

DEL DERECHO INFORMÁTICO AL DERECHO TELEMÁTICO

Carlos E. DELPIAZZO (*)

SUMARIO: I. *propósito. Homenaje a un pionero ilustre.* II. *El progreso tecnológico como desafío jurídico. Tránsito del “espacio informático” al “espacio telemático”.* III. *respuesta desde el derecho. Sus características.* IV. *El derecho informático.* V. *El derecho telemático.* VI. *Perspectivas. Necesidad de construir bases firmes para el derecho emergente.*

I. PROPÓSITO

Participar en una obra de “Estudios en homenaje al doctor Julio Téllez Valdés” significa no sólo un alto honor académico dada la estatura del homenajeado, sino que también es motivo de profundo regocijo personal.

En el mundo jurídico del derecho de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, Julio Téllez ha sido un pionero y sigue siendo un referente que ha marcado el camino a muchas generaciones de juristas y cuyos textos -también pioneros- han arrojado luz frente a las innumerables preguntas que la nueva sociedad de la información ha planteado.

Desde el punto de vista personal, más de veinte años de trabajo compartido en diversas instancias científicas y especialmente en el ámbito de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI) han ido acuñando una amistad, que merece el calificativo de tal por cuanto, a pesar de la distancia geográfica que separa nuestros hogares, formamos parte de una familia sustentada en el afecto y fundamentada en sólidos principios compartidos.

Precisamente, los años transcurridos juntos dan pie a este trabajo de reflexión acerca del tránsito del derecho informático al derecho telemático, que procura avanzar en la línea de su enseñanza.

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Informática Jurídica, Profesor de Derecho Telemático y primer Director del Instituto de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de dicha Universidad (1999 a 2009).

Ya en las páginas finales de la segunda edición de su Derecho informático”⁽¹⁾, Julio Téllez nos advertía que el mismo “se ha constituido en nuestro tiempo en un desafío permanente, al exigir una adecuación a los nuevos fenómenos que la vida social va presentando de manera que se encuentre preparada la sociedad a insertarlos dentro de sus ámbitos de conocimiento y acción”.

Pasados los años, al cerrar la tercera edición del citado clásico de nuestra común disciplina,⁽²⁾ ponía el acento en que “el advenimiento de los cambios derivados del desarrollo de la Ciencia y la Tecnología, por momentos esperanzadores y por momentos inquietantes, deben propiciar, entre otros efectos, una profunda reflexión respecto a los beneficios que toda sociedad debe obtener de estos fenómenos propios, inexorables e irreversibles de la modernidad”. Y agregaba: “Las nuevas tecnologías deben estar al servicio de las personas y no al revés”.

En la convicción de que así debe ser, me propongo homenajear al maestro y amigo analizando, desde la centralidad de la persona humana en su eminente dignidad,⁽³⁾ las circunstancias determinantes de la superación del “espacio informático” por el “espacio telemático” y su incidencia sobre el Derecho como ciencia.

II. EL PROGRESO TECNOLÓGICO COMO DESAFÍO JURÍDICO

En el proceso histórico del tratamiento de la información y de su transmisión, el desarrollo tecnológico ha sido el elemento decisivo en la regulación jurídica, tanto nacional como internacional.⁽⁴⁾

Sin pretensiones de exhaustividad, parece evidente que la evolución del intercambio de informaciones entre los hombres se inició con la comunicación directa, inmediata e individual a través de los gestos y del lenguaje.

Un cambio significativo en cantidad y calidad se verificó con la aparición del lenguaje figurativo, es decir, del signo y del diseño, que pasó luego a ser escritura. La información pasó

(1) TÉLLEZ VALDÉS, Julio, Derecho informático, Mc Graw Hill, México, 1996, 2ª edición, p. 121.

(2) TÉLLEZ VALDÉS, Julio, Derecho informático, Mc Graw Hill, México, 2004, 3ª edición, p. 263.

(3) DELPIAZZO, Carlos E, Dignidad humana y derecho, U.M., Montevideo, 2001, p. 27 y ss.

(4) DELPIAZZO, Carlos E, Información, informática y derecho, A.M.F., Montevideo, 1989, p. 9 y ss.

entonces a ser un objeto, ya que se separó del hombre y se transformó en cosa; superó los límites espaciales y temporales de la vida humana y permitió poner en comunicación a los presentes con los ausentes y a los vivientes con sus predecesores y con su posteridad.

Con la invención de la imprenta y posteriormente de los sistemas de registro sonoro de la palabra y de la imagen, la información se multiplicó y comenzó a circular cada vez más rápidamente y en mayores cantidades en un mundo que, por la misma razón, se empequeñeció.

El cambio de mayor significación en la materia lo constituyó el tratamiento electrónico de la información y, con ella, su automatización mediante el computador, que constituye "una prótesis electrónica de la inteligencia humana, por medio de la cual se pueden identificar, seleccionar y comparar las informaciones recibidas a una velocidad superior a la del pensamiento humano".⁽⁵⁾

En efecto, la aparición del computador, su rápida reducción de tamaño y su vertiginosa difusión ambientaron un nuevo tiempo, en el que el "espacio informático" determinó que la información se convirtiera en una novedosa forma de energía, de poder y de producción⁽⁶⁾ en la sociedad de nuestros días.

Cuando dicho fenómeno no había aún decantado, el encuentro de la informática con las telecomunicaciones dio nacimiento al "espacio telemático",⁽⁷⁾ singularizado por la proliferación de redes -primero cerradas y luego abiertas- que cambiaron la fisonomía de nuestro mundo.

Consecuentemente, interesa señalar cuáles han sido las características más destacables de ese proceso a través del cual el derecho ha ido respondiendo a los requerimientos impuestos por el avance tecnológico en materia de procesamiento y transmisión de la información.

