



**GRUPO DE ESTUDIO DE LA COMPLEJIDAD EN
LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES,
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA**

**CONTRIBUCIÓN REFERIDA AL TRATAMIENTO EN
EL CÓDIGO DE ASPECTOS VINCULADOS A LAS TICS**

TEMAS

- Neutralidad tecnológica³
- Consideración de la información personal²⁻³
- Bienes¹
 - o Propiedad intelectual
 - o Bienes comunes
- Forma y prueba de los actos jurídicos¹⁻³
- Conservación de originales y documentación respaldatoria¹
- Responsabilidad civil²

Autores

¹ Noemí Olivera. Docente-investigadora. Directora del GECSI. Profesora Adjunta Ordinaria de Derecho Comercial I.

² José María Lezcano. Docente-investigador. Becario UNLP. Secretario del GECSI.

³ Ernesto Liceda. Becario de investigación UNLP. Integrante del GECSI



INTRODUCCIÓN

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.

En los párrafos que siguen, en un orden conforme a la estructura del Proyecto de Código Civil y Comercial (Expediente 57/12), se desarrollan algunos de los temas que consideramos necesario contemplar y/o revisar en el proyecto, para acercarlo a las demandas que los tiempos proponen al derecho. .

Esos temas son:

- Neutralidad tecnológica
- Consideración de la información personal
- Bienes
 - o Propiedad intelectual
 - o Bienes comunes
- Forma y prueba de los actos jurídicos
- Conservación de originales y documentación respaldatoria
- Responsabilidad civil

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 determinada tecnología puede llegar a imponer a las partes. Debido a esto, tempranamente se definió la neutralidad tecnológica -reconocida como principio del Derecho Informático-. Cabe señalar que este concepto es ciertamente diferente al de ‘neutralidad en la red’, que excede los límites del Derecho Privado.

En primer lugar entendemos como positiva (parcialmente como veremos más adelante) la modificación al régimen de la firma puesto que, con la redacción del art.288, mientras se “asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento” no importaría la tecnología que se utilice (sea una pluma fuente, un bolígrafo o un video, etc.).



Consideramos oportuno que entre las reglas del Capítulo 2 TÍTULO PRELIMINAR se incluya la previsión de que:

- Cuando en este Código se utilice o se haga referencia al término “tecnología” (y otros), se entenderá cómo válida cualquier tecnología capaz de alcanzar los fines previstos por dicha norma.
- 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. Esta norma se reproduce en el art. 1770 del proyecto.

En el proyecto en consideración, el art. 51 está referido a la “inviolabilidad de la persona humana” y el 52 demarca los alcances de su protección (la intimidad: personal y familiar, la honra y reputación, el buen nombre, el honor, el prestigio, etc.). Su objeto es aquello que voy construyendo a partir de mi actividad social y familiar, integrando la representación que otros se hacen de mí. Aunque el artículo 53 establece las dimensiones del derecho a la imagen y el consentimiento, para captar o reproducir de cualquier modo la imagen o la voz de una persona, cuando se habla de ‘imagen’, a efecto de servir a la delimitación del concepto objeto de protección, sería necesario aclarar que se está refiriendo a la ‘imagen fisonómica identitaria’ de una persona y no al concepto que de ella se tiene (art. 52).

Por su parte, el art. 55 referido a la disposición de los derechos personalísimos, crea situaciones riesgosas en el campo de los derechos humanos, además de contradecir la doctrina imperante sobre la no disponibilidad de los derechos personalísimos

