

INFORMATICA JURÍDICA O DERECHO INFORMÁTICO

ALFREDO BOETTIGER B.*

INTRODUCCIÓN

EL ENTORNO TECNOLÓGICO siempre ha estimulado y alimentado el quehacer integral de la humanidad. Desde el descubrimiento o control del fuego, a la domesticación de animales, sometimiento de los minerales, el control de las aguas y transportación sobre ruedas y aguas, luego en el viento y el aire, el ser humano, sin darle el crédito que se merece ni reconocer su impacto en otros contextos de la vida social, ha sido predeterminado por la tecnología que ha desarrollado.

Puede ser que ahora último haya tomado mayor conciencia de la fuerza de la tecnología en su realidad global, pero lo cierto es que, desde los albores de la humanidad inteligente, la tecnología ha sido un supuesto básico que ha remodelado todos los planos de su existencia y entre ellos el mundo del derecho.

Si apreciamos la perspectiva histórica de la humanidad, nos es posible establecer las condiciones antecedentes que dan origen a muchos de los derechos que hoy pensamos como ancestrales y le serían “innatos” o propios de su naturaleza. El manejo tecnológico de la tierra, a través de la agricultura, desencadenó un cambio brutal que rediseñó por completo la vida social y reordenó muchos de los derechos y dio lugar a otros impensados e inaceptables en una condición de nomadismo.

Hoy nos vemos expuestos, al igual que en muchas otras eras de la humanidad, a nuevos impactos tecnológicos, que nos representan nuevos desafíos, alteraciones de modelos tradicionales, rediseños de nuestro modus vivendi, cambios dramáticos en los valores de vida, no siendo plenamente capaces de percibir los signos de los tiempos y cómo la tecnología predispone las transformaciones sociales, económicas, culturales y políticas, y son un factor determinante y dominante en las realidades que construimos, aunque silencioso y sutil, escondido de nuestra visión cotidiana.

Uno de los elementos tecnológicos más impactantes de nuestros días es el matrimonio creado por la cibernética y los sistemas de comunicación, los que forman una alianza poderosa en el modelaje de los actuales y futuros estilos de vida de la humanidad.

*Abogado, Profesor Fac. Economía y Administración Universidad de Concepción, Master en Derecho Laboral, Jefe de Proyecto Informático del Colegio de Abogados Concepción.

La cibernética, tanto en su expresión material y física, computadores, impresoras, scanners, telefonías celulares, etc. como los programas que permiten darle vida útil a estas máquinas y aparatos, que brindan enormes capacidades de almacenamiento de datos e información, que aportan entretenimiento, utilidades de todo tipo, nos permiten comunicarnos en forma cada vez más integral, representan herramientas que influirán en forma determinante la vida de la humanidad en el futuro. Su impacto no puede soslayarse y el derecho no puede quedar de espaldas a esta nueva realidad.

¿INFORMÁTICA JURÍDICA O DERECHO INFORMÁTICO?

Generalmente el derecho es una disciplina humana reactiva, y frente a los procesos tecnológicos esta característica se evidencia con mayor fuerza. Sin duda que los procesos tecnológicos que se han vivido en los últimos 50 años han superado con creces no sólo a la imaginación sino que también a la capacidad adaptativa del derecho para acometer estas transformaciones.

Muchos podrán ver en ello una condición negativa y cierto que bajo la dimensión de la perfección lo es, sin embargo muchas veces lo perfecto es enemigo de lo bueno. Muchas veces es bueno que los fenómenos maduren un tanto para que el derecho los aborde sin tanta improvisación, mirando perspectivas de largo plazo.

¿Es la informática una ciencia nueva? Si la definimos como el conjunto de técnicas, procedimientos y operaciones para el almacenamiento, uso y disposición, así como transferencia de información, no podríamos afirmar que nos encontramos frente a una realidad nueva. Ya la Biblioteca de Alejandría, así como los monasterios medievales, disponían de aplicaciones que les permitían guardar “archivos”, “datos”, “documentos”, en definitiva información. También los estados, desde los albores de la civilización, han dispuesto de diversas metodologías que permitían efectuar acciones de informática, sea por razones bélicas, sociales, económicas o políticas. Hay censos que datan del año 3.800 a. C. en Babilonia y sin duda que los censos romanos, por ejemplo, fueron y han sido una metodología de captura, procesamiento y uso de información ciudadana.