III. RESPUESTA DESDE EL DERECHO

Sabido es que el derecho no permanece inmóvil, sino que se desarrolla. Como bien se ha dicho: "las normas jurídicas, en su existencia histórica o positiva, están sujetas a un flujo continuo: quedan en vigor por algún tiempo más o menos largo y después son sustituidas o modificadas por otras. Esta continua renovación obedece, ante todo, a que el Derecho es un producto del espíritu humano; así como la mente humana se desarrolla, elevándose de modos

⁽⁵⁾ FROSINI Vittorio, *Informática y derecho*, Temis, Bogotá, 1988, p. 31.

⁽⁶⁾ FROSINI, Vittorio, *Cibernética, derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 173 y ss.

⁽⁷⁾ DELPIAZZO Carlos E. y VIEGA María José, *Lecciones de derecho telemático*, F.C.U., Montevideo, 2004, reedición 2009, tomo I, p. 51 y ss.

de conocimiento y actividad inferiores a otros superiores, así también se desenvuelve el Derecho. Además, variando las condiciones de vida y las circunstancias de lugar y de tiempo, estas mutaciones deben reflejarse a su vez en el Derecho, porque todos los fenómenos y en especial los de la vida social están concatenados entre sí".⁽⁸⁾

La realidad actual muestra un uso cotidiano de los computadores y de acceso a Internet que ha producido un cambio significativo en los procesos de producción, distribución, organización del trabajo y prestación de servicios, generador de un nuevo orden social caracterizado por la importancia de la información, dando origen a la denominada "sociedad de la información". Las dimensiones de este fenómeno son tales que se habla de una nueva revolución caracterizada por profundas transformaciones sociales, económicas y culturales, basadas principalmente en la importancia del manejo de la información, de modo que los sectores tradicionales (primario, secundario y terciario) van dando paso a un nuevo sector, constituido por la información en tanto recurso.⁽⁹⁾

Frente a esa realidad, la respuesta desde el derecho a todas las cuestiones planteadas por el nuevo escenario no se ha hecho esperar.

En tal sentido, puede decirse que el derecho informático nace en el último cuarto del siglo XX al influjo del impacto creciente de la informática en la vida social a fin de responder a la cuestión de si el impacto producido por el fenómeno tecnológico de la aparición de sistemas destinados al tratamiento automatizado de la información erosionaba los esquemas de las disciplinas jurídicas tradicionales y, en tal caso, meritaba la configuración de un nuevo ordenamiento especial que contemplara adecuadamente la problemática apuntada.⁽¹⁰⁾

1. Delimitación

⁽⁸⁾ DEL VECCHIO Giorgio, Filosofía del derecho, Bosch, Barcelona, 1980, p. 476.

⁽⁹⁾ PEREZ LUÑO Enrique, Manual de informática y derecho, Ariel, Barcelona, 1996, p. 98 y ss.

⁽¹⁰⁾ DELPIAZZO Carlos E. et al, Introducción a la informática jurídica y al derecho informático, A.M.F., Montevideo, 1984, págs. 97 y ss. y 129 y ss.; DELPIAZZO Carlos E. Derecho informático uruguayo, Idea, Montevideo, 1995, p. 14 y ss.; y "Derecho informático bancario, I.E.E.M., Montevideo, 1990), pág. 11 y ss.; "El derecho informático entre dos siglos", en Rev. Derecho de la Alta Tecnología (Buenos Aires, 1998), Año XI, Nº 121, pp. 23 y 24.

En cuanto al derecho telemático, su aparición se verifica hacia fines del milenio pasado como respuesta a lo que ha dado en llamarse "el matrimonio de la informática y las telecomunicaciones".⁽¹¹⁾

Tal denominación ha sido preferida a las de Derecho del ciberespacio ⁽¹²⁾ o derecho electrónico,⁽¹³⁾ precisamente porque el hilo conductor de las transformaciones actuales se encuentra en la convergencia telemática, que hace más adecuado el empleo de esta expresión para calificar al nuevo derecho.

IV. EL DERECHO INFORMÁTICO

A partir de la distinción entre el derecho informático como derecho (parcela del orden jurídico integrada por las normas reguladoras de la actividad informática) y como ciencia (disciplina que se ocupa del estudio de esa parte del ordenamiento jurídico), se fue abriendo cauce el estudio sistemático tendiente a dar respuesta, desde la perspectiva del jurista, a las interrogantes planteadas a la sociedad informatizada de fines del siglo pasado.⁽¹⁴⁾

Inicialmente, pocos autores aportaron una caracterización conceptual de esta nueva disciplina jurídica, optando, la mayor parte de la doctrina, por describir su contenido y reflexionar acerca de su grado de autonomía.

No obstante, haciendo pie en el deslinde entre el derecho informático (que hace de la Informática objeto del derecho) y la informática jurídica (que hace de la Informática instrumento del derecho), se ha podido caracterizarlo genéricamente como "el conjunto de leyes, normas y principios aplicables a los hechos y actos derivados de la informática".⁽¹⁵⁾

De modo similar, se ha dicho que "el derecho informático o derecho de la informática es una materia inequívocamente jurídica, conformada por el sector normativo de los sistemas

⁽¹¹⁾ CORREA Carlos M. et al., Derecho informático, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 2.

⁽¹²⁾ DE MIGUEL ASENSIO Pedro Alberto, Derecho privado de internet, Civitas, Madrid, 2001), p. 75 y ss.

⁽¹³⁾ ILLESCAS ORTIZ Rafael, Derecho de la contratación electrónica, Civitas, Madrid, 2001, p. 39.

⁽¹⁴⁾ DELPIAZZO Carlos E. Información, informática y derecho" *cit.*, p. 42 y ss.; "Derecho e Informática", en Rev. La Justicia Uruguaya, tomo 88, Sección Doctrina, p. 37 y ss.; "La enseñanza de la Informática a nivel universitario", en Rev. Sistemas de Informática, Año I, N° 5, p. 30 y ss.; y "La Informática Jurídica y el Derecho Informático en nuestra Facultad de Derecho", en Rev. Jurídica Estudiantil, Año II, p. 161 y ss.