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, entre otros) entre las disposiciones del Código relativas a los derechos personalísimos, 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 personalísimos se sitúa en el título de la Persona Humana, se sugiere, 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 primer codificador. Llámense servicios, información, conocimiento o datos, lo cierto es que los intangibles explican no pocas de las transacciones realizadas en nuestros días. En este escenario crecientemente desmaterializado, tanto el anteproyecto como el proyecto mantienen la distinción entre bienes y cosas, asignando a la energía el tratamiento que se da a las cosas (art.16). Esto es, el estado alcanzado por la cuestión en 1968 (ley 17711). Es más, el Proyecto mantiene la conceptualización clásica de la compraventa en la definición dada en su artículo 1123¹. Luego (art.1124), en lo que parece una apertura a reconocer como compraventa la transmisión de bienes, en realidad la acota a la transmisión de derechos reales y títulos de crédito. Para las transacciones sobre otros intangibles no hay norma específica, lo que remite al régimen de la cesión. Las transacciones sobre ‘información’, ‘conocimiento’ o ‘datos’ –sin que con esta enunciación se agote la nómina de intangibles transados– son cada vez más frecuentes. ¿Cuál es la naturaleza de la información, el conocimiento y los datos? ¿Son derechos, a los que se transfiere por cesión?

¹ Art.1123. Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero.



(art.1614) ¿Quién será ‘el cedido’ a notificar? (art.1620). ¿Será necesario que una ley taxativamente señale que les cabe el tratamiento de las cosas? (art.1883). En tal caso, ¿cuánto tiempo durará el dominio sobre la información? ¿y sobre los datos? (art.1884).

¿Por qué aferrarse a la distinción entre bienes y cosas? Tanto en Latinoamérica como en Europa, muchos países, por ejemplo España² e Italia³, la abandonaron hace mucho, no sólo sin sufrir perjuicio alguno, sino que han podido afrontar en mejores condiciones la aparición de objetos inmateriales valiosos y transables.

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.

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) y las ‘expresiones de la cultura tradicional’ (UNCTAD, 2010). Sin duda, la situación se ampliará a otros casos en el futuro próximo.

3.- LOS BIENES COMUNES

Los redactores del Anteproyecto expresan en los Fundamentos que han incluido en él “nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos”⁴. Pero, al considerar la cuestión en concreto, esto es en el plano normativo, el título III trata “[D]e los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva”. Ya no más bienes colectivos.

Podría argumentarse que el artículo 238⁵ no excluye el reconocimiento, entre los bienes de los particulares, de bienes que sean propiedad común de una dada comunidad. Pero las únicas comunidades a las que se les reconocen expresamente algunos derechos son las indígenas (art.18).

La consideración de esta cuestión puede, a primera vista, parecer una digresión en el marco del presente, pero la tendencia a la creación colaborativa –de bienes eminentemente intangibles- y el funcionamiento en red ha dado lugar a la aparición

² Código Civil español, **Art. 333**: Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles.

³ Codice Civile italiano, Artículo 810: Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti.

⁴ Fundamentos. III. TITULO PRELIMINAR, 1. Razones de la existencia de un título preliminar, pág.12

⁵ ARTÍCULO 238.- Bienes de los particulares. Los bienes que no son del Estado nacional, provincial o municipal, son bienes de los particulares sin distinción de las personas que tengan derecho sobre ellos.



de diversas iniciativas, entre las que destaca, por más conocida, Creative Commons – bienes creativos comunes-. Este sistema pretende apartarse del régimen de la propiedad intelectual vigente, signado por el libertarianismo y la libertad de empresa. En un tiempo en el que desde la sociedad misma, o al menos, desde algunos sectores de la intelectualidad, se pone en cuestión la propiedad individual tal como se la entendía en la Modernidad liberal, ignorar la ‘propiedad común’ más allá de las tierras de los indígenas no parece adecuado.