Por otra parte, la estadística demográfica, la bibliotecología, etc., como disciplinas de procesamiento de datos, registros y otras informaciones, son bastante antiguas. Otra modalidad de uso y transferencia de la información la apreciamos mediante los medios de comunicación y el periodismo.

Bajo tales supuestos no es posible de considerar a la “informática” como un hecho nuevo. Sin embargo, sí lo es la informática *digital* o electrónica y la aplicación de las ciencias de la computación a la informática. De ahí que el término más idóneo para definir la nueva era que Alvin Toffler¹ llama “la tercera ola”, es la de la “*era digital*”, que expresa mejor la realidad que el término de la “era de la información”.

Es innegable que la información ha tomado un protagonismo insospechado hace un siglo atrás. Tampoco es posible obviar el hecho que gracias a nuevas tecnologías, el acceso, uso, disposición y transferencia de información se ha acelerado en forma notable y que la humanidad valora, como nunca antes, el poder del conocimiento y la disponibi-

¹Toffler, Alvin. *La tercera ola*. Edit. Plaza & James, Barcelona, España, 1980.

lidad de la información. Pero esto es insuficiente respecto del verdadero cambio que se esconde en los nuevos aparatos tecnológicos.

Es sin duda que los registros digitales y la creación de una realidad cibernética y virtual, lo que ha impactado más profundamente nuestros tiempos, los que, por estar muy encima de nuestras vidas, no nos permiten ver con adecuada precisión los alcances de dichos cambios tecnológicos.

Así como el automóvil dio curso a toda una verdadera rama del derecho del tránsito –poco reconocida por los tradicionalistas– la computación y sus efectos digitales generarán impactos profundos en diversas disciplinas jurídicas, los que si bien es posible de atisbar como impactos sistemáticos al entorno jurídico, soy de los que creen que la mal llamada “informática jurídica” o “derecho informático” llegue a consolidarse como una rama independiente, por muy incomprendida e ignorada que estas tecnologías sean por la mayoría de los juristas y abogados.

Por ser la cibernética y la computación inventos funcionales e instrumentales, tiendo a pensar que impactarán a las diversas ramas del derecho, en sus contextos específicos, generándose nuevas figuras en lo penal relacionados con dichas tecnologías, tal vez ampliando el contexto del derecho civil en el ámbito de los derechos reales, especialmente en materia de derecho de propiedad sobre bienes intangibles, en el contexto del derecho comercial, derecho de marcas, derechos procesales funcional y orgánicos, etc.

La pretensión de un derecho informático pareciera un tanto prematura y algo presuntuosa. Tanto es así que en áreas de la realidad electrónica y digital, donde aún no existen regulaciones específicas, se ha impuesto el área más dinámica de la realidad jurídica, tales como la costumbre, la autotutela, la autocomposición, el arbitraje, por sobre la legislación y la jurisdicción.

Es cierto que inexorablemente derivaremos en darle un marco jurídico, tal vez asistemático al inicio, y finalmente, la jurisdicción se termine imponiendo a este escenario, como de hecho ha ocurrido, por ejemplo, con la Ley de Delitos Informáticos, Ley N° 19.223, de 1993, o con la Ley N° 19.628, sobre protección a la vida privada, de 1999. El uso de recursos de protección frente a ciertas situaciones ocurridas en el mundo digital o virtual, son una evidencia de este fenómeno.

DIFERENCIA CONCEPTUAL

Hay diversos autores en la materia que han buscado diferenciar los términos “informática jurídica” y “derecho informático”. Aparece razonable la discriminación al analizarla en su detalle, ya que la primera se orienta a un contexto más bien tecnológico y su uso razonado en el mundo del derecho y que en lo personal prefiero nominar como “*informática aplicada*”.

En este sentido la informática jurídica equivale a la “metodología de la investigación jurídica”. Altmark la define como “*la aplicación concreta de la informática al Derecho y comprende los sistemas de archivo y documentación jurídica, de asistencia en las tareas administrativas de apoyo a las actividades jurídicas y la construcción de modelos para la compren-*”

sión del sistema jurídico”². Para los autores nacionales Herrera y Núñez, corresponde a “la técnica que tiene por finalidad almacenar, ordenar, procesar y entregar, según un criterio lógico y científico, todos los datos jurídicos necesarios para documentar o proponer la solución al problema de que se trate”³.