⁽¹⁵⁾ TELLEZ VALDES Julio, Derecho informático, *cit.*, 3ª edición, p. 20 y ss.

jurídicos contemporáneos integrado por el conjunto de disposiciones dirigido a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación".⁽¹⁶⁾

En forma semejante, se ha señalado que el derecho informático "se refiere a los problemas jurídicos que se originan en la sociedad por el uso de las computadoras",⁽¹⁷⁾ caracterizándolo como "la respuesta del derecho" a los problemas nuevos que ha planteado la informática.⁽¹⁸⁾

Poniendo el acento en su objeto, se ha definido al derecho de la informática como "el conjunto de normas reguladoras de la Informática y los problemas relacionados con la misma"⁽¹⁹⁾ en tanto "trata la relación existente entre el derecho y la informática desde una óptica jurídica, ocupándose de estudiar los problemas legales que se derivan de esta interrelación".⁽²⁰⁾

Por nuestra parte, consideramos que la caracterización del Derecho informático obliga a un doble orden de precisiones.⁽²¹⁾

En primer lugar, es necesario insistir en que cuando se habla del Derecho informático, debe distinguirse el empleo de la expresión en dos sentidos:

a) Para referirnos a una parcela del orden jurídico (integrada por las normas y principios que refieren a la actividad informática), es decir, para designar a una rama del Derecho, y

b) Para denominar a una disciplina científica (centrada en el análisis de ese sector del ordenamiento jurídico), o sea, para nombrar a una ciencia.

En segundo término, debe tenerse presente que la referencia al derecho informático alude a uno de los posibles enfoques del doble proceso que enmarca las relaciones del derecho con la informática, a saber:

⁽¹⁶⁾ PEREZ LUÑO Antonio Enrique, Manual de informática y derecho, *cit.*, p. 18.

⁽¹⁷⁾ NUÑEZ PONCE Julio, Derecho informático, Marsol, Lima, 1996, p. 21.

⁽¹⁸⁾ Ricardo A. GUIBOURG y otros - "Manual de Informática Jurídica" (Astrea, Buenos Aires, 1996), p. 218.

⁽¹⁹⁾ SUÑE LLINAS Emilio, Tratado de derecho informático, Madrid, 2002, 2ª edición, p. 3.

⁽²⁰⁾ RICO CARRILLO Mariliana, Comercio electrónico, Internet y Derecho, Legis, Bogotá, 2005, p. 9 y ss.

⁽²¹⁾ DELPIAZZO Carlos E. Derecho informático uruguayo, *cit.*, pp. 15 y 16.

a) Por un lado, la potencia expansiva de la tecnología informática penetra en el terreno jurídico, ofreciendo técnicas avanzadas para el procesamiento automatizado de la información jurídica; se trata de la informática jurídica, por cuya vía se ha modernizado un aspecto importante de la actividad jurídica con efectos secundarios sobre el pensamiento jurídico,⁽²²⁾ y

b) Por otro lado, en atención a la creciente aplicación de la Informática en las actividades económicas, financieras, económicas y sociales en general, el Derecho ha debido responder a las inquietudes sociales frente al avance tecnológico,⁽²³⁾ emergiendo como lógica consecuencia el derecho informático entendido en la forma indicada precedentemente.

2. Caracteres

Varios son los caracteres que pueden extraerse de la delimitación precedente del derecho informático y que contribuyen a su singularización.

En primer lugar, es de toda evidencia que se trata de un derecho nuevo ya que su nacimiento es reciente. La propia novedad de la Informática, potenciada por la irrupción y rapidísima evolución del computador a partir de mediados de este siglo y la consecuente iniciación de un nuevo ciclo cultural,⁽²⁴⁾ basta para evidenciar su juventud con relación a la gran mayoría de las otras ramas jurídicas.

En íntima relación con su novedad, es un derecho influido por la tecnología informática, dada la innegable incidencia del hecho técnico sobre su origen y desenvolvimiento. De modo similar a la influencia que el avión ha tenido respecto al derecho aeronáutico,⁽²⁵⁾ el "irreversible movimiento de informatización de la sociedad" provoca toda una problemática jurídica consecencial.

En tercer término, es un derecho en formación, ya que no obstante su significativo crecimiento reciente, se presenta todavía incompleto y en proceso de extensión permanente.

⁽²²⁾ LOSANO Mario G. Curso de informática jurídica, Tecnos, Madrid, 1987, p. 30 y ss.

⁽²³⁾ LAQUIS Manuel A. El derecho frente a las nuevas tecnologías, en El derecho y las nuevas tecnologías, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 543 y ss.

⁽²⁴⁾ PEREZ LUÑO Antonio Enrique, Cibernética, informática y derecho, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976, p. 19 y ss.

⁽²⁵⁾ DELPIAZZO Carlos E. et al. Introducción a la informática jurídica y al derecho informático, *cit.*, p. 129.

Como lógica consecuencia de los caracteres apuntados, puede decirse en cuarto lugar que es un derecho dinámico por cuanto se encuentra en constante transformación, principalmente por las variantes tecnológicas que continuamente lo someten a nuevas tensiones y exigencias⁽²⁶⁾ No es de extrañar, por lo tanto, que se lo haya calificado como un Derecho de adaptación.⁽²⁷⁾

En quinto lugar, es un derecho con tendencia a la internacionalización como consecuencia de la convergencia de tecnologías que diluyen las fronteras nacionales posibilitando la trasmisión de formas, sonidos e informaciones en general entre sujetos o computadores ubicados en los más distantes puntos del planeta. Por eso, se lo ha calificado con acierto como "un Derecho común a todos los países".⁽²⁸⁾

Finalmente, corresponde señalar su calificación como derecho transversal⁽²⁹⁾ a partir de la interdisciplinariedad⁽³⁰⁾ o del "espíritu transversal"⁽³¹⁾ que presenta como rasgo informador del Derecho informático en la medida en que éste rebasa las tradicionales disciplinas del Derecho tocándolas prácticamente a todas. Este aspecto conduce al examen del contenido de esta nueva disciplina jurídica.

