

## **"Revolución Informática con Independencia del Individuo"**

### **SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO INFORMÁTICO**

Arturo LABASTIDA CONTRERAS

**SUMARIO:** I. *Ontopraxiología del derecho informático.* II. *Respecto de las grandes divisiones del ordenamiento jurídico.* III. *Determinación de la naturaleza jurídica del derecho informático en función del bien jurídico tutelado.*

#### I. Ontopraxiología del derecho informático.

*Ubi societas, ibi jus.* Donde hay sociedad hay Derecho, en función de ello el Derecho más que originador de sociedades es producto social según la sociología contemporánea; en el caso del derecho informático esta verdad no puede ser mas cierta, máxime cuando la sociología jurídica y las tendencias de interpretación jurídica reconocen el impacto que las revoluciones científicas y tecnológicas han producido en el orden jurídico, pues el desarrollo acelerado de la revolución científica, a lo largo de sus períodos, constituye uno de los factores , de los rasgos y de los componentes centrales de la época contemporánea. La intensidad, la velocidad y la profundidad de sus tendencias y efectos se hacen sentir en mayor o menor grado sobre todos los niveles y aspectos de las sociedades nacionales y sobre el sistema internacional en su conjunto. El impacto multifacético de la revolución científica y tecnológica es perceptible particularmente en el plano del Estado y el derecho. La atención que los politólogos y juristas han prestado a éste fenómeno decisivo para las disciplinas y prácticas profesionales han estado sin embargo, cuantitativa y cualitativamente por debajo de la importancia del problema, sobre todo en América Latina.

La necesidad de avanzar en la exploración de tal temática, correspondiente a la revolución científica y tecnológica contemporánea, plantea ante todo los problemas del enfoque a elegir y usar, y de las categorías y niveles de análisis jurídico para entender al derecho informático como producto jurídico ínsito a esta evolución científico-tecnológica en el contexto de la globalización de la economía de mercado.

Un sistema de usos y costumbres mercantiles en el comercio internacional, han conformado de manera sustantiva la existencia del derecho *informático* con normas y principios que le son característicos, como es el de equivalencia funcional entre otras; al tenor de ello, podemos afirmar que este sistema de normas, tiene su razón de ser histórico-jurídica así como su justificación ontológica, en función de las siguientes premisas:

En primer término cual costumbre inveterada en el ámbito del comercio internacional, los comerciantes tuvieron y crearon un derecho propio, reimplantado en Europa con el renacimiento del comercio. El "derecho mercantil" era una forma de ley internacional cuyos elementos fundamentales era la facilidad con que permitía la celebración de

## *"Revolución Informática con Independencia del Individuo"*

contratos obligatorios, el acento puesto en la seguridad de los contratos, y la diversidad de mecanismos que preveía para la concesión, transmisión y recepción del crédito. A lo largo de la edad media, la aplicación del derecho mercantil a los litigios referentes al comercio se difundió a los tribunales reales, a las cortes eclesiásticas, y hasta las cortes señoriales feudales. Para el comerciante internacional, la ley mercantil era imprescindible. La Ley Mercantil al menos en teoría, se aplicaba uniformemente a los negocios entre mercaderes de todos los países. La transformación de ese derecho internacional en legislación nacional llegó a evolucionar y constituir la base jurídica del comercio internacional contemporáneo a nivel mundial, hasta nuestros días, en las que esas prácticas jurídicas, se observan como requisito indispensable en el marco de la economía capitalista mundial. Cabe agregar que diversos autores, entre ellos Henry Maine, afirman que el tránsito del feudalismo al capitalismo se logró por medio de la institución jurídica del contrato, como práctica del comercio internacional.

En segundo término, una de las características más destacadas de la economía de mercado, es la permanente revolución científico-tecnológica en el ámbito de la producción, lo cual ha devenido entre otras cosas, en el desarrollo de las tecnologías de la información, que como lo señala Alvin Toffler, esas tecnologías ponen a disposición de cualquier persona una cantidad de información incontable e inimaginable; como acontece con el internet, que permite la comunicación y el intercambio de información entre usuarios en lugares distintos.

