con la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen (art. 18.1), además de concretamente en la LO 1/1982 de 5 de mayo, y el Código Penal bajo el epígrafe "De los delitos contra el honor", comprende, en este último texto, tanto la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio -calumnias, como toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona -injuria-, aspectos, éstos, del tipo "ataque contra el honor", que aun cuando no vinculen al orden jurisdiccional civil, sí le sirven como módulo hermenéutico para fijar el contenido y caracterización de dicho derecho fundamental.

El derecho al honor no puede constituir ni constituye obstáculo para que, a través de expedientes administrativos o procesos judiciales seguidos con todas las garantías, se pongan en cuestión conductas sospechosas de haber incurrido en ilicitud, pues el daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se origina en estos procedimientos, sino en la propia conducta, y ni la Constitución Española ni la Ley pueden asegurar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos.

3.4.3.- Derecho a la intimidad.-

El Derecho a la intimidad personal garantizado por la Constitución Española, ha de considerarse referido a evitar las injerencias arbitrarias en la vida privada de una persona, su familia, honra o reputación a que alude el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ¹³.

¹³ La Jurisprudencia se ha pronunciado sobre algunos casos concretos determinando la conculcación o no del derecho a la intimidad. A continuación pasamos exponer algunos criterios jurisprudenciales sobre el particular.

* La Petición de la inspección fiscal de que el contribuyente o, en su defecto, la entidad de crédito afectada facilite las certificaciones de los movimientos de las cuentas, no supone en sí la vulneración del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la CE., ni de ningún otro derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo (TC 1ª. S 26 noviembre 1984).

* Es posible que la inspección financiera y tributaria pueda, en alguna ocasión, a través de la investigación de antecedentes o documentos relativos a los movimientos de las cuentas bancarias, interferirse en aspectos concretos del derecho, al igual que los demás, tiene sus límites, que en este caso vienen marcados por el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de

Consideramos el tema suficientemente desarrollado por la anterior ponencia pronunciada por JAVIER SIGUENZA relativa a los aspectos jurídicos de la confidencialidad.

3.4.4.- Derecho a la propia imagen.-

Por imagen se entiende la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, pero, a efectos de la LO 1/1982, ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción, y que, en tal sentido, puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad de inestimable valor para el sujeto y el ambiente social en que se desenvuelve, incluso en su proyección contra desconocidos sujetos¹⁴.

acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, como dispone el artículo 31.1. CE. (TC 1º S 26 noviembre 1984).

* La grabación de una conversación telefónica en su, al margen de su empleo ulterior, sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético "derecho a la voz" que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún derecho extranjero; tal protección de la propia voz existe sólo, en el derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada ad extra y no meramente registrada, y aun en este caso, cuando dicha utilización lo sea con una finalidad publicitaria, comercial o análoga (artículo 7.6 LO/1982). (TC 2º S 29 noviembre 1984).

* No puede considerarse violados los derechos a la intimidad personal cuando se impongan limitaciones a los mismo como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula (TC 2º S 2 diciembre 1987).

* No puede mantenerse el criterio de que las cuentas corrientes bancarias formen parte del ámbito de la intimidad personal y familiar protegido por el ap. 2 del artículo 18 CE., ya que el sustraer siempre y en todo caso a las actuaciones de la Administración la actividad económica de las personas físicas y jurídicas equivaldría a dar a este derecho a la intimidad un carácter absoluto e ilimitado frente a lo que quiere el legislador, el cual, mediante un precepto con rango de Ley Orgánica, como es la Ley Orgánica 1/1982, dice que los derechos que esta Ley protege no son ilimitados, agregando que los imperativos del interés público pueden hacer que por la ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad.