3. Contenido

A la hora de definir el contenido o la materia del derecho informático, la mayoría de los autores opta por la enumeración de temas. Así, se ha dicho que lo propio del derecho informático es la regulación de los bienes informacionales, la protección de los datos personales, el flujo de datos transfronterizos, la protección de los programas de computador, los delitos informáticos, los contratos informáticos, la ergonomía informática y el valor probatorio de los soportes modernos de la información.⁽³²⁾

⁽²⁶⁾ CORREA Carlos et al. Derecho informático *cit.*, p. 286 y ss.

⁽²⁷⁾ HAJNA Eduardo, "El derecho informático", en *Rev. Derecho de la Alta Tecnología*, Buenos Aires, 1991, Año I, Nº 10, p. 8.

⁽²⁸⁾ LOSANO Mario G. *Corso di informatica giuridica*, Einaudi, Torino, 1986, vol. II, p. 16.

⁽²⁹⁾ ALVAREZ RICO Manuel, "Informática y derecho en España", en *Rev. Iberoamericana de Derecho Informático*, Mérida, 1998, núm 23-26, p. 1036 y ss.

⁽³⁰⁾ FALCON Enrique M. *¿Qué es la informática jurídica?* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 128 y ss.

⁽³¹⁾ LINANT DE BELLEFONDS Xavier, *Introduction en emergence du droit de l'informatique*, Editions des Parques, París, 1983, pp. 14 y 15.

⁽³²⁾ TÉLLEZ VALDÉS Julio, *Derecho informático*, *cit.*, 3ª edición, pp. 23 y 24.

Más abarcativamente, se ha señalado que la "estructura temática del derecho informático afecta a las ramas del derecho tradicionales. Así, se inscriben en el ámbito del derecho público: el problema de la regulación del flujo internacional de datos informatizados, que interesa al derecho internacional público; la libertad informática o defensa de las libertades frente a eventuales agresiones perpetradas por las tecnologías de la información y la comunicación, objeto de especial atención por el derecho constitucional o administrativo; o los delitos informáticos, que tienden a configurar un ámbito propio en el derecho penal actual. Mientras que inciden directamente en el derecho privado cuestiones tales como: los contratos informáticos, que pueden afectar lo mismo al hardware que al software, dando lugar a una rica tipología negocial en la que pueden distinguirse contratos de compraventa, alquiler, leasing, copropiedad, multipropiedad, mantenimiento y servicios; así como los distintos sistemas para la protección jurídica de los programas de ordenador, temas que innovan los objetos tradicionales de los Derechos civil y mercantil".⁽³³⁾

En sentido similar, se ha bautizado como derecho informático el siguiente conjunto de problemas y sus respuestas jurídicas: los contratos informáticos, la protección del software, la protección de los datos personales, la transferencia electrónica de fondos, el documento informático, los delitos informáticos, los flujos de datos transfronteros y la política informática.⁽³⁴⁾

Más detalladamente, otros autores,⁽³⁵⁾ tal como lo hicieron en el pasado,⁽³⁶⁾ ordenan los problemas objeto de tratamiento por el derecho informático a través de su impacto en el derecho civil (derecho a la intimidad de las personas, protección de datos personales, responsabilidad, derechos de autor, etcétera), en el derecho económico y del trabajo (automatización bancaria e industrial, proyección laboral, etcétera.), en el derecho penal (nuevos comportamientos delictivos y perfiles diversos del delincuente), y en el derecho procesal (como consecuencia de la informatización de la justicia, el desarrollo del documento electrónico, etcétera), sin perjuicio de otros temas considerados interdisciplinarios (contratos, garantías, seguros, etcétera).

⁽³³⁾ PEREZ LUÑO Antonio Enrique, Manual de informática y derecho, *cit.*, pp. 18 y 43 y ss.

⁽³⁴⁾ GUIBOURG Ricardo A. et al, Manual de informática jurídica, *cit.*, pp. 15 y ss. y 217 y ss.

⁽³⁵⁾ FALCON Enrique M. ¿Qué es la informática jurídica?" *cit.*, pág. 132 y ss.; y Héctor Ramón PEÑARANDA QUINTERO - "La relación Derecho-Informática como asignatura para juristas e informáticos", en VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Montevideo, 1998), p. 953 y ss.

⁽³⁶⁾ DELPIAZZO Carlos E. et al, Introducción a la informática jurídica y al derecho informático, *cit.*, pp. 97 y ss; y DELPIAZZO Carlos E. Información, informática y derecho, *cit.*, pp. 40 y ss.

Prescindiendo de su consideración en relación a las distintas ramas tradicionales del derecho, también se ha delimitado el contenido del derecho informático a través de la inclusión de temas tales como la protección de datos, la protección jurídica del software y de las bases de datos, la contratación por medios electrónicos, el comercio electrónico, la transferencia electrónica de fondos, los delitos informáticos, la prueba y la documentación electrónicas.⁽³⁷⁾

Por mi parte, pienso que el objeto inmediato del derecho informático es la actividad informática en general, y que por ende, en su horizonte mediato aparece la información, que es objeto del afín derecho de la información. Teniendo en cuenta las múltiples implicaciones económicas, sociales, culturales y políticas de la informática que requieren forzosamente un correlato normativo, el derecho informático constituye la respuesta abarcativa a dichas implicaciones como manifestación específica y especializada de la técnica jurídica de organización de la vida social.⁽³⁸⁾

V. EL DERECHO TELEMÁTICO

1. Delimitación

De acuerdo con el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la Convergencia (1987), la misma se caracteriza por "la capacidad de diferentes plataformas de red de transportar tipos de servicios esencialmente similares o la aproximación de dispositivos de consumo tales como el teléfono, la televisión y el ordenador personal", de modo que la sociedad de la información es el resultado de la convergencia tecnológica de los sectores informático y de las telecomunicaciones.⁽³⁹⁾

Se trata de una porción del ordenamiento jurídico consecuencial a la aludida convergencia tecnológica y, por ende, su nacimiento debe ubicarse en los últimos años del siglo XX.⁽⁴⁰⁾

⁽³⁷⁾ DAVARA RODRIGUEZ Miguel Ángel, Manual de derecho informático, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 25 y ss.

