

VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO

- Letrada de la Sala Constitucional
 - Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica
- Doctora en Derecho Privado y de la Empresa. Universidad Carlos III de Madrid
- Experta en Derecho Uniforme, Derecho Comunitario y Comercio Electrónico
- Redactora de los Proyectos de Ley números 19.012 y 21.183
 - vsdelcastillo@hotmail.com



Entre el *back to basics* y los nuevos paradigmas de la revolución tecnológica.

Pensamientos para la reducción de la brecha tecnológica-jurídica y la estandarización de las legislaciones: caso costarricense.

Vilma Sánchez Del Castillo

Letrada de la Sala Constitucional

Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica

Doctora en Derecho Privado y de la Empresa. Universidad Carlos III de Madrid

Experta en Derecho Uniforme, Derecho Comunitario y Comercio Electrónico

Redactora de los Proyectos de Ley números 19.012 y 21.183

vsdelcastillo@hotmail.com

Palabras clave: Comercio Electrónico, Derecho Uniforme del Comercio Internacional, Derecho Comunitario Europeo, comercio electrónico *reloaded*, mercados electrónicos, plataformas electrónicas, electronificación, uniformidad del derecho, servicios de la sociedad de la información, servicios de intermediación.

Key words: E-commerce, Uniform Law of International Trade, European Community Law, reloaded e-commerce, electronic markets, electronic platforms -e-marketplaces-, electronification, harmonization, information society services, intermediary services.

Resumen: La revolución tecnológica ya es un tema asentado a nivel práctico y, avanza cada vez con mayor velocidad dejando atrás las estructuras legales decimonónicamente dictadas para pautas tradicionales. El *back to basics* planteado, pretende concientizar a los operadores legales costarricenses de la necesidad de ajustarse al orden proveniente de los cimientos del Derecho Uniforme del Comercio Internacional, el cual, se debe acoplar con los avances del Derecho Comunitario en la materia, como punto

de partida y marco de obligado anclaje para afrontar los retos del Comercio electrónico *reloaded*.

Abstract: The technological Revolution is already a well-established matter at a practical level and advances every day at an increasing pace; it is overcoming old legal structures set up at the 19 Century on the basis of traditional perceptions. The aim of the proclaimed back to basics consists in the building among the Costa Rican legal and commercial operators of the feeling of needed adaptation to the new legal realities: the rules incardinated onto the Uniform Law of International Trade as adapted to the advances and enlargement of the European Community Law. These rules encompass the starting point and the necessary framework in order to deal with the challenge offered by the legal discipline of the reloaded e-commerce.

I. PARTICULARIDADES Y BONDADES DEL DERECHO UNIFORME. EL *BACK TO BASICS*.

Como fiel seguidora y creyente de las bondades y capacidades prácticas y atemporales del Derecho Uniforme del Comercio Internacional - DUCI-, sobre el cual, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI/UNCITRAL- nos ilustra desde hace más de 50 años estimo, indefectiblemente, que para atender de manera acertada la compleja disciplina jurídica y práctica que reviste al Derecho del Comercio Electrónico y a su fiel asociada, la revolución tecnológica, de inicio, es fundamental dominar esta disciplina.

El Derecho Uniforme en esta rama queda zanjado por medio de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL de Comercio Electrónico, que data ya del año 1995 y, que pretende, más allá del alcance del Derecho Internacional Privado, con sus normas de conflicto y fijación de la jurisdicción competente para conocer de una determinada desavenencia de carácter internacional establecer, *a priori*, cuál va a ser el fundamento legal que va a regularizar una determinada situación, erigiendo un marco

normativo de carácter uniforme, cuya interpretación también, se pretenda homogénea.

Esta referencia obliga *per se* a las partes a ajustarse a una ordenación que impida o, al menos, minimice a futuro la proliferación de conflictos -muy comunes en virtud del carácter eminentemente internacional de las transacciones electrónicas-.