Algunas expresiones de esta técnica aplicada al mundo del derecho se aprecian en los siguientes criterios:

- a) *Documental*: Tratamiento de registros digitales de normas jurídicas, jurisprudencia, doctrina y otros datos o recursos de utilidad jurídica. Por ejemplo, bancos de datos jurídicos como el desarrollado por el Colegio de Abogados de Concepción, JurisData o el que dispone la Biblioteca del Congreso Nacional;
- b) *Operacional*: Orientado a procesos de administración jurídica y control de procesos relacionados con el derecho, en su contexto estructural. Existen varios programas en esta variable, siendo el más conocido el proyecto informático desarrollado por el Poder Judicial chileno para el control de causas judiciales;
- c) *Jurisdiccional*: Utilización de medios tecnológicos para resolver situaciones jurídicas, de difícil apreciación o prueba. Algunos ejemplos prácticos y muy polémicos son los radares de control de velocidad que usa Carabineros de Chile y los fotoradares, las cámaras digitales en paseos peatonales, para prevención de la delincuencia, etc.

Diferente es el concepto de derecho informático, digital o cibernético. Señalo diversas acepciones, todas incapaces de dar comprensión total a la realidad tecnológica digital, por cuanto he señalado previamente, el uso más frecuente de los autores en el tema, derecho informático, me parece erróneo e incapaz de reflejar en el largo plazo el verdadero cambio tecnológico, reconociendo la dificultad para encontrar un término integral al fenómeno.

De ahí que la definición que más se acerca es la dada por Pedro Martín Bardi quien la entiende como “el estudio de las normas jurídicas que regulan el uso de sistemas electrónicos en la sociedad y sus consecuencias, con carácter interdisciplinario puesto que toca simultáneamente numerosos dominios del derecho”⁴.

OBJETO DEL DERECHO INFORMÁTICO

Basado en concepto más difundido, un aspecto interesante de dilucidar que creo aporta bastante a la claridad del fenómeno analizado es el objeto jurídico que esta disciplina tiene. Algunos han señalado que el objeto jurídico es la tecnología informática, cuyas implicancias globales en la vida social son tan relevantes que el derecho se ha visto en el imperativo de abordarlas y darles algún tipo de regulación. Otros afirman que el objeto jurídico de esta disciplina jurídica sería la información misma, la cual constituye un bien per se, de carácter intangible.

²Altmark, Daniel R. “Etapa precontractual en los contratos informáticos”. *Informática y derecho*, Vol. 1, Ed. Depalma, Argentina, 1987, p. 7.

³Herrera B., Rodolfo y Núñez R., Alejandra. *Derecho informático*, Ediciones Jurídicas La Ley, Chile, 1999, p. 36.

⁴Concepto citado por Herrera B., Rodolfo y Núñez R., Alejandra, ob. cit., p. 58.

Para otros, el objeto jurídico es el conocimiento y la inteligencia que existen tras estas tecnologías, lo que considera valores de contenido económico, social, cultural y político. El valor del conocimiento se valora a través de la transferencia del “know how” (cómo hacerlo), bien que se transa en el mercado y que es objeto de contrato mercantil. La actual crisis con respecto a Afganistán demuestran el enorme valor que la información y la tecnología digital tienen en los resultados de la crisis.

En mi concepto, el objeto jurídico son los procesos tecnológicos digitales, magnéticos e intangibles que dan vida a toda una realidad digital y virtual, alfanumérica, con procesamiento de datos matemáticos que se expresan en diversas dimensiones prácticas de la realidad, en las que convergerán muchas de las condiciones actuales que rodean a la persona humana, tales como comunicaciones, entretención y recreación (televisión, música, video, etc.), suministro de productos (tiendas virtuales), formación y educación, trabajo (teletrabajo), etc.

La visión de la información como elemento medular sigue siendo una apreciación restringida de la realidad que enfrentamos en este nuevo entorno tecnológico digital. En todo caso, la discusión nos lleva a la conclusión que aún no existe claridad absoluta sobre el objeto jurídico de esta disciplina del derecho.

Una forma de evidenciar las dificultades que esta materia enfrenta desde la perspectiva del derecho se aprecia con bastante precisión al analizar el fenómeno de Internet, como parte de la realidad digital y las complicaciones que ello representa para el mundo jurídico.