⁽³⁸⁾ DELPIAZZO Carlos A. Derecho de la informática y las telecomunicaciones, en XXIX Curso de Derecho Internacional, O.E.A., Washington, 2003, pp. 411; y El derecho ante las telecomunicaciones, la informática e Internet", en anuario derecho informático, F.C.U., Montevideo, 2003, tomo III, p. 41 y ss.

⁽³⁹⁾ LLANEZA GONZALEZ Paloma, Internet y comunicaciones digitales, Bosch, Madrid, 2000, pág. 18.

⁽⁴⁰⁾ DELPIAZZO Carlos E. et al. Lecciones de derecho telemático, . *cit.*, p. 7 y ss.

Como bien se ha destacado,⁽⁴¹⁾ no se pueden aplicar soluciones domésticas para la solución de problemas planetarios: "Políticos, intelectuales, educadores, hombres de negocios, profesionales y, en general, todos aquellos que toman decisiones necesitan ser conscientes del impacto profundo del empleo de las nuevas tecnologías en la organización de nuestras vidas. No se puede gobernar de espaldas a la sociedad digital; antes bien, conviene gobernar para que ésta crezca de la manera más armónica posible, evitando nuevos desajustes y desigualdades, de los que nacerían inevitablemente conflictos y violencias".

Es necesario construir un nuevo derecho. Su calificación como telemático deriva de la aplicación de la expresión "telemática", la cual fue inicialmente usada por los autores del informe presentado en 1978 al entonces presidente de Francia, Valery Giscard d' Estaing, y publicado ese mismo año bajo el título de "La informatización de la sociedad",⁽⁴²⁾ para designar la imbricación creciente de los computadores y de las telecomunicaciones.

El nuevo símbolo lingüístico tuvo rápida fortuna, siendo ampliamente difundido a partir de 1980⁽⁴³⁾ y abriendo camino hacia la construcción de un novedoso modelo de sociedad signado por lo que se ha dado en llamar la "utopía telemática".⁽⁴⁴⁾

Hoy, el horizonte telecomunicativo resulta inconmensurablemente expandido por las "autopistas de la información" que surcan el planeta constituyendo la red de redes en la que la televisión, la telefonía y los computadores convergen para transmitir sonido, imagen, datos y textos a través de líneas telefónicas, fibras ópticas, cables submarinos y enlaces satelitales. Esta realidad augural de un mundo diferente no es sólo un producto tecnológico sino que nos sitúa ante una problemática jurídica nueva y diferente cuya regulación y estudio bien pueden reunirse bajo el rótulo de derecho telemático.⁽⁴⁵⁾

2. Caracteres

⁽⁴¹⁾ CEBRIAN Juan Luis, *La red*, Taurus, Madrid, 1998, p. 39 y ss.

⁽⁴²⁾ NORA Simon et al. *La informatización de la sociedad*, F.C.E., México, 1980, p. 29 y ss.

⁽⁴³⁾ SERVAN SCHREIBER Jean Jacques, *Desafío mundial*, Plaza & Janes, Barcelona, 1982, p. 243 y ss.

⁽⁴⁴⁾ FROSINI Vittorio, *Informática y derecho*, Temis, Bogotá, 1988, p. 129 y ss.

⁽⁴⁵⁾ DELPIAZZO Carlos E. *El derecho telemático: respuesta a la convergencia tecnológica*, en VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Lima, 2000), p. 54 y ss.; "Regulación de Internet", en anuario "Derecho Informático" (F.C.U., Montevideo, 2001), tomo I, p. 71 y ss.; "Hacia un Derecho Telemático: el desafío de la regulación de Internet", Conferencia pronunciada en el VIII Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho (México, 21 al 25 de noviembre de 2000); y "Características y desafíos del nuevo Derecho Telemático", Conferencia pronunciada en el II Congreso Internacional sobre Derechos y Garantías en el Siglo XXI (Buenos Aires, 25 al 27 de abril de 2001).

A partir de la descripción formulada precedentemente, es posible esbozar los principales rasgos que perfilan este nuevo derecho emergente.

En primer lugar, es fácil constatar que el origen y el desarrollo del derecho telemático se encuentran asociados a la espectacular evolución de las Telecomunicaciones⁽⁴⁶⁾ potenciadas por la Informática en los últimos años, singularizada por la globalización, el cambio tecnológico y la reestructuración de los servicios.

En segundo lugar, el derecho telemático está determinado por el dinamismo de las telecomunicaciones como sector de la economía, el cual se encuentra hoy en un proceso de transición desde el monopolio hacia la competencia en materia prestacional⁽⁴⁷⁾. En efecto, hasta comienzos de los años ochenta, en general existía en cada país un único operador, titular para su demarcación territorial de un derecho exclusivo para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones organizado en base a dos modelos fundamentales,⁽⁴⁸⁾ a saber:

a) El llamado modelo de los P.T.T. ("Post, Telegraph and Telephone"), en virtud del cual la regulación, gestión y financiación de las telecomunicaciones, consideradas como un servicio de titularidad estatal, se encomiendan a un organismo estatal, y

b) El modelo de los Estados Unidos, donde las telecomunicaciones no se consideran como un servicio a cargo del Estado, sino como una actividad librada a la iniciativa privada, aunque fuertemente regulada y controlada por aquél.

En tercer lugar, como lógica consecuencia de lo que viene de decirse, el derecho telemático "combina el ánimo liberalizador con el mínimo común denominador de una regulación necesaria e imprescindible".⁽⁴⁹⁾ Tal liberalización obedece a tres causas fundamentales:

a) Tecnológicas, ya que la digitalización de la información conduce a la multifuncionalidad de los operadores, de modo que ya no es necesario tener diversos tipos de

⁽⁴⁶⁾ U.I.T. Informe sobre el desarrollo mundial de las telecomunicaciones, Ginebra, 1994, p. 11 y ss.