El DUCI marca su ámbito de acción bajo la tutela de algunas máximas, que aún hoy, tras la aparición de la Segunda Revolución o Generación Tecnológica de la Economía, una Cuarta Revolución Industrial, una *Digital Transformation* o, como voy a decirle, un comercio electrónico “*Reloaded*” -con la nube, el auge del *Blockchain*, el fenómeno de la inteligencia artificial, la 3D, la robótica y, la incesante aparición de aplicaciones y plataformas que pretenden facilitarnos o, incluso, alterarnos la vida- sienta ese *back to basics* al trazar las líneas de acción para el desenvolvimiento del actual Derecho del Comercio Electrónico. Es decir, pese al despertar tecnológico, el comercio electrónico requerirá forzosamente y, todavía, de su auxilio y entendimiento, para arribar a un buen puerto.

Las máximas a que hago referencia son las siguientes:

a. La equivalencia funcional.

Este ápice se levanta como la capacidad reivindicatoria que coloca en un mismo nivel de eficacia y eficiencia jurídica, al documento electrónico y al sentado en soporte de papel. De esa forma, a fin que las manifestaciones de voluntad y las de ciencia y conocimiento, tengan impacto y razón de existir no solo en la práctica, sino en el ámbito legal, no se negará validez ni fuerza jurídica a las comunicaciones por el simple hecho de encontrarse en soporte electrónico.

El Derecho, principalmente, el español, con el apoyo y la inteligencia del principal creador y precursor del DUCI en el mundo, el Catedrático de Derecho Mercantil, Rafael Illescas Ortiz, introdujo en el Proyecto de Ley de

Reforma al Código Mercantil español, la noción de electrificación, que viene a establecer lo que me gusta llamar, la madurez del Derecho del Comercio Electrónico y de esa equivalencia. Reza la propuesta ibérica lo siguiente: *“Electronificación: Toda declaración o acto referido a la formación, perfección, administración, cumplimiento y extinción de los contratos mercantiles podrá efectuarse mediante comunicación electrónica entre las partes y entre estas y los terceros, salvo disposición expresa legal en contrario. 1.- Siempre que la ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico. 2.- La utilización de medios electrónicos en los contratos mercantiles ni requiere el acuerdo previo entre partes”*.

b. La inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos.

El presente axioma ordena que no deviene necesario el dictado de toda una nueva forma de disciplina jurídica, pues, en razón de la equivalencia entre las nociones de derecho que tradicionalmente se ceñían sobre las transacciones manuales y, las electrónicas, lo indispensable sería emitir normas marco o reformas específicas, para acoplar la entrada de las nuevas tecnologías al mundo del papel.

Si bien esta guía es la que más resquemores ha despertado, tomando en consideración los ya muchos cambios que la revolución digital ha levantado no solo a nivel de nomenclatura, sino, en razón de sus posibilidades prácticas y legales, es menester seguirla tomando en cuenta, aun cuando, hoy día existan temas erigidos plenamente a nivel electrónico, que por su novedad y reciente aparición, no habían sido vislumbrados en el derecho tradicional.

c. La neutralidad tecnológica.

Es la tercera guía que quiero resaltar. Predica que en razón de las constantes creaciones tecnológicas -de ayer, de hoy y de mañana- no nos podemos enlazar con una sola de ellas. Es necesario, para mantener un orden normativo actualizado, aceptar desde las tecnologías pasadas, hasta las futuras, en un ámbito neutral, que se desenvuelva en una amplitud tal, que no requiera de constantes cambios.

d. La vis expansiva.

El DUCI, en la persona del Catedrático Rafael Illescas, sienta otro aforismo. La vis expansiva. Esta máxima lo que propone es hacernos caer en cuenta que la transformación digital no sólo se acomoda en la economía, en el comercio y, en las ramas civiles y mercantiles de lo jurídico, sino que, va a abarcar a todas las disciplinas, acogiendo en su seno con las modificaciones que se requieran, a la normalización propia del Derecho Público, del Penal, del Administrativo, del Constitucional, en fin, de la materia que se nos ocurra y, además de empapar a nuestra vida cotidiana, también lo hará en cualquier profesión imaginable.

A *grosso modo*, sus fundamentos guiarán también el destino de todo lo que nos rodea, siendo que más allá de la acostumbrada mención a la *Internet of Things*, ya debemos pensar en la *Internet of Everything*.

e. Finalmente, al menos para lo que a este artículo concierne, tenemos la buena fe, como principio que proviene del derecho preexistente y, del cual, me reservaré algunos comentarios para el desenlace de este escrito.