Sin embargo sin negar lo vertido por ese autor, ello no puede entenderse escindido de la necesidad del mercado de incorporar nuevas mercancías para el público, así como la existencia de la sociedad de consumo, intrínseca a un sistema económico fincado en la libre empresa, de ahí que la información en sí misma se inserta en la dinámica de la producción capitalista, convirtiéndose así en un producto susceptible de adquirirse en el mercado, que en el marco de la civilización del consumo ha configurado, lo que autores como Javier Cremades denominan Sociedades de la Información, que dicho autor, y que se caracterizan según los creadores de este concepto, por la capacidad de sus integrantes para obtener y compartir cualquier información de modo inmediato y en cualquier lugar; dicha aseveración permite inferir que ello no es sino, reflejo de la producción industrial y de un aumento en la producción de bienes y servicios que modificó profundamente la estructura del mercado, que en el afán de expandirse allende sus fronteras, y conforme a su naturaleza se auxilia de la tecnología ahora como informática, para promover la abundancia y diversidad de productos existentes en su seno, e inducir al público consumidor a adquirir bienes y servicios, bajo el principio de que consumir implica utilizar mercancías y servicios en razón directa de las necesidades humanas, una de las cuales es entre otras la información; ello bajo la práctica de los denominados contratos telemáticos, que agilizan como no sucedió en ninguna otra época, estas grandes transacciones del comercio nacional internacional hasta crear una nueva práctica jurídica denominada comercio cibernético; de ahí la importancia de la información por medios electrónicos, como medio para lograr que dichos actos de comercio sustentados en la figura del contrato telemático, tengan mayor celeridad y contribuyan a mejorar la mecánica del andamiaje de la economía de mercado a nivel nacional e internacional. En este contexto, el derecho informático es un punto de inflexión del orden jurídico, puesto que todas las áreas del derecho se han visto afectadas por la aparición de la denominada

## ***"Revolución Informática con Independencia del Individuo"***

Sociedad de la Información, cambiando de este modo los procesos sociales y, por tanto, los procesos políticos y jurídicos, ya que hoy se puede observar que las prácticas del derecho informático, han trascendido del ámbito de los negocios privados al de la Administración Pública y las garantías individuales, a partir del uso de los medios electrónicos, para ejercer el Derecho de Acceso a la Información Pública, en el derecho electoral para el desarrollo de las jornadas electorales, el registro de votantes y la expedición de la credencial para votar con fotografía; también en el ámbito de los registros públicos donde la expedición de documentos certificados denota el principio de equivalencia funcional inherente al derecho *informático*, lo cual acontece en el Registro civil y el Registro Público de la Propiedad; en el ámbito de las relaciones entre trabajadores y patrones, con motivo de la prestación del trabajo personal subordinado, existe el legítimo interés de los empresarios de disponer de los medios electrónicos, en virtud de las ventajas que implica utilizarlos en las labores diarias, para el uso de las funciones que el trabajador debe desempeñar, ya que ello implica para el patrón el optimizar por medio de las nuevas tecnologías, el tiempo de trabajo del empleado, hacer más eficiente la jornada laboral y disminuir los costos fijos de la empresa.

En conclusión, el derecho *informático* es un producto jurídico de esta globalización de la economía de mercado; como práctica jurídica ha justificado su condición ontopraxiológica, fijando sus propios principios, en el seno de la sociedad de la información; es así una rama del derecho especializada en el tema de la informática, sus usos y aplicaciones en el ámbito jurídico, es decir un conjunto de principios y normas que regulan los efectos jurídicos nacidos de la aplicación de la informática en ese ámbito de derecho.

### **II. Respecto de las grandes divisiones del ordenamiento jurídico**

Antes de abordar el tema de la naturaleza jurídica del derecho *informático*, es necesario tener como precedente las bases teórico jurídicas de la clasificación del orden jurídico; al efecto debe señalarse, que una de las clasificaciones más discutidas y difíciles de fundamentar jurídicamente, es la que distingue dos partes principales en el derecho objetivo: derecho público y derecho privado.