⁽⁴⁷⁾ CASTILLA Adolfo, Economía y regulación en las telecomunicaciones, en A.A.V.V. Derecho de las telecomunicaciones, La Ley-Actualidad S.A., Madrid, 1997), p. 869 y ss.

⁽⁴⁸⁾ CREMADES GARCIA Javier, El derecho de las telecomunicaciones en Europa y España", en A.A.V.V. Derecho de las telecomunicaciones., *cit.*, p. 9 y ss.

⁽⁴⁹⁾ ESTEVEZ RODRIGUEZ, José Francisco, El derecho europeo de las telecomunicaciones, en A.A.V.V. Derecho de las telecomunicaciones" *cit.*, p. 182 y ss.

información con códigos distintos que dan lugar a terminales y redes de transmisión diferentes puesto que hoy se transmite por cualquier tipo de red todo tipo de información;

b) Económicas, ya que las telecomunicaciones, que en los años sesenta eran consideradas el tejido nervioso de las sociedades avanzadas, a partir de los ochenta constituyen su sistema circulatorio y son consideradas el motor de las economías modernas, y

c) Políticas, ya que el desvanecimiento de las fronteras nacionales para las comunicaciones a distancia y la reconducción del concepto de servicio público han aparejado un nuevo enfoque del sector.

En cuarto lugar, contrariamente a lo que podría inducir a pensar el señalado proceso de liberalización, la disciplina de la telemática debe reputarse principalmente de derecho público⁽⁵⁰⁾ y con una fuerte presencia del Derecho internacional en su desenvolvimiento⁽⁵¹⁾ en función del escenario globalizador de nuestros días. Sin embargo, ello no debe ocultar la importancia del Derecho privado en el ciberespacio.⁽⁵²⁾

En quinto lugar, fácil resulta inferir de los caracteres precedentemente enumerados, que el derecho telemático es por demás novedoso -en rigor, naciente- y carente de institucionalidad suficiente, tanto a nivel interno de cada Estado como en el ámbito regional e internacional.

Finalmente, es inocultable el carácter global de este nuevo derecho, que habrá de desarrollarse en base a la cooperación entre todos los actores del mundo telemático.

3. *Contenido*

Si el nuevo derecho telemático es el derecho de la red de redes resultante del aludido "matrimonio de la informática y las telecomunicaciones", su objeto no puede ser otro que la atención, en perspectiva jurídica (positiva y científica) de la convergencia tecnológica.

⁽⁵⁰⁾ DE LA QUADRA SALCEDO Tomás, "Telecomunicaciones y Derecho público", en A.A.V.V. - "Derecho de las Telecomunicaciones" cit., pág. 131 y ss.

⁽⁵¹⁾ JIMENEZ DE ARECHAGA Eduardo et al. Derecho internacional público, F.C.U., Montevideo, 1996), tomo III, p. 385 y ss.

⁽⁵²⁾ DE MIGUEL ASENSIO Pedro Alberto, Derecho privado de Internet, *cit.*, p. 99 y ss.

Ahora bien, el ámbito de dicha convergencia es lo que se ha designado como el "ciberespacio", caracterizado como el "lugar sin lugar"⁽⁵³⁾ o "un microcosmos digital en el que no existen fronteras, distancias, ni autoridad centralizada",⁽⁵⁴⁾ lo que plantea un fuerte sacudón al derecho tradicional, sustentado en soberanías de base geográfica.

Lo propio de esta realidad es que "las personas pueden entrar o salir con extrema facilidad de esta dimensión que denominamos ciberespacio y que coexiste con el mundo físico o real. Esta facilidad para que el hombre pueda entrar y salir, y pasar del mundo real al virtual casi sin esfuerzo alguno -como en una puerta giratoria- es lo que lo hace realmente asombroso y lo que produce un enorme impacto en el derecho y en las relaciones jurídicas".⁽⁵⁵⁾

Siendo así, la primera cuestión que se plantea es si estamos en presencia de un Derecho impuesto con valor universal o consensuado. Dicho de otra manera, se trata de la cuestión de la heterorregulación frente a la autorregulación.⁽⁵⁶⁾

Básicamente, el gran desafío consiste en pensar qué reglas rigen las relaciones en el ciberespacio, qué jurisdicción puede actuar en él y cómo se resuelven los conflictos generados allí y, al mismo tiempo, cómo se resuelven en el mundo real los cambios y el impacto que se producen a causa o como consecuencia de la existencia de ese "continente" donde pasan tantas cosas importantes.⁽⁵⁷⁾ Tal es el contenido del derecho telemático, que deja espacio para la autorregulación de determinados aspectos a través de reglas de conducta uniformes o decisiones (en su mayoría técnicas) adoptadas por entidades que tienen por objeto el funcionamiento y desarrollo de las actividades en el ciberespacio.

En la práctica, la atención se ha centrado en buena medida en la prevención y represión de contenidos ilícitos en Internet (pornografía, abuso de menores, apología de actividades delictivas, incitación al racismo, piratería informática, etc.) en tensión con la tutela de la libertad de expresión, el derecho de acceso y el derecho a la información. Asimismo, la globalización de las relaciones jurídicas plantea cuestiones tales como la determinación del

⁽⁵³⁾ DELPIAZZO Carlos E. Adecuación del derecho a la necesidad de la firma electrónica", en Derecho e informática, Depalma, Buenos Aires, 200), vol. 7, p. 113.

⁽⁵⁴⁾ PEREZ LUÑO Antonio Enrique, Internet y el derecho", en Rev. Iberoamericana de Informática y Derecho, Mérida, 1998, número 19-22, p. 722.

⁽⁵⁵⁾ LYNCH, Horacio M, La incierta naturaleza de Internet", en Derecho e Informática, Depalma, Buenos Aires, 2001, vol. 7, p. 50.