En pleno contubernio con los principios referidos, también existen elementos objetivos y subjetivos nacidos del DUCI, que complementarán y darán forma al Derecho del Comercio Electrónico. Ellos son las nociones de: iniciador, destinatario e, intermediario, todos de un mensaje de datos y; la Internet y los sistemas de información, a los que ahora se pueden ir

agregando otros elementos, como lo podrían ser, el *blockchain*, la inteligencia artificial y, la robótica, por ejemplo.

Además, el DUCI aclara nociones tan importantes hoy día, como lo son lo que debe entenderse por escrito, firma, original, lo concerniente a la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos y las comunicaciones electrónicas, la conservación de los mensajes de datos, la formación y validez de los contratos, el reconocimiento por las partes de los mensajes de datos, la atribución de los mensajes de datos, el acuse de recibo y, el tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos. Lo dicho, solo para esbozar el contenido de la Ley Modelo de Comercio Electrónico, pero dejando abierto para su consideración que esta disciplina se encarga de dilucidar muchos más ámbitos y apartados, que no creo conveniente traer a colación acá, dada la dimensión de este estudio.

En consecuencia y, en relación con la primera parte de este escrito, nótese que en el título de este pequeño artículo aludo al *back to basics*, es decir, a la concientización de la importancia de los fundamentos del DUCI en el comercio electrónico para poder comprender, de manera cabal, la disrupción en que nos posiciona el mundo moderno.

Y es que para comprender el funcionamiento del comercio electrónico *reloaded*, resulta necesario, dominar el Derecho de la Contratación Electrónica en sus más elementales cimientos.

II. LOS NUEVOS PARADIGMAS DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL. EN BUSCA DE LA REDUCCIÓN DE BRECHAS.

“Las olas tecnológicas vienen más frecuentes y cambiantes, pero la empresa promedio de América latina es un surfador demasiado propenso a trastabillar o, peor aún, dejar pasar las mejores oportunidades del lucirse en el mar de competidores globales”

INCAE, Costa Rica

Uno de los más volátiles recursos con que cuenta la humanidad hoy día, es la tecnología, con lo cual, es imposible pensar que con solo el DUCI proclamado en la Ley Modelo de Comercio Electrónico, vaya a ser suficiente para atenderla plenamente. La aparición de sistemas como el *blockchain* y la inteligencia artificial -por mencionar solo dos-, nos provocan aún más cuestionamientos acerca de la forma en que debe erigirse este Derecho y, nos reta a implementar y complementar nuestros ordenamientos jurídicos.

Nosotros, los abogados, como curiosos/expertos/apasionados/estudiosos del derecho que rige a las tecnologías de la información, dando seguimiento a los propios prodigios que inventan y crean las tecnologías en sí, debemos cuestionarnos algo crucial: ¿en dónde estamos y hacia dónde vamos?. Esa labor no es baladí, pues, debe contener una pizca del pasado y del presente, sin dejar de tomar en consideración a las futuras creaciones tecnológicas de las que es posible, en este momento, no tengamos ni idea.

Es bien sabido que los Estados y sus organizaciones internas para normalizar o ponerse de acuerdo en algo, tienen que ajustarse a intrincados procesos burocráticos que, de más está decir, frenan el avance oportuno de la creación de cuerpos jurídicos legales que regulen, en lo que se estime necesario, el auge tecnológico; a ello, se suma que la legalidad, ni por asomo, puede transitar a la misma velocidad que lo hace la tecnología.

Los servicios de la sociedad de la información y sus respectivas plataformas, se vuelven cada vez más sofisticados y demandantes y, plantean desafíos y situaciones que nos conducen a un obligado replanteamiento de los dogmas legales y de los mapas jurídicos que hemos seguido durante tantos años y, que creíamos inescrutables.

Tan es así que, en el marco de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información que desde el año 2000 contempla la normativa comunitaria según el texto de la Directiva 2000/31, relativa a determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información y, desde el 2002, la Ley 34/2002 de España, de Servicios

de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, a 20 años de su vigencia, se está pensando incluir una reforma que se dirige a incluir a los prestadores de servicios de intermediación en un rol más activo dentro de sus funciones, a fin que no solo se vean compelidos a eliminar los contenidos que alojen provenientes de iniciadores que utilicen sus servicios hasta que se percaten de su ilicitud o de su ilegalidad, o bien, en el momento en que las autoridades administrativas y jurisdiccionales se los impongan; sino que la nueva tendencia rompedora de paradigmas, busca que estos participantes electrónicos concursen de manera proactiva y, se vean inducidos a implementar mecanismos para revisar de manera constante, tanto los contenidos que alojan en sus plataformas, como los datos que por su intermedio transiten.