Esta distinción es tradicional y nos viene del derecho romano, sin embargo, el criterio de diferenciación no se ha considerado suficientemente fundado. Por esto los juristas han ensayado constantemente nuevos criterios para formular esta división de las normas jurídicas.

Independientemente de los distintos criterios que se han adoptado y puedan acogerse para clasificar al derecho desde el punto de vista público o privado, una primera reflexión se impone en cuanto a la naturaleza misma del derecho en general, que por definición y por esencia siempre ha sido y será un conjunto de normas de indiscutible interés público.

Se nota por consiguiente la tendencia en el derecho moderno, en el sentido de negar valor a la distinción tradicional romana de derecho público y derecho privado. Sin embargo

## ***"Revolución Informática con Independencia del Individuo"***

aun cuando es difícil fundar un criterio de distinción, no obstante, en la clasificación de las diversas ramas de esos grandes sectores del derecho, la uniformidad de los autores esta de acuerdo en que las normas jurídicas relacionadas con la organización del Estado de manera directa (derecho constitucional, derecho administrativo, penal e internacional público) o indirecta (derecho procesal) son indiscutiblemente derecho público, en tanto que las reglas relacionadas con la organización de la familia y el patrimonio (derecho civil y mercantil) son también consideradas unánimemente como derecho privado. Al lado de estas ramas, existen en algunos Estados, derechos de reciente creación, el agrario, el laboral, el autoral, de protección al consumidor etc. como expresiones del denominado derecho social que según el maestro Alberto Trueba Urbina, en su obra intitulada "La Primera Constitución Político Social del Mundo", lo define como: "... el conjunto de principios, instituciones y normas que protegen, tutelan y reivindican los derechos de los que viven de su trabajo y a los económicamente débiles....".

Sin embargo, se puede concluir que las normas jurídicas por sus características sancionadoras de la conducta humana, por su destino que es regular comportamientos humanos y por el órgano que las crea que es el Estado, son de naturaleza pública.

Los juristas están de acuerdo en que en la época contemporánea, no obstante el auge de la privatización de sectores de la administración pública, aún prevalece, el fenómeno jurídico denominado publicación del derecho privado, pues de acuerdo con las circunstancias imperantes, aquellas normas que en un momento dado estaban incluidas en algún cuerpo legal considerado de derecho privado, han pasado a ocupar un lugar dentro de las del derecho público, conforme se iba acentuando la intervención estatal en determinados aspectos de la vida socioeconómica.

Esta irrupción del estado ha sido origen de múltiples discusiones acerca de la naturaleza jurídica de dichas normas que de forma poco usual y por disposición de la ley, pasan a ser tuteladas por el estado de manera directa.

En nuestro país, existen modelos notables de este fenómeno, como sucede con la legislación mercantil, en virtud del interés del estado por la actividad financiera, las inversiones extranjeras, la protección al consumidor y la minería, como acontece con las regulaciones que norman lo relativo a la ecología.

Por lo que al derecho mercantil se refiere, es única la vinculación que el derecho público, tiene con esta segunda mitad del derecho privado. Aparte de haberle expropiado significativos campos, como el derecho marítimo, que ha vuelto público, funda con él regímenes jurídicos de combinación de gran empalma. Esto último ocurre en el derecho de los bancos, en el monetario, en el derecho del comercio exterior, en el de las sociedades anónimas y cooperativas, en el fomento industrial y otros análogos, aquí se fusionan normas de derecho administrativo y normas de derecho mercantil. Es de colegirse que bajo la anterior óptica, el comercio internacional en nuestro país se regula por normas de derecho público, como parte de un régimen híbrido administrativo mercantil.