⁽⁵⁶⁾ CARRASCOSA Valentín, La regulación jurídica del fenómeno informático, en Rev. Iberoamericana de Derecho Informático, Mérida, 1998, número 19-22, p. 39 y ss.

⁽⁵⁷⁾ LYNCH Horacio M. La incierta naturaleza de Internet, *cit.*, p. 55.

órgano competente para resolver controversias, las reglas jurídicas aplicables y la eficacia transnacional de las decisiones al respecto.⁽⁵⁸⁾

En rigor, según se ha destacado, "la mayor parte de los conflictos de intereses y relaciones que tienen lugar en Internet plantean cuestiones análogas a otras ya conocidas fuera de este medio y vinculadas especialmente a la innovación tecnológica... No puede extrañar, en consecuencia, que exista una gran variedad de normas estatales aplicables para dar respuesta a las necesidades de regulación asociadas a Internet y que el punto de partida en la regulación de las actividades que tienen lugar a través de la red sea el recurso a las normas vigentes en el mundo real".⁽⁵⁹⁾

Es así como caminamos hacia un ordenamiento jurídico global que, sin desconocer el derecho preexistente, parece sustentarse en la cooperación más que en las soberanías, para atender los problemas del mundo intangible -por oposición al físico- que deriva de la convergencia telemática.

Si bien el ciberespacio no implica la ausencia total de regulaciones,⁽⁶⁰⁾ la determinación y aplicación de las normas jurídicas reviste particular complejidad como consecuencia de su vocación extraterritorial.⁽⁶¹⁾

Al respecto, calificada doctrina ha destacado con claridad que "todo nuestro derecho tradicional ha mirado siempre hacia la geografía para funcionar, pero lugar y sitio en Internet parecen significar muy poco. Las preguntas que estamos acostumbrados a formularnos son: ¿Cuándo y dónde ocurrió el perjuicio? o ¿Dónde se perfeccionó la relación entre las partes? Entonces: ¿Con qué reemplazar estos conceptos de ubicación geográfica en Internet? Es muy difícil responder desde el derecho tradicional a este y otros interrogatorios, que se resumen centralmente en qué ley aplicar y, por ende, qué jurisdicción elegir, cuando la ubicación no geográfica de Internet está presente?"⁽⁶²⁾

⁽⁵⁸⁾ DE MIGUEL ASENSIO Pedro Alberto, Derecho privado de Internet, *cit.*, p. 82 y ss.

⁽⁵⁹⁾ DE MIGUEL ASENSIO Pedro Alberto, Derecho privado de Internet, *cit.*, p. 88 y 89.

⁽⁶⁰⁾ PEREZ LUÑO Antonio Enrique, Internet y el derecho, en Rev. Iberoamericana de Informática y Derecho (Mérida, 1998), N° 19-22, p. 722.

⁽⁶¹⁾ FRAUSTO LINARES Horacio, Regulación del Internet en VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Montevideo, 1998), p. 501 y ss.

⁽⁶²⁾ BRENNAN Ramón Gerónimo, Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley", en Derecho e Informática (Depalma, Buenos Aires, 2001), vol. 7, pág. 39.

Desde un planteo ortodoxo, se ha propuesto que "Internet, lejos de ser un espacio virtual desgajado de cualquier ordenamiento jurídico nacional, es un sistema de redes interconectadas que une millares de ordenadores del mundo entero, en que se prestan servicios de información y de comunicación entre usuarios, sujetos que desarrollan actividades muy diversas, las cuales habrán de ser reguladas bien mediante leyes materiales o sustantivas, o bien mediante normas conflictuales de derecho internacional privado"⁽⁶³⁾ en base a las cuales se determine la norma aplicable y la jurisdicción competente.

Profundizando en la cuestión, se han planteado tres caminos:⁽⁶⁴⁾

a) La unificación de elección de reglas legales;

b) La unificación de una ley sustantiva aplicable al ciberespacio, y

c) El reconocimiento de Internet como una jurisdicción distinta con tribunales internacionales especiales.

Por lo que refiere específicamente a la cuestión de la competencia judicial, se ha observado "una tendencia de las jurisdicciones estatales a adoptar medidas de cesación del alcance territorial respecto de actividades en Internet, en particular para garantizar la tutela en el foro de derechos de propiedad industrial o la prohibición de comercializar determinados bienes por Internet".⁽⁶⁵⁾

VI. PERSPECTIVAS

Una mirada sobre el camino recorrido que se proyecte hacia adelante compromete a los operadores del derecho a construir bases firmes para el desarrollo del derecho emergente.⁽⁶⁶⁾

Para ello será necesario no perder de vista tres aspectos fundamentales, a saber:

a) No desvirtuar su rol facilitador y de garantía;

b) Cimentar su crecimiento en los principios generales de derecho, y

⁽⁶³⁾ VARGAS GOMEZ-URRUTIA Marina, Conflictos de leyes y de jurisdicción en el ciberespacio, en VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Lima, 2000), p. 144 y ss.

⁽⁶⁴⁾ BRENNIA Ramón Gerónimo, Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley, *cit.*, p. 41 y ss.

⁽⁶⁵⁾ DE MIGUEL ASENSIO Pedro Alberto, Derecho privado de Internet, *cit.*, p. 96.

⁽⁶⁶⁾ DELPIAZZO Carlos E. et al y María José VIEGA - "Lecciones de Derecho Telemático" (F.C.U., Montevideo, 2009), tomo II, p. 7 y ss.

c) No perder de vista la centralidad de la persona humana ante la globalización.

En primer lugar, como lo he destacado años atrás,⁽⁶⁷⁾ innecesario resulta señalar que el Derecho, como ordenamiento de la vida social y como ciencia, no puede estar al margen de la transformación de la realidad producida por el vertiginoso desenvolvimiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

El tratamiento electrónico de la información y su automatización mediante el computador ha posibilitado que la información se haya convertido en una nueva forma de energía, de poder y de producción. A la vez, la posibilidad de su comunicación a distancia prácticamente sin limitaciones de espacio y tiempo, ha potenciado el contacto directo entre las personas a cualquier hora y en cualquier parte del mundo.

