

PROPUESTAS PARA UN CÓDIGO ACORDE A LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Los resultados alcanzados en las investigaciones realizadas por el Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata demuestran las limitaciones del sistema jurídico vigente de cara a las necesidades de una sociedad global conectada en tiempo real por las tecnologías de la información y las comunicaciones, a las que no es ajeno el ordenamiento argentino.

La posibilidad de realizar una reforma sustancial del derecho privado permitirá dar pasos significativos en dirección a la morigeración, en este ámbito, de las limitaciones de muy diversa índole que hemos detectado y de las que dan cuenta, entre otras fuentes, nuestras publicaciones.

En los párrafos que siguen, en un orden que sigue la estructura del Proyecto de Código de 1998, se desarrollan algunos de los temas que consideramos oportuno que sean tenidos en cuenta por la Comisión Reformadora y nuestra propuesta.

Esos temas son:

- Neutralidad tecnológica
- Consideración de la información personal
- Bienes
- Forma y prueba de los actos jurídicos
- Conservación de originales y documentación respaldatoria

Esta propuesta, que abarca exclusivamente los temas estudiados cuyo análisis consideramos suficientemente consolidado al presente como para transferirlo a la Comisión Reformadora, fue preparada en junio de 2011 por la Directora del GECSI, Prof. Abog. Noemí Olivera, con la colaboración de los Abogs. José María Lezcano y Ernesto Liceda, becarios de investigación de la UNLP, integrantes del GECSI.

NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA

La posible utilización de medios tecnológicos en el marco de la realización de actos jurídicos mostró, a poco andar el fuerte condicionamiento que la opción por una dada tecnología puede llegar a imponer a las partes. Debido a esto, tempranamente se definió la neutralidad tecnológica y se la incluyó como principio del Derecho Informático. Sin embargo, el principio de neutralidad tecnológica (ALFA REDI, 2006), sonoramente proclamado (Van der Haar, 2007), es escasamente respetado (ONT, 2008).

En razón de ello, se considera oportuno que entre las reglas del TÍTULO I del LIBRO PRIMERO, (De la obligatoriedad de la ley), se incluya la previsión de que:

- Ninguna norma general puede imponer requerimientos tecnológicos que deriven en el condicionamiento de la utilización de determinada tecnología.

- Al tiempo de reglamentar la realización de actos mediados por las tecnologías sólo se establecerán estándares de seguridad (entendiendo por tales los vigentes al tiempo de la celebración de tales actos).

CONSIDERACIÓN DE LA INFORMACIÓN PERSONAL (DATOS PERSONALES)

Al presente la protección de datos personales en el ámbito del Derecho Privado se encuentra regulada en la Ley 25.326, que abarca tanto materia sustancial como procesal, sin desconocer la previsión del art.1071 bis en lo referido a la intimidad.

A fin de unificar el régimen protectorio, sería recomendable la inclusión de las cuestiones de fondo contenidas en la ley 25.326 (la definición de Dato personal y base de datos, consentimiento, entre otros) entre las disposiciones del Código relativas a los derechos de la personalidad, así como también precisar algunos aspectos que hacen a la protección de datos personales que no se encuentran explícitamente enunciados en el texto vigente.

Considerando, asimismo, que el régimen de los derechos de la personalidad se sitúa en el título de la Persona Humana, se sugiere, asimismo, la inclusión, en la Sección Primera del título de las Personas Jurídicas, de un artículo que disponga la extensión de la protección de datos a las personas jurídicas en los términos del segundo párrafo del art. 1° de la ley 25.326.

Entre las cuestiones que consideramos se deberían incorporar y/o explicitar, se cuentan:

- A los efectos de las normas de este código, se entenderán privacidad e intimidad como sinónimos.
- Las cuestiones que involucran a la privacidad e intimidad se consideran como de orden público.
- No limitar la aplicación del régimen a las bases de datos públicas y las privadas destinadas a dar informes.
- Reconocer el Derecho al Olvido y a la autodeterminación informativa como derechos indisponibles.
- La utilización de los datos personales debe ser interpretada en relación al ámbito/medio/círculo en el que se integran o producen.

- Deben reconocerse los principios de consentimiento, acceso a los datos propios, finalidad, proporcionalidad como pertinencia de los datos personales.

BIENES

La progresiva desmaterialización de los objetos susceptibles de tener valor económico aconseja apartarse definitivamente del criterio adoptado por el codificador, y mantenido en el art.217 del Proyecto de 1998, esto es la tradicional distinción entre objetos materiales (cosas) e inmateriales (bienes propiamente dichos).

La experiencia ha demostrado, asimismo, que soluciones al estilo de la incorporada por la ley 17711 en el artículo 2311, sólo resultan satisfactorias mientras se mantiene el contexto tecnológico tenido en vista por el legislador.

La información y el conocimiento son elementos centrales de la sociedad que el nuevo código está llamado a regular. Ahora bien, siendo que la consideración de su naturaleza excede los límites del presente, se impone tener presente que no son necesariamente apropiables ni tienen valor económico intrínseco, pero es indudable que merecen protección en el ámbito del Derecho Privado.

Esta cuestión se visualiza claramente cuando se analizan problemáticas derivadas del flujo de información y en lo referido a la propiedad intelectual.

1.- INFORMACIÓN

Al presente no son pocos los autores que acuden a la analogía entre la energía y la información para proponer la aplicación del régimen de las cosas a cuestiones referidas a la información (Lezcano, 2010).

2.- PROPIEDAD INTELECTUAL

Debido a las características del desarrollo tecnológico, la propiedad intelectual está en expansión geométrica. Sin embargo, no tiene cabida en nuestros códigos toda vez que cada uno de sus títulos es regulado por un cuerpo normativo propio, lo que debilita la protección de creaciones intelectuales no comprendidas en ninguno de esas normas, como es hoy el caso de las bases de datos no originales (Directiva 95/46/CE) situación que previsiblemente se extenderá a otros casos en el futuro.

Por otra parte, en nuestro medio, en razón del régimen vigente, se tiende a circunscribir el concepto de propiedad a "las facultades que una persona puede tener sobre una cosa" (Mariani de Vidal, 2004:79), en tanto la actuación del titular de los derechos a la explotación económica de las creaciones intelectuales aparece como la de un 'propietario'.

Por lo expuesto, se aconseja abandonar la distinción entre bienes y cosas en la SECCIÓN PRIMERA del CAPÍTULO I del TÍTULO III. Del patrimonio, adoptando un criterio semejante al del Código Italiano en su artículo 810: Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti.

FORMA Y PRUEBA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Todo acto jurídico tiene una forma y en el sistema del Código predominantemente basado en el principio de escritura, que requiere un documento y este una forma material, “en un soporte concreto, delimitado en el espacio” (Hassemer, n.d., 6). y la necesidad de firma para manifestar y probar la voluntad expresada en el texto escrito

FIRMA

La posibilidad de realizar actos jurídicos en entornos digitales llevó al desarrollo de la tecnología para la firma digital y a la formulación del principio de ‘equivalencia funcional’ para dotar a la utilización de tal firma en documentos electrónicos del valor asignado a la firma ológrafa puesta en documentos escritos. Tales fines no se han logrado en nuestro país por cuanto, en el afán de asegurar la integridad del documento firmado digitalmente, sólo se considera funcionalmente equivalente a un documento con firma ológrafa a un documento digital firmado digitalmente, el cual ofrece seguridades equiparables a las que otorga un acta notarial (Ley 25326, art.2).

Cabe señalar que la tecnología adoptada en 2001 por la ley 25506 que, por otra parte, no ha alcanzado aún plena vigencia, está siendo cuestionada al presente tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea, por no ofrecer la necesaria certeza de que quien ha puesto la clave en un documento sea efectivamente su titular. Esta cuestión que no era desconocida al tiempo de la adopción del sistema, de lo que da cuenta la presunción de autoría del art.7 de la ley nacional.

DOCUMENTOS

Por otra parte, ya al tiempo de la sanción de dicha ley, se reconoció la existencia de documentos digitales no escritos (Art.6) y se declaró que satisfacen el requerimiento de escritura. No se alcanzó, sin embargo, a reconocer el valor vinculante de las manifestaciones de voluntad expresadas en ellos en los casos en que la ley exige que sean acompañadas de firma. Desde entonces mucho han avanzado las TICs y se ha expandido la Internet, lo que habilita la realización, por ejemplo, de asambleas a distancia y la conservación del registro exacto de lo sucedido en imagen y sonido (Liceda y Lofeudo, 2010), lo que sin duda constituye un registro más fiel que el que realiza quien escribe el acta, incorporando a ella percepciones subjetivas.

Por las razones expuestas no aparece conveniente mantener la exigencia de ‘expresión escrita’ en los términos del texto propuesto en 1998 para el

art.266. Se recomienda, en consecuencia, no limitar los soportes aceptables a los que permiten el acceso al contenido mediante la 'lectura'.

En igual sentido, la exigencia de pacto escrito para elegir la forma de un acto jurídico futuro (art.265) parece innecesaria de cara a la libertad consagrada en el art. 263, toda vez que en su marco la opción por la forma podría derivarse del contenido del propio soporte elegido. Así, un registro de imagen y video de una persona diciendo 'acepto', alcanzaría el valor de un documento escrito y firmado. Si así no se aceptara, sólo quienes tienen acceso a la firma digital podrían optar válidamente por formas no escritas para realizar actos entre 'ausentes', toda vez que serían los únicos habilitados para optar por escrito por otras formas.

EQUIVALENCIA FUNCIONAL

La posibilidad de utilizar medios distintos del papel escrito, con o sin firma, para expresar la voluntad cuando la ley exige algo más que la expresión gestual o verbal llevó a la formulación del principio de 'equivalencia funcional', principio ciertamente transitorio, que sólo se mantendrá hasta que se asuma en plenitud el cambio de paradigma en el campo del lenguaje y su expresión.

Bien que circunscripto al ámbito del documento y la firma digital, este principio es ciertamente útil, toda vez que habilita la utilización de medios y soportes digitales en la realización de actos con consecuencias jurídicas. Sin embargo, la equivalencia funcional, no se puede declarar en blanco. En caso contrario se puede recaer en una situación como la que causa el texto del artículo 1º de la ley 26.338 (conocida como de 'Delitos Informáticos'). Esta norma incluye algunos párrafos en el artículo 77 del CP, especie de diccionario penal cuya función es determinar la interpretación que debe darse a determinados conceptos o vocablos. Como consecuencia de esta decisión legislativa, el art.173 inc.4 comprende al 'abuso de firma digital en blanco', tecnológicamente imposible y jurídicamente absurdo (Liceda, 2010).

CONSERVACIÓN DE ORIGINALES Y DOCUMENTACIÓN RESPALDATORIA

Los términos en que está concebido el texto del art.313 del Proyecto 1998 no alcanzan a satisfacer las previsiones de los artículos 11 y 12 de la ley 25506, lo que se explica cronológicamente. En tanto, la proliferación de tecnologías digitales en la actuación jurídica impone regular el archivo seguro de documentos digitales (archiving), en un marco de neutralidad tecnológica.

En consecuencia, se recomienda la inclusión de una norma que establezca que, cuando en este código o en las leyes especiales se mande la conservación de originales o copias, la obligación se considerará cumplida con la conservación de ejemplares digitalizados de tales documentos en

tanto se los preserve con los parámetros de archivo seguro vigentes al tiempo de la conservación.

RESPONSABILIDAD CIVIL EN ENTORNOS DIGITALES

Las dificultades para interpretar la actividad cumplida en entornos digitales en los términos de un sistema jurídico que escasamente contiene a la sociedad industrial pueden ser consideradas la causa de las resoluciones contradictorias recaídas en la materia.

En consecuencia, se considera oportuno que el nuevo Código explícitamente declare que la actividad en entornos digitales conlleva obligación tácita de seguridad en los términos del art.1634 del Código de 1998. En el caso de una pluralidad de intervinientes, la responsabilidad será atribuida en proporción a la actuación que cabe a cada uno en la generación del daño.

Referencias

- ALFA-REDI (2006), Documento de Trabajo 1/2006: Sobre Neutralidad Tecnológica. <http://www.alfa-redi.org/ar-dnt-documento.shtml?x=6080>
- Hassemer, M. (n.d.) Contratación en línea. Efectos del comercio electrónico sobre el derecho civil alemán. Traducción de Chantal Demujder, http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=174872
- Lezcano, J. M. (2010) Análisis de la responsabilidad civil de los buscadores de Internet. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*, Nº40, ed. La Ley, Argentina., pp. 518-533.
- Liceda, E. (2010) Límites de la equivalencia funcional (y de la comodidad del Legislador) en el Derecho Penal. *Actas de la 39 JAIIO*, Simposio de Informática y Derecho, SADIO, Buenos Aires, pp. 2198-2205), <http://www.39jaiio.org.ar/node/99>
- Liceda, E. y Lofeudo, I. (2010) Reuniones a Distancia: El Caso de los Órganos de Administración. Ernesto Liceda, Ismael Lofeudo *Actas de la 39 JAIIO*, Simposio de Informática y Derecho, SADIO, Buenos Aires, pp. 2010-2016), <http://www.39jaiio.org.ar/node/99>)
- Mariani de Vidal, Marina. *Derechos Reales*, 7a ed. actualizada, Zavallá, Buenos Aires, 2004.
- ONT (2008) Observatorio de Neutralidad Tecnológica, Tercer Informe, Autoría legal J. M. Lancho Rodríguez, Autoría técnica J. Coccia, C. Alvarez Novoa, A. Rodriguez Torres, http://www.neutralidad.es/informes/Tercer_Informe.pdf
- Van der Haar, I. M. (2007), Technological Neutrality; What Does it Entail?. Tilburg Law and Economics Center (TILEC) Discussion Paper No. 2007-009. <http://ssrn.com/abstract=985260>