¹⁴ * Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el artículo 18.1 CE, forman parte de los bienes de la personalidad, que pertenecen al ámbito de la vida privada; salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas, y en este ámbito de la intimidad reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza el precepto

* Aun cuando los límites del derecho a la propia imagen han sido siempre imprecisos y borrosos, y contingentes las más de las veces, es cierto que la reproducción o difusión mediante procedimientos técnicos o mecánicos, y sin autorización de la persona a la que pertenezca la imagen reproducida, tendrá un derecho a su protección y, en su caso, un eventual derecho a una indemnización, al

Ni el art. 18.1 CE, ni la LO 1/1982 de 5 May. (protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), contienen definición legal de qué debe entenderse por imagen. Ha sido la jurisprudencia la que ha venido a delimitar el concepto, al declarar que ha de entenderse por tal la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, lo que equivale, a efectos de la LO 1/1982, a representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico -y con ello cualquier técnica adecuada- para obtener su reproducción (TS 1.ª SS 11 Abr. 1987, 29 Mar. y 9 May. 1988, 9 Feb. y 13 Nov. 1989, 29 Sep. y 19 Oct. 1992, 7 21 Oct. 1996 y 30 Ene. 1998). La interpretación no se agota en lo que se deja expuesto y en cuanto a que equivale a reproducción visible de figura humana identificada o identificable, pues cabe extender el concepto a otras representaciones de la persona que faciliten de modo evidente y no dubitativo, o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas, su reconocibilidad.

resarcimiento, y que, las más de las veces, rozará o lesionará los derechos a la intimidad, bien personal o familiar, y cuya pretensión fue canalizada antaño por los cauces del artículo 1902 del Código Civil, y últimamente, por los de la LO 1/1982.

* La jurisprudencia ha reconocido la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, la facultad de evitar su reproducción, en tanto que se trata de un derecho de la personalidad, proclamando que la reproducción indiscriminada y sin autorización de la persona a la que pertenezca la imagen reproducida originará un derecho al resarcimiento, pretensión que ha encontrado su normativa adecuada por la publicación de la LO 1/1982.

Personajes públicos.

Evidentemente el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, y buena prueba de ello es el art. 8.2 a) de la LO 1/1982, pero lo cierto es que quien ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública tiene derecho a su propia imagen y a su intimidad, cuando clude su presentación en un acto público o en lugares abiertos al mismo. (artista profesional, que busca un lugar en playa escogido y poco concurrido de gente, alejado de los núcleos de población, y que, vestida sólo con la pieza inferior de su traje de baño, es fotografiada con teleobjetivo sin su consentimiento, fotografías tomadas por un profesional del ramo que las vende a una revista, donde son publicadas) para salvaguardar su intimidad, que tan subrepticamente fue vulnerada.

El carácter público de la persona cuya imagen se reproduzca sin su consentimiento únicamente legitima su captación, reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de una explotación para fines publicitarios o comerciales.

Suceso o acontecimiento público.

En el caso de un suceso o acontecimiento público, debe estimarse que los usos sociales y la índole propia de la actividad profesional de las personas intervinientes en los hechos, no excluyen la posibilidad de difundir por los medios de comunicación los hechos por la connatural publicidad de los mismos.

La LO 1/1982, destaca que los derechos por ella protegidos no pueden considerarse absolutamente ilimitados y, en razón a ello, señala cómo imperativos de interés público pueden hacer que por la ley se autoricen determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, las cuales no podrán ser reputadas ilegítimas. Así, no se reputarán como tales las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley.

Una situación claramente reputable de urgencia y peligro para la sociedad legitima la actuación de la Administración a dar publicidad de los resultados de la actividad policial, dado que resulta prevalente el servicio general a la población a los derechos individuales

Existe en la doctrina una coincidencia generalizada respecto de la necesidad de regular muchos aspectos de INTERNET, tanto desde el punto de vista general ¹⁵, como desde la

¹⁵ Afirma FERNANDO GALINDO, Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Zaragoza, que resulta necesaria una regulación de INTERNET desde la doble perspectiva de una Directiva Europea y Leyes estatales complementarias:

“Una Directiva

El núcleo central de una normativa europea sobre la materia ha de estar centrado en los siguientes temas: mecanismos de confianza y métodos de cifrado, conexión de la Directiva con el resto del ordenamiento jurídico y el esquema fundamental de la Directiva

a) Mecanismos y métodos

Como ha sido expresado en otros artículos, y se recoge en la realidad jurídica y social existente, una Directiva europea, dirigida a los Estados miembros, que garantizara la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas debería propiciar la instauración de los siguientes mecanismos de confianza y métodos de cifrado:

Mecanismos

1. Una infraestructura que garantice las comunicaciones entre los ciudadanos, de éstos con las Administraciones y de las Administraciones entre sí, respetando la pluralidad cultural y lingüística europea.
2. La declaración de que los ciudadanos son libres y responsables de sus actos pudiendo ser penados como autores de un delito de obstrucción a la justicia por negarse a declarar la clave privada en comunicaciones electrónicas que formen parte de acciones delictivas.
3. El respeto a la legislación sobre protección de datos personales.
4. La puesta en práctica de la interceptación de las telecomunicaciones con el fin de prevenir el delito.
5. El establecimiento de una Autoridad competente sobre telecomunicaciones en cada país europeo.
6. El establecimiento de varias Autoridades de Certificación en cada país europeo. La acción de estas Autoridades ha de estar autorizada por la Autoridad competente respectiva por medio de un procedimiento que potencie la acción del mercado.
7. La libertad del establecimiento de Oficinas de confiabilidad pudiendo serlo las Oficinas tradicionales (notarías y registros).
8. La posibilidad de que las Oficinas de confiabilidad puedan establecer acuerdos con Autoridades de Certificación.
9. La articulación de medidas dirigidas a propiciar la estandarización técnica.
10. La organización de Códigos de práctica.

11. El establecimiento de un Grupo de protección de la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas de ámbito europeo, representante de las Autoridades Competentes de cada país y del Comité de la Comisión, encargado de coordinar las políticas sobre la materia.

12. El establecimiento en la Comisión Europea de un Comité nombrado por los Estados miembros que tendría por misión hacer propuestas relacionadas con la materia atendiendo al desarrollo tecnológico y al de las técnicas de cifrado.

Métodos de cifrado

1. La declaración del principio de la libertad de elección de los métodos de cifrado.
2. La declaración del principio de que nadie estará obligado a depositar su clave privada.
3. La declaración del principio de que el ciudadano es responsable de las consecuencias seguidas de la adopción de uno u otro método.
4. La afirmación de que el Estado ha de cumplir sus funciones propias de fe pública y prevenir y perseguir a la delincuencia.

b) Conexión con el resto del ordenamiento jurídico

Otros elementos de la Directiva han de estar constituidos por la conexión de su regulación con el resto de las materias objeto de regulación del ordenamiento jurídico. En especial ha de atenderse a las personas, lugar y tiempo de las comunicaciones electrónicas. También al reconocimiento de las garantías jurídicas de la regulación: al sistema de recursos.

En concreto: ámbito de aplicación, regulación de Derecho internacional privado, recursos judiciales, sanciones y regulación del ámbito internacional de las comunicaciones electrónicas habidas con otros países (de la Unión Europea y de fuera de la Unión Europea).

Para estas medidas referencia fundamental ha de ser la regulación sobre protección de datos personales dada la conexión que desde un punto de vista jurídico sin duda existe sobre la materia. En concreto la Directiva sobre protección de datos personales. La diferencia reside en los bienes afectados, que en el caso de la protección de datos es la intimidad personal, mientras que en la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas lo es el secreto de las comunicaciones, la libertad de expresión, la fe pública, el libre comercio, el acceso a la información y la acción del Estado en la persecución y prevención del delito. La coincidencia está en que en uno y otro caso los mecanismos de acción están constituidos por las tecnologías de la información y la comunicación.

c) Esquema de la Directiva

Una Directiva hipotética debería contar con los siguientes apartados:

El Preámbulo.