Ese paso ya es casi una realidad y, los esfuerzos ya están dando frutos y fueron plasmados en los siguientes textos¹: 1) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31, y; 2) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales)². Lo dicho, como seguimiento de una de las más recientes reformas comunitarias destinadas a la implementación ágil y segura de los servicios de intermediación en línea, el Reglamento 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo

¹ Estamos en presencia de dos documentos en suma ambiciosos que, de aprobarse, serían la máxima reforma a aplicar en 20 años a las normas dirigidas a regular los mercados electrónicos. Es una acción sin precedentes que busca, entre otras cosas, uniformar el derecho, modernizarlo, adaptarlo a las nuevas exigencias tecnológicas y, combatir la presencia de contenido ilegal o perjudicial, a través de la imposición de flamantes responsabilidades, obligaciones y sanciones a los intermediarios, todo en procura de la defensa de los derechos fundamentales en línea y de fortalecer la transparencia de los servicios y la diligencia debida de los operadores.

² En esta línea normativa, no puedo dejar de mencionar el más reciente proyecto de la Unión Europea, que pretende someter el mundo de la inteligencia artificial, a través de la "Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules artificial intelligence".

sobre el fomento de la equidad y transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea³.

En lo que atañe al proyecto normativo relativo a un mercado único de servicios digitales, se comienza con una ávida reflexión: *“Desde que se adoptó la Directiva 2000/31/CE1 (la «Directiva sobre el comercio electrónico»), han aparecido nuevos e innovadores servicios (digitales) de la sociedad de la información que han transformado la vida cotidiana de los ciudadanos de la Unión y cambiado sus formas de comunicarse, conectarse, consumir y hacer negocios. Dichos servicios han contribuido en gran medida a las transformaciones sociales y económicas que se han producido en la Unión y en el mundo entero. Al mismo tiempo, esos servicios se han convertido en una fuente de nuevos riesgos y desafíos, tanto para la sociedad en su conjunto como para las personas que hacen uso de ellos. Los servicios digitales pueden coadyuvar al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible al contribuir a la sostenibilidad económica, social y medioambiental. La crisis del coronavirus ha demostrado la importancia que tienen las tecnologías digitales en todos los aspectos de la vida moderna. Ha puesto claramente de relieve que nuestra economía y nuestra sociedad dependen de los servicios digitales, así como las ventajas y los riesgos que se derivan del actual marco de funcionamiento de dichos servicios (...) Considerando lo siguiente: (1) Los servicios de la sociedad de la información y especialmente los servicios intermediarios se han convertido en una parte importante de la economía de la Unión y de la vida cotidiana de sus ciudadanos. Veinte años después de la adopción del marco jurídico vigente aplicable a dichos servicios establecido en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del*

³ En su considerando primero, esa norma sienta que: *“Los servicios de intermediación en línea son factores esenciales para el emprendimiento y los nuevos modelos de negocio, el comercio y la innovación que, a su vez, también pueden potenciar el bienestar de los consumidores y cada vez se emplean más tanto en el sector privado como en el público. Facilitan el acceso a nuevos mercados y oportunidades comerciales de modo que permiten a las empresas aprovechar las ventajas del mercado interior. Permiten a los consumidores de la Unión obtener provecho de dichas ventajas, en concreto al ampliar la gama de bienes y servicios y al contribuir a la oferta de precios competitivos en línea, pero también plantean desafíos a los que hay que hacer frente si se quiere garantizar la seguridad jurídica”.*

Consejo, han aparecido nuevos e innovadores modelos de negocio y servicios, como las redes sociales y los mercados en línea, que han permitido a los usuarios profesionales y a los consumidores comunicar información y acceder a ella, y efectuar transacciones de formas novedosas. La mayoría de los ciudadanos de la Unión utiliza ahora este tipo de servicios a diario. Sin embargo, la transformación digital y el creciente uso de tales servicios también entraña nuevos riesgos y desafíos, tanto para los usuarios a título individual como para la sociedad en su conjunto”.