## ***"Revolución Informática con Independencia del Individuo"***

Independientemente de lo expresado debe considerarse sobre el particular, lo señalado por el Jurista Austriaco Hans Kelsen, en su obra "Teoría Pura del Derecho" respecto de las relaciones jurídicas en el derecho público y privado:

...Típico ejemplo de una relación de derecho público es la orden administrativa, una norma individual implantada por el órgano administrativo, mediante la cual el sujeto al cual la norma se dirige queda jurídicamente obligado a comportarse conforme a lo ordenado. En cambio, como relación típicamente de derecho privado tenemos el negocio jurídico, especialmente: el contrato, es decir, la norma individual producida por contrato, mediante la cual las partes contratantes quedan obligadas jurídicamente a un comportamiento recíproco. Mientras, que en este último ejemplo los sujetos obligados participan en la producción de la norma que los obliga- y en ello reside la esencia de la producción contractual del derecho-, en la orden administrativa de derecho público, el sujeto obligado no tiene participación alguna en la producción de la norma que lo obliga. Se trata del caso típico de una producción autocrática de normas, mientras que el contrato privado significa un notorio método democrático de producción de derecho. De ahí que ya la teoría más antigua designara la esfera de los negocios privados, como el dominio de la autonomía privada.

Solo aquello que se denomina derecho privado, el complejo de normas en cuyo centro se encuentra la institución jurídica del así llamado derecho de propiedad individual privado, es desde el punto de vista de la función que esa parte del orden jurídico, tiene con el contexto de la totalidad del derecho, una forma adecuada de producción de normas jurídicas individuales para el sistema económico-capitalista.

En un sistema nacional e internacional de relaciones jurídicas diversas, complejas y dinámicas, es que el derecho *informático* con los principios que le son inherentes, otorga en paralelo, celeridad con legalidad en la prosecución de tales actos jurídicos, en especial para con los efectos de derecho que en forma de obligación jurídica en su sentido más lato, producen en los sujetos que los celebran y que ahora demandan tengan verificativo a la velocidad que solo se logra en el ciberespacio; de ahí que determinar la naturaleza jurídica de este sistema de normas de derecho, solo podrá lograrse en función del bien jurídico tutelado por dicha institución jurídica del mundo contemporáneo.

### III. Determinación de la naturaleza jurídica del derecho *informático*

en función del bien jurídico tutelado.

En términos generales, bien jurídico se puede entender como el objeto de protección de las normas de derecho. El bien jurídico en el iusnaturalismo tomista y humanista, se encuentra implícito dentro del derecho natural, pues deriva respectivamente de la voluntad emanada de Dios o de la racionalidad humana. Por su parte el iuspositivismo, en el sentido de no tomar en cuenta el derecho natural, el bien jurídico es arbitrariamente fijado por el legislador, de acuerdo a su propio criterio. En la teoría Kelseniana, determinar el bien jurídico es labor del legislador, más no del científico del derecho. Convencionalmente

## ***"Revolución Informática con Independencia del Individuo"***

puede entenderse como una acción de buena fe para la protección jurídica de una sociedad; por ejemplo cuando el poder legislativo da leyes para el bien de la sociedad, como el derecho a la vivienda etc.

Es de tomarse en cuenta, que en el caso predominante del derecho público, se verifica el hecho notorio de que se relaciona con otras ciencias, ello manifestado en leyes administrativas que regulan actividades de la administración pública y de los particulares, por ello hay leyes administrativas muy técnicas llenas de conocimientos no jurídicos. Por ejemplo la Ley General de Salud, se apoya en la ciencia sanitaria, dicha ley es un típico caso de ayuda del derecho por parte de un área del conocimiento no jurídico. Hoy existen normas técnicas, expedidas por el secretario facultado por las leyes que enumeran y se publican en el Diario Oficial de la Federación con obligatoriedad.

La legislación ecológica también se caracteriza por normas técnicas que elaboran los legisladores con asistencia de los ecologistas. El derecho administrativo se relaciona con todas aquellas ciencias que proporcionan a la administración los elementos necesarios para organizar y encaminar su actividad en las diversas tareas que al Estado se encuentran encomendadas. La ciencia del derecho administrativo y este como tal, en el desarrollo de su sistema o aplicación, tiene relación con otras ciencias y con otras ramas del derecho, ya que no son fenómenos aislados e independientes.

Al tenor del anterior razonamiento jurídico, en el caso que nos ocupa, y dado que el derecho *informático*, es insito a la utilización de los medios electrónicos para entender su calidad ontológica y su teleología, será por conducto de la ciencia de la informática, lo que nos permitirá dilucidar ese bien jurídico tutelado; en ese orden de ideas podemos decir resumidamente que la informática es el sistema de técnicas que suministra el manejo vertiginoso sino automático de la información. En su sentido más genérico la información es la acción y efecto de informar o informarse; asimismo informar es enterar o dar noticia de una cosa.