El Capítulo I que estaría destinado al establecimiento de disposiciones generales. En él se debía especificar lo siguiente:

1. El objeto de la Directiva.
2. Las definiciones fundamentales de la misma referidas a: técnicas de cifrado, propiedades de las comunicaciones electrónicas seguras, y a las instituciones de confianza.
3. La coordinación de la red con la destinada a protección de datos personales, red complementaria a la anterior.
4. La estipulación de que está al margen de la Directiva la regulación de la interceptación de las comunicaciones electrónicas.
5. La determinación del Derecho nacional aplicable según el lugar de la comunicación y la nacionalidad de quien la realiza.

El Capítulo II debería ocuparse de las «Condiciones generales para la protección de la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas». En él cabría establecer, en tres secciones, las siguientes materias:

1. Los principios relativos a la puesta en práctica de la seguridad de las comunicaciones electrónicas.
2. Los principios relativos a la puesta en práctica de la confiabilidad de las comunicaciones electrónicas, y
3. Los principios relativos a la adopción de estándares técnicos sobre la materia.

El Capítulo III se ocuparía de reseñar los Recursos judiciales.

Responsabilidad y sanciones.

El Capítulo IV debería tratar sobre las Comunicaciones internacionales y la forma de establecer la necesaria coordinación en la materia.

El Capítulo V se ocuparía del establecimiento de Códigos de conducta.

El Capítulo VI daría normas para el funcionamiento de la Autoridad Competente y del Grupo de protección de la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas.

El Capítulo VII haría una previsión sobre las Medidas de ejecución comunitarias.

Las disposiciones finales se ocuparían de la entrada en funcionamiento de la Directiva.

■ Las leyes estatales complementarias

Como ha quedado expresado, la regulación «constitucional» de Internet no termina con una Directiva. Es más, dada la situación de la normativa interna de cada Estado y la necesidad de que la regulación de Internet afecte a ámbitos de poder, más bien se inicia en cada Estado acompañando el ajuste del ordenamiento interno a una normativa europea, acaso más liviana que una Directiva. Por tanto, es difícil hablar de cómo puede concretarse generalmente el ajuste inicial porque el contenido del ordenamiento interno dependerá de las características de cada ordenamiento interno.

Por todo lo cual, aquí vamos a limitarnos a hacer algunas sugerencias generales de cambios más notables requeribles al ordenamiento español que se desprenden del contenido de la hipótesis de Directiva establecida. Ha de advertirse que aquí se parte de la convicción de que los cambios, en general, no necesitan ser drásticos, una vez que la mayor parte de los ordenamientos europeos ya cuentan con normas, a uno u otro nivel (legislativas y administrativas unas, sentencias judiciales en alguna medida) en las que se da respuesta a los problemas de seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas que han ido naciendo, como ya se vio al estudiar la legislación vigente española como ejemplo.

a) Ley sobre firma digital

A efectos de evitar dificultades en la aplicación del Derecho positivo, debería elaborarse una ley sobre firma digital que concretara sus características y condiciones, a efectos de ser tenidos por válidos en juicio los actos y contratos realizados utilizando dicho mecanismo.

b) Redefinición del delito de obstrucción a la justicia

En el Código Penal de cada país debería contemplarse que aquella persona que en el caso de que en la investigación de un delito se negare a revelar la clave privada de un mensaje cifrado incurriría en el delito de obstrucción a la justicia, lo que comportaría la aplicación de la pena correspondiente.

c) Regulación de la interceptación legal de las comunicaciones

Han de ajustarse al Derecho interno las actividades de los operadores de servicios de telecomunicaciones. Estos han de cumplir con los derechos de las personas, especialmente el del secreto de las telecomunicaciones, y auxiliar a la interceptación de las mismas dispuesta en la resolución del Consejo de la Comisión Europea en su resolución 96/C 329/01, relativa a la interceptación legal de las telecomunicaciones, en aplicación del Título VI del Tratado de la Unión Europea.