Frente a esa realidad global, desde el punto de vista jurídico, es preciso que el nuevo derecho asuma un papel facilitador de la incorporación de nuevas tecnologías en la vida social, el cual puede concretarse a través de un doble curso de acción: removiendo obstáculos por una parte, y promoviendo o estimulando la innovación por otro.

En tal sentido, es preciso dismantelar exigencias normativas provenientes de otras épocas y que impiden el desenvolvimiento de las nuevas tecnologías y su uso por la sociedad. Así, a vía de ejemplo, la exigencia del soporte papel para determinadas actuaciones y negocios impide la informatización de la administración y el intercambio de bienes y servicios entre las personas a través de Internet.

Además, cabe al nuevo derecho un papel de estímulo o fomento que no es novedoso en el ámbito público, concretándose en la promoción de actividades y conductas consideradas valiosas sin emplear la coacción.⁽⁶⁸⁾

Por eso, el rol estimulador se materializa principalmente a través de la aplicación de incentivos, tanto psicológicos (como la difusión o propaganda oficial) cuanto honoríficos (como los premios, diplomas y similares), jurídicos (como las preferencias), económicos (sean

⁽⁶⁷⁾ DELPIAZZO Carlos E. et al. ¿Hacia dónde va el derecho de Internet?, en anuario "Derecho informático," F.C.U., Montevideo, 2004, tomo IV, p. 247 y ss.; y DELPIAZZO Carlos E. y VIEGA María José, Lecciones de derecho telemático, *cit.*, p. 73 y ss.

⁽⁶⁸⁾ DELPIAZZO Carlos E. Estímulos a la inversión en A.A.V.V. Régimen administrativo de la actividad privada, F.C.U., Montevideo, 1990, p. 45 y ss; e Incentivos legales para el desarrollo de la biotecnología", en Rev. Derecho de la Alta Tecnología, Buenos Aires, 1994, Año IV, número 67, p. 1 y ss.

éstos tributarios, crediticios o de otro tipo) y técnicos (como el asesoramiento o la capacitación).

Junto a su papel facilitador, corresponde al nuevo derecho un rol de garantía frente a los riesgos y amenazas que plantea el nuevo escenario globalizado de Internet, en el que nuestras comunicaciones pueden ser espiadas, nuestra navegación ruteada por terceros desconocidos y nuestra intimidad agredida de mil formas.

Es aquí como se inserta y adquiere nueva dimensión el concepto de seguridad, la cual no puede lograrse en el mundo virtual (intrínsecamente intangible) del mismo modo y a través de los mismos instrumentos que la seguridad proveniente del mundo preinformático (sustentado en lo tangible).⁽⁶⁹⁾

En segundo lugar, sabido es que en todo sistema jurídico hay cantidad de reglas jurídicas de gran generalidad, verdaderamente fundamentales, en el sentido de que a ellas pueden vincularse, de un modo directo o indirecto, una serie de soluciones expresas del derecho positivo a la vez que pueden resolverse, mediante su aplicación, casos no previstos, que dichas normas regulan implícitamente.⁽⁷⁰⁾ Se trata de verdaderos cimientos que cumplen la triple función de servir como criterio de interpretación de las normas escritas, de colmar las lagunas o vacíos normativos, y de constituir el único medio de asegurar un mínimo de unidad al sistema normativo.

Si en todos los campos del derecho el papel de los principios generales de derecho es trascendente, ello es especialmente cierto en el ámbito de un derecho novedoso, con vocación de universalidad y en formación requerido de piezas arquitecturales del ordenamiento, cuya manifestación se verifica fundamentalmente a través de la práctica aplicativa del derecho y del desarrollo de la ciencia jurídica, lo que conduce asimismo a revalorizar en la especie a la jurisprudencia y a la doctrina como fuentes relevantes del derecho.⁽⁷¹⁾

En tercer lugar, la brújula que ha de guiar la construcción del edificio jurídico del derecho informático y de su desgajamiento, el derecho telemático, ha de ser la persona humana

⁽⁶⁹⁾ DELPIAZZO Carlos E. El principio de seguridad jurídica en el mundo virtual, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2007), Año VI, número 11, p. 7 y ss., y en anuario "Derecho Informático" (F.C.U., Montevideo, 2007), tomo VII, p. 25 y ss.

⁽⁷⁰⁾ DELPIAZZO Carlos E. Recepción de los principios generales de derecho por el derecho positivo uruguayo", en Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Netbiblo, La Coruña, 2008, p. 607 y ss.; y "Derecho administrativo uruguayo, Porrúa - UNAM, México, 2005, pp. 12 y 13.

⁽⁷¹⁾ DELPIAZZO Carlos E. et al. Derecho telemático, *cit.*, p. 73 y ss.

como centro de todo el sistema jurídico, tanto nacional como internacional, frente a la globalización masificadora.⁽⁷²⁾

En tal sentido, el principio personalista consiste en la afirmación de la primacía del hombre⁽⁷³⁾ tanto en su dimensión individual como social, material y espiritual, sustentada en su eminente dignidad⁽⁷⁴⁾ y manifestada en el respeto, tutela y garantía debidos a los derechos fundamentales que, al menos en el papel, todos los Estados reconocen y se obligan a garantizar.

⁽⁷²⁾ DELPIAZZO Carlos E. Dignidad humana y derecho, *cit.*, p. 27 y ss.

⁽⁷³⁾ SOTO KLOSS Eduardo. La primacía de la persona humana, principio fundamental del derecho público chileno, Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real, F.C.U., Montevideo, 1996, p. 507 y ss.

⁽⁷⁴⁾ GROS ESPIELL Héctor. La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos", CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - "Dignidad Humana" (Universidad de la República, Montevideo, 2003, p. 9 y ss.; y CAGNONI José Anibal, La dignidad humana. Naturaleza y alcances", en Rev. de Derecho Público, Montevideo, 2003, número 23, p. 11 y ss.