En el caso que nos ocupa, nuestro objeto de conocimiento y bien jurídico a determinar, es una información específica que por su naturaleza contiene a su vez actos jurídicos, ya que pone en conocimiento situaciones de derecho de distinta índole, constituyendo así una manera de realizar esos actos con sus respectivas consecuencias en el ámbito del derecho, principalmente porque expresa la voluntad por vía telemática de aquellos quienes los celebran, como es el caso de la firma electrónica, los contratos telemáticos etc; además de que sus destinatarios por esa vía electrónica, están en conocimiento de que al recibir tal información, se vera impactada su esfera de derechos, pues una vez realizada su recepción, surte sus efectos el correspondiente acto jurídico.

Bajo este antecedente y cual binomio indisoluble, concurrirá esta información, siguiendo a Alejandro Loredó, en la categoría de *corpus mysticum*, en medios electrónicos en calidad de *corpus mechanicum*, como el bien jurídico que para el derecho informático es materia de protección de parte de las normas de derecho, todo ello partiendo del hecho conspicuo de que la información contenida en esos medios telemáticos cual continente material, es a su vez portadora de esos actos jurídicos, información con efectos de

## ***"Revolución Informática con Independencia del Individuo"***

derecho que inserta en un soporte electrónico configuran lo que algunos autores denominan como *luscibernetica*.

Así el parámetro a partir del cual se determinara su naturaleza jurídica, será en función de aquellas normas de derecho que tutelan ese bien jurídico; a guisa de aproximación, no se puede soslayar que existe una expresa regulación del derecho a la información.

La parte final del artículo 6º constitucional fue el resultado de la reforma política de 1977. La interpretación de la Corte del derecho a la información ha variado con el paso del tiempo; inicialmente consideró que se trataba de una garantía electoral a favor de los partidos, pero después amplió su criterio hasta equiparar este derecho con una garantía individual. El derecho a la información no es sino un complemento a la libertad de expresión, pues no puede opinar correctamente quien no se encuentra bien informado. En este sentido, el 11 de junio de 2002 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que es de orden público y, aun cuando no reglamente el artículo 6º constitucional, tiene—según su artículo 1º— la finalidad de “proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, ya cualquier otra entidad federal”. Al tenor de lo anterior, el artículo 9º. De dicha ley establece que las autoridades pondrán información a disposición del público “a través de medios remotos o locales de comunicación electrónica”. Esa es, pues, la forma en que las autoridades deben garantizar que los particulares accedan a ciertos datos que la ley no considera información reservada o confidencial.

Es de subrayarse que la referida Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, expresa en su capítulo primero, ordinal tercero, fracción quinta, que “Información es la contenida en los documentos que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, trasformen o conserven por cualquier título”.

Con mayor perspicuidad se expresa en relación a la información como bien jurídico, la Ley de Transparencia y Acceso a la información pública del Distrito Federal, al señalar en su artículo tercero que “Toda la información Generada, administrada o en posesión de los Entes Públicos, se considera un bien del dominio público, accesible a cualquier persona en los términos y condiciones que establece esta Ley y demás normatividad aplicable”.

Esa Ley además establece en su numeral cuarto, fracción novena que “ Información Pública es todo archivo, registro o dato contenido en cualquier medio, documento o registro impreso, óptico, electrónico, magnético, químico, físico o biológico que se encuentre en poder de los entes públicos y que no haya sido previamente clasificada como de acceso restringido”.

Citando el concepto del jurista Rafael I. Martínez Morales, dominio público es “...El sector de los bienes del estado sobre los cuales este ejerce una potestad soberana,

## ***"Revolución Informática con Independencia del Individuo"***

conforme a reglas del derecho público, a efecto de regular su uso y aprovechamiento, y de esa manera asegurar su preservación o explotación racional..”