En cada país de la Unión Europea se hace preciso desarrollar, lo mejor es que desde el comienzo sea ello en forma coordinada, un conjunto de normas que permitan utilizar las virtualidades de las vigentes y establecer un mecanismo que permita asumir las modificaciones que reclame el futuro desarrollo tecnológico de las telecomunicaciones.

d) Ley sobre la Autoridad Competente

Se deben regular las características, derechos y obligaciones de la Autoridad Competente en materia de telecomunicaciones. Su estatuto orgánico. Su dependencia.

Esta autoridad debería ser nombrada por el poder ejecutivo, pero, dadas sus funciones y su competencia relacionada con la soberanía, debería estar obligada al menos a informar al poder legislativo.

Ha de prestarse atención a su función en la interceptación legal de telecomunicaciones con respecto a operadores de red y Oficinas de confianza.

Debería regularse una institución gubernamental que centralizara las peticiones de intervención de distintas agencias estatales, contando con permiso judicial, a la Autoridad Competente.

e) Ley sobre Autoridades de Certificación de clave pública

Se deben regular las condiciones que han de satisfacer las denominadas Autoridades de Certificación de clave pública para obtener una licencia por parte de la Autoridad Competente.

perspectiva comercial, pues es previsible que la actividad comercial en Internet aumentará su volumen e importancia conforme las empresas y el público confíen en este medio para anunciar sus productos o servicios, procesar vital información mercantil y efectuar compraventas ¹⁶

También ha de regularse la constitución y acción de dichas Autoridades en las Administraciones Públicas. Juzgados... en general en organismos de carácter público.”

¹⁶ Veamos las necesidades legislativas propuestas por EDUARDO USTARAN :

• Códigos criptográficos

Un ejemplo de ello es la propuesta reguladora del gobierno británico en torno al uso de la criptografía para fines comerciales. La utilización de códigos criptográficos está contemplada por la mayoría de las legislaciones del mundo desde el punto de vista de sus aplicaciones militares. Por lo tanto, la utilización de dichos códigos fuera de las fronteras nacionales está fuertemente restringida.

A través de un documento publicado por el Departamento de Comercio e Industria del Reino Unido, el gobierno ha solicitado la opinión de las partes interesadas en el uso generalizado de criptografía en el ámbito mercantil. La propuesta británica tiene como objetivo el equilibrio entre la creciente demanda de servicios criptográficos que aseguren la integridad y privacidad de las comunicaciones y la necesidad de garantizar el cumplimiento de la ley y el orden público. Dicha propuesta se basa en la introducción de un sistema para otorgar licencias a fedatarios públicos (Trusted Third Parties) encargados de prestar servicios criptográficos. De acuerdo con el documento publicado, estos fedatarios públicos tendrán la obligación de dar fe de la identidad de las partes a través de los códigos criptográficos de las mismas. Asimismo, la propuesta legislativa prevé que quienes estén autorizados para prestar servicios criptográficos deberán facilitar el acceso de las autoridades a los códigos.

La idea del acceso oficial a los códigos criptográficos, que tiene su precedente en los Estados Unidos, ha levantado las críticas de los defensores de derechos civiles. Sin embargo, el uso de entidades autorizadas es por el momento una de las alternativas más prometedoras para el fomento de la seguridad en el comercio electrónico. Otras opciones incluyen, por ejemplo, el modelo sugerido por el gobierno del Estado de California, que establece controles sobre las operaciones de los fedatarios por medio de auditorías llevadas a cabo por empresas privadas.

• Publicidad

Con una audiencia potencial de 50 millones de personas, Internet es un escaparate mundial donde pequeñas, medianas y grandes empresas tienen la oportunidad de anunciar sus productos o servicios. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el marco regulador aplicable a la publicidad en otros medios de comunicación es también aplicable a Internet.