Incluso, en sus prospectivos considerandos, evocó la importancia de la armonización de las legislaciones, según se colige del siguiente párrafo: *“(4) Por tanto, a fin de salvaguardar y mejorar el funcionamiento del mercado interior, debe adoptarse un conjunto específico de normas uniformes, eficaces y proporcionadas de obligado cumplimiento en el ámbito de la Unión. En el presente Reglamento se establecen las condiciones para que aparezcan servicios digitales innovadores y se expandan en el mercado interior. Es necesario aproximar las disposiciones reglamentarias nacionales en el ámbito de la Unión en relación con los requisitos aplicables a los prestadores de servicios intermediarios a fin de evitar la fragmentación del mercado interior y ponerla fin, y garantizar la seguridad jurídica, de modo que se reduzca la incertidumbre para los desarrolladores y se fomente la interoperabilidad. Si se aplican requisitos tecnológicamente neutros, la innovación no debería verse obstaculizada sino estimulada”.*

De la lectura de las anteriores citas, se vislumbra: 1) la innegable necesidad de armonizar el Derecho en esta disciplina, y; 2) que resulta menester compatibilizar las normas existentes, con las demandas del mercado digital moderno y sus nuevos participantes.

Sé que este foro está dirigido principalmente al caso costarricense y, tal vez, a América Latina. Pero lo que ha de quedar claro es que en estas materias, no existen fronteras, lo que provoca que la disparidad de culturas, legislaciones y, puntos de vista, prevalezcan. A nivel europeo y, a lo que a España concierne, con el soporte que brinda la Unión Europea y la cantidad

de Estados que colaboran en el pensamiento normativo que rige y, regirá a futuro, los mercados electrónicos, llegamos a un vértice indiscutible. La calidad de sus normas, tanto las transpuestas como las que entren directamente a regir en su ordenamiento interno como leyes europeas -caso de los Reglamentos Comunitarios-, aparte de ser uniformes, son por mucho superiores a las que surgen en América Latina.

A eso, se suma que la aplicación de la normativa comunitaria gozará de una riqueza interpretativa jurídica innegable, al provenir de las distintas jurisdicciones que engrosan los países miembros del entorno comunitario y, de la existencia de Tribunales Europeos.

De ahí que, sería conveniente que países como los nuestros para progresar y estrechar las brechas que nos separan del continente europeo, tomáramos nota de la experiencia del DUCI, lo compatibilizáramos con las propuestas y normas comunitarias -incluyo en este apartado la experiencia de potencias como los Estados Unidos de Norteamérica-, con el cometido de acceder de manera adecuada y segura al mercado internacional electrónico. ¿Para qué?, para reducir la brecha normativa y tecnológica que nos separa y, permitir que los operadores legales establecidos en Costa Rica ingresen a esos mercados extranjeros de manera competitiva y en respeto de la legalidad que nos imponen.

Lo recomendado tiene, incluso, una incidencia práctica, que no solo abarca el harto conocido espectro “alargado” de aplicación del Reglamento (EU) 2016/679, relativo a la protección de datos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, que conmina hasta a los prestadores de servicios no establecidos en el entorno comunitario. Las flamantes propuestas también lo hacen sin tapujo alguno, lo que demuestra el fuerte escrutinio al que están sometidos los prestadores

de servicios de la sociedad de la información -en todas sus modalidades- de nuestras latitudes⁴. Esto es solo el principio.

III. PODRÍA EL DERECHO DIRIGIRSE A UNA ENCRUCIJADA Y CAER EN UN FIN APOCALÍPTICO EN EL ÁMBITO DE LA ELECTRÓNICA? RECOMENDACIONES.

Desde el momento en que las transacciones electrónicas no respetan las fronteras de las naciones, pulula la disparidad de las legislaciones y de las idiosincrasias nacionales, las tecnologías avanzan de forma imparable y a veces impredecible, crece el desconocimiento de los operadores legales hacia sitios práctica y jurídicamente inexplorados, aumenten los vacíos y las lagunas legales, nos encontremos ayunos de mecanismos internacionales capaces de satisfacer las exigencias de la Cuarta Revolución Industrial y, residamos en un mundo donde el