Se puede conjeturar así que los bienes del dominio público son aquellos los cuales se pueden aprovechar en uso y disfrute de los miembros de la comunidad, responden a la satisfacción de una utilidad pública y de los cuales los particulares no pueden apropiarse.

En México los bienes del Dominio Público de la Federación tienen como características que son bienes que forman el patrimonio nacional, son usados por la comunidad y aprovechados eventualmente por esta, por lo cual son de interés general y de utilidad pública, están sujetos al régimen de derecho público, no crean derechos reales sobre los particulares pues solamente pueden usar y disponer de ellos, en los términos y condiciones que señalan las leyes, pero nunca pueden adquirir la propiedad de los mismos, son bienes fuera del comercio, es decir inalienables e imprescriptibles y sus límites son fijados unilateralmente por la Administración Pública Federal.

Es sabido dentro de la doctrina administrativa que los bienes de uso común, a que se refiere el artículo segundo de la Ley General de Bienes nacionales, se trata de aquellos que pueden usarlos todos los miembros de la comunidad con la única limitación que señalan las leyes en los casos correspondientes. También pueden ser aprovechados por los particulares, pero para ello se requiere la autorización legal correspondiente.

Es inconcuso que la información soportada en medios electrónicos, y por tanto como una de sus especies aquella que sirve de portadora de actos jurídicos, es un bien tutelado por el derecho público, es del dominio público y de uso común; esta luscibernetica es de naturaleza jurídico pública, pues a transitado de las prácticas comerciales de los particulares, a los demás ámbitos públicos del fenómeno jurídico, máxime cuando el comercio exterior cual actividad mercantil, es regulada por normas administrativas como anteriormente se expreso, de ahí que esos actos jurídicos cual actos de comercio se regulan por normas de derecho público, en consecuencia su concreción informática, es así de naturaleza pública; máxime cuando hasta este momento ninguna institución del derecho privado ha expresado en absoluto concepto alguno, sobre la naturaleza jurídica de la información jurídica soportada en medios telemáticos, pues como ya se ha indicado, esa tutela acontece por intermediación de normas de derecho administrativo.

Es inconcebible un contrato sin leyes ni jueces; cobra así relevancia el Poder Judicial, que es el que cuenta con las atribuciones necesarias para administrar justicia de manera cumplida y para mantener el equilibrio de los demás poderes. Una de las funciones más importantes del Poder Judicial de la Federación es proteger el orden constitucional. Para ello, se vale de diversos medios, entre ellos, el juicio de amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y la facultad de investigación. Cabe señalar que todos los medios señalados incluyen entre sus fines, de manera relevante, el bienestar de la persona humana.

Es de considerarse lo establecido en los artículos 8,13,14 y 18 de la citada Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, ya que inciden en los actos procesales de los particulares al interior de una litis de derecho

### ***"Revolución Informática con Independencia del Individuo"***

privado, efectivamente el Poder judicial e la Federación, deberá hacer públicas las sentencias que hayan causado estado, o ejecutoria y las partes podrán oponerse a la publicación de sus datos personales; por otra parte el reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal , dispone en sus artículo 5º y 6º del citado reglamento ,disponen que la información que tiene bajo su resguardo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura Federal y los órganos jurisdiccionales, es publica, con las salvedades establecidas en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, podrán ser consultados por cualquier persona, en los locales en que se encuentren y en las horas de labores, siempre y cuando se cumpla con los requisitos que garanticen la integridad de la documentación que contienen, los cuales serán fijados por las respectivas comisiones de transparencia; que las constancias que obren expedientes de asuntos concluidos que se encuentren en resguardo de la Suprema Corte de Justicia o de los órganos jurisdiccionales las aportadas por las partes, siempre y cuando les hayan atribuido expresamente tal característica al momento de allegarlas al juicio y que tal clasificación base en lo dispuesto en algún tratado internacional o en ley expedida por el Congreso de la Unión o la Legislatura De los Estados.

En conclusión la protección constitucional al derecho a la información, así como la regulación administrativa de la información inserta en medios electrónicos emitida y en disposición de los poderes de la unión, permite concluir que al ser un bien de uso común, la naturaleza jurídica del derecho informativo se suscribe dentro del derecho público.