En el Reino Unido, el organismo encargado de velar por la legalidad de la publicidad ya ha tenido la oportunidad de poner en práctica sus poderes con ocasión de un anuncio publicado en la World Wide Web (WWW) por la Asociación de las Comunicaciones por Cable. El anuncio en particular mostraba un diagrama en el que se daba a entender que cables de fibra óptica llegaban directamente a los hogares de los usuarios de servicios de cable. Sin embargo, el tendido de fibra óptica se detiene en centros de difusión local que están en realidad conectados a los usuarios por medio de cables de cobre. La confusión provocada por el citado diagrama concluyó con la prohibición del anuncio y la Asociación de las Comunicaciones por Cable tuvo que modificar su «página web».

Las empresas que utilizan Internet con fines publicitarios están igualmente sujetas a las disposiciones legales de múltiples jurisdicciones. Esta circunstancia fue puesta de manifiesto en 1995 cuando el Departamento de Transporte norteamericano multó a la compañía aérea británica Virgin con 14.000 dólares por anunciar en sus «páginas web» tarifas aéreas entre Londres y los Estados Unidos que habían dejado de estar vigentes.

Más recientemente, el Instituto de Tecnología de Georgia (EE.UU.) fue acusado en Francia por la Asociación para la Defensa de la Lengua Francesa de incumplir la normativa legal que requiere que todos los anuncios «publicados» en el país galo sean traducidos al francés. Dado que la información publicada en la WWW puede ser visualizada desde cualquier lugar del mundo, y que por lo tanto una persona residente en Francia puede adquirir productos anunciados en todos los idiomas existentes en Internet, la aplicación estricta de esta ley conduciría al colapso mundial de la red. Aunque en el caso del Instituto de Tecnología el Tribunal decidió finalmente en favor de la institución americana debido a fallos procesales, este ejemplo muestra los peligros del alcance global de la publicidad en Internet.

• Contratos electrónicos

El comercio electrónico se basa esencialmente en contratos electrónicos. Este tipo de relación contractual tiene lugar con o sin condiciones mutuamente negociadas. En la mayoría de los casos, las transacciones mercantiles realizadas en Internet están fundadas en contratos click-wrap

—documentos que aparecen forzosamente en la pantalla del ordenador en algún momento de la transacción—. Estos documentos establecen las condiciones del contrato y requieren que el comprador acepte dichas condiciones antes de proceder a la siguiente pantalla. El contenido de este tipo de contratos desempeña un papel fundamental para su aplicación internacional.

En el contexto de la Unión Europea, el Parlamento y Consejo Europeos adoptaron en mayo una directiva que tiene como objetivo la protección del consumidor con respecto a los contratos formados a distancia. Dichos contratos incluyen todos aquellos en los que uno o más medios de telecomunicación son utilizados para la formación del contrato. La directiva reconoce que, dado el continuo desarrollo de las telecomunicaciones, es muy difícil reunir todas sus variedades en una lista. Sin embargo, esta disposición es consciente de que, cualquiera que sea el medio empleado, el consumidor debe ser informado convenientemente de sus derechos. Este es sin duda un importante paso para estimular tanto la confianza de empresas como de consumidores en el comercio electrónico.

• Protección de datos de carácter personal

Los usuarios de tecnología informática con fines comerciales están normalmente sujetos a la legislación de protección de datos de carácter personal. El enfoque adoptado por la Unión Europea y apoyado desde el Reino Unido se funda en la defensa de la privacidad y seguridad de la información al mismo tiempo que reconoce la necesidad de un sistema flexible. Esta es al menos la opinión mantenida por la Agencia de Protección de Datos británica, que ha sugerido la introducción de un régimen de control simplificado para aquellas organizaciones que estén dispuestas a nombrar un supervisor interno. Este tipo de supervisor interno tendría la responsabilidad de asegurarse de que todas las operaciones informáticas que conlleven el tratamiento automatizado de datos de carácter personal observen la legislación vigente.”