FORMA Y PRUEBA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

El Proyecto, que en su articulado hace referencia, no pocas veces a la posibilidad de que actos con consecuencias jurídicas se realicen por medios electrónicos, transparenta sin embargo, que sus redactores están firmemente asentados en el paradigma decimonónico para el cual la formalización de los actos se hace en forma de escritura en soporte papel, firmada o no. La propia redacción del articulado da cuenta de que los redactores consideran regla el soporte papel y los documentos digitales excepción, véase si no las referencias a firmas certificadas⁶, sin olvidar que la certificación exigida es notarial, incluso para actos que hasta hoy podrían ser certificados por funcionarios públicos⁷ –Juez de Paz, por ejemplo-. Más aún, proliferan las copias certificadas⁸. En el caso de los documentos digitales se extendería, no ya una copia, sino otro original. Si ello es tecnológicamente posible ¿por qué no contemplar, por ejemplo, la entrega de un original del título al heredero adjudicatario de una cuota menor? (art.2379)

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.

Hasta el año 2001 el instituto de la firma no había dado lugar a demasiados conflictos puesto que todas las normas promulgadas desde 1871 en adelante se adecuaban a un régimen ya previsto. Pero, con las modificaciones introducidas por la ley de firma digital y la utilización irreflexiva del principio de equivalencia funcional, se generaron distintos conflictos tanto a nivel general como al interior de las distintas ramas del derecho. Las discusiones sobre el carácter de público o privado de los documentos firmados digitalmente entre particulares y la ‘creación’ del delito de abuso de firma digital en blanco son pruebas de la extensión y las diversas

⁶ Firmas certificadas: arts. 187; 1455 y 1855.

⁷ En el caso de los Consorcios de cooperación, el art. 1473 exige certificación notarial, en tanto el art.5 de la ley 26005 hoy vigente sólo exige “firma certificada”. Ello ha permitido la inscripción en la IGJ de un consorcio de cooperación constituido en una zona muy alejada de centros urbanos y, en consecuencia, sin acceso a servicios notariales, en el que las firmas estaban certificadas por el Juez de Paz de la región.

⁸ Copias certificadas: arts.302; 307; 417; 1455; 1619; 2339 y 2379.



características que asumen estas inconsistencias. Esta situación se prestó y se presta a las más variadas discusiones doctrinarias.

Pero ello no obsta a que se generen nuevas y, aún más complejas, situaciones puesto que con la regulación de la firma que aparece en el Proyecto (arts. 286 y 288), sin la previa derogación de la ley de firma digital y sus derivados, nos encontraremos con que en los documentos electrónicos, en tanto se utilice “un método que asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento”, podrá ser entendida como firma casi cualquier forma que permita acreditar la manifestación de la voluntad de una persona, salvo que se quiera utilizar la firma digital, en cuyo caso tendremos que estar a lo dispuesto por la ley 25.506. Ello así porque en el art.287 se incluyen entre los instrumentos particulares “los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información”. A continuación, el citado artículo establece que, estando firmados, estos instrumentos particulares adquieren el carácter de instrumentos privados.

Entonces, un registro visual y auditivo de una reunión de negocios, en la que los participantes manifiestan verbalmente su voluntad en torno a una propuesta contractual, constituye un instrumento privado generado electrónicamente que satisface las exigencias del art.288 en tanto “asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento” y del art.286 “siempre que su contenido sea representado con texto⁹ inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos” –lo que remite a la resignificación del concepto de ‘lectura’ en el marco de los soportes multimedia-.

Por lo expuesto, resulta poco comprensible que el legislador, que tan buen uso hizo del principio de neutralidad tecnológica en cuanto a la firma, se quede en la premodernidad en lo que hace a, por ejemplo, los libros que deben llevar quienes realizan actividad económica (art.320 y sigs). Y, más aún, que nada haya previsto sobre la conservación de documentos originalmente digitales.

CONSERVACIÓN DE ORIGINALES Y DOCUMENTACIÓN RESPALDATORIA

Teniendo en cuenta que los soportes digitales presentan múltiples ventajas por sobre el soporte papel, particularmente en lo que hace a su conservación, 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, ello no obsta a la adecuación progresiva a nuevos

⁹ **texto.** (Del lat. *textus*). **1.** m. Enunciado o conjunto coherente de enunciados orales o escritos.
<http://lema.rae.es/drae/?val=texto>

parámetros de seguridad”. El precepto sería de aplicación directa en el caso del art.328, pero también en otras situaciones regladas fuera del código mismo.