INTERNET, LA REGULACIÓN PARADOJAL

La red de redes, más conocida como Internet, es una de las expresiones más representativas de la era digital. Nacida de un experimento militar y luego evolucionada en el entorno académico y universitario, se concibió como un concepto que se desenvolvería con una mínima y más bien técnica regulación. Se buscaba que este medio quedase al margen de las regulaciones y controles gubernamentales a objeto de dar espacio a la libertad y a la gran creatividad humana, además de poder hermanar a todos los hombres del planeta en una ilimitada malla de conexiones, lo que podría potenciar y enriquecer el conocimiento y progreso humano.

Actualmente, Internet es una suerte de asociación de redes en constante crecimiento y de acceso universal que se calculan más de 300 millones de usuarios en el planeta y más de 30.000 redes interconectadas.

Sin embargo, una vez más, algo que nació con loables y bellas intenciones, al darse cuenta del potencial que ello brindaba en el contexto comercial y a quienes buscan causar el mal y dañar a los demás, han llevado a esta iniciativa a una paradójica circunstancia: regular lo que no se debía reglamentar.

No es fácil lograr una regulación de un sistema planificado bajo la dimensión de un mundo globalizado y es francamente impensable en términos unilaterales. Este nuevo concepto de nuestro planeta, como la pequeña gran aldea, ha roto los términos de referencias tradicionales, y al igual que ocurrió con la intención de regular el trabajo humano y su pugna con el dumping humano, nuevamente la humanidad se encuentra frente

a la disyuntiva de que esta nueva realidad sólo se puede regular en términos supranacionales, ya que el diseño tecnológico ha despedazado las fronteras territoriales que el derecho con tanto esfuerzo construyó en los últimos siglos.

Es por ello que el mundo político se afana por tratar de abordar jurídicamente esta nueva realidad, ya que en algunos de sus contextos han sido explotados en términos ilícitos, impropios, inmorales y muchas veces dolosos. La única alternativa para un problema global es una solución de equivalente naturaleza, por lo que cualquier regulación de esta realidad interconectada que llamamos Internet sólo puede abordarse mediante acuerdos multinacionales y a escala planetaria. Los intentos unilaterales chocarán con la realidad y perecerán en la burocracia supraestatal tradicional. Algo semejante se ha experimentado recientemente con el problema del terrorismo.

En todo caso, nuestra Ley Nº 18.168 de Telecomunicaciones, a pesar de sus frecuentes e intrincadas modificaciones, no aborda la tecnología existente en Internet ni lo relacionado con los correos electrónicos, pese a sus evidentes características de medio de comunicación digital. Es más, existe canales de televisión, radioemisoras e innumerable cantidad de emisiones, equivalentes a la telecomunicación. Sin embargo, ha quedado al margen.

En definitiva, las regulaciones principales han quedado a merced del mercado y de la acción competitiva de las grandes compañías de telecomunicaciones, con mínima intervención del Estado, especialmente en el plano de las tarifas telefónicas para los servidores IP, aunque para el resto los contratos de adhesión diseñados por estas megacompañías y la competencia del mercado han construido una suerte de normativa regulatoria de la actividad, sumado a las condiciones dadas por el administrador nacional de la red Internet (Nic-Chile) dependiente de la Universidad de Chile.

CONCLUSIONES

En definitiva, todos los elementos expuestos no hacen más que afirmar la importancia que esta disciplina tiene para el derecho en todos sus planos y la enorme incidencia que tiene en el ejercicio del derecho en el presente y el futuro.

Los problemas, vacíos, incomprensiones, improvisaciones y dificultades sólo hacen reforzar el enorme desafío que tenemos abogados, juristas y jueces para enfrentar este nuevo entorno, el que exige un estudio más profundo y sistemático y compromete a las autoridades para desarrollar las herramientas que permitan el acceso masivo, seguro y ético de la población a las innovaciones tecnológicas a objeto de dar una mayor igualdad de oportunidades a la población.

Conforme a lo expuesto por Alvin Toffler, *la responsabilidad del cambio nos incumbe a nosotros. Debemos empezar por nosotros mismos, aprendiendo a no cerrar prematuramente nuestras mentes a lo nuevo, a lo sorprendente, a lo aparentemente radical*⁵. Así, la democracia del futuro se construirá bajo los patrones de los valores de la era digital, haciendo la diferencia entre ricos y pobres en quienes dispongan o no de dichas tecnologías.

⁵Ob. cit, p. 509.