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, consideramos 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 proyecto de 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, y en la posibilidad de preverlo y/o disminuir su magnitud.

En lo referido a responsabilidad civil y daños tanto en el derecho argentino como en el comparado, una de las situaciones que mayores debates han planteado en los últimos años es la concerniente al análisis de la responsabilidad que emerge por el uso y difusión a través de Internet, de imágenes, datos personales, contenidos con propiedad intelectual, entre otros, que se localizan en sitios de terceros, generando la afectación de derechos a las personas que aparecen en dichas imágenes, a los titulares de los datos personales, o quienes detentan derechos intelectuales.

Claro que este cuadro de situación no estaría completo en los más de 200 casos planteados ante la Justicia Argentina, sin tener en cuenta un tipo de Proveedores de Servicios de Internet (*Internet Service Provider - ISP*) que provee herramientas de búsqueda de información, tales como Google y Yahoo!¹⁰.

El medio o entorno digital tiene características de ‘red’, lo que no siempre es tenido en cuenta. Esto le da una complejidad que escapa a las consideraciones de la lógica lineal propia de la relación causal. En un contexto complejo, el todo es más que la suma de las partes, pues es un fenómeno que emerge de combinaciones de circunstancias dadas. Mucho más en contextos donde la automatización va abriendo espacio a la inteligencia artificial.

Ahora bien, si aplicamos la simplicidad, como una forma de abordar la complejidad, ante una situación donde, a raíz del uso no autorizado de las imágenes en contextos que causan un daño al buen nombre y reputación de una persona, tanto los criterios de responsabilidad teniendo en cuenta el autor, como teniendo en cuenta la víctima, nos dan resultados en los que las razones esgrimidas parecen no ser suficientes. ¿Cuál es el motivo? El contexto-medio es diferente. Y ello es así tanto en la búsqueda del nexo de causalidad (objetivo o subjetivo) como en las dimensiones del daño.

¹⁰ Estos también se los puede reconocer -según Fernandez Delpech- como “ISP de localización”.

En este marco, en el Libro Tercero: de los derechos personales, Título V: Otras fuentes de Obligaciones, Capítulo 1: Responsabilidad Civil, en cuanto a los factores de atribución de un daño, éstos pueden basarse en factores objetivos o subjetivos, y en ausencia de normativa, el factor es la culpa. No parece lo más apropiado marcar a ésta como factor residual, en situaciones donde la automaticidad y la impersonalidad es la regla, como ocurre en la mayor parte del contexto tecnológico.

Sobre las pautas para la valoración de las conductas, se establece la regla de “cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias” (art.1723). En entornos digitales es recomendable que la carga de la prueba esté a cargo del que se encuentre mejores condiciones de realizarla.

Debe tenerse en cuenta que la relación de causalidad está fundada en perspectivas de causalidad lineal, pero sus derivaciones no parecen ser suficientes para fenómenos complejos desde los cuales, debido a la propia característica de ‘complejidad’, emergen consecuencias no previstas por los agentes.

Otro punto a destacar en este ámbito, es que el art. 1770, enmarcado en la sección de “Supuestos especiales de responsabilidad”, reproduce casi con exactitud el vigente artículo 1071 bis, y en particular, cuando habla de la posible publicación de la sentencia en “el diario o periódico”, no hace ninguna referencia a otros medios de difusión -como son sitios de Internet-. Sería recomendable establecer que tal publicación se haga en “un medio idóneo para la toma de conocimiento público” o “por el mismo medio por el cual se cometió el agravio” –lo que incluiría los medios digitales-.

La Plata, 22 de agosto de 2012.-

NOTA: La ponencia será presentada por la Prof. Abog. Noemí Luján Olivera, Directora del GECSI –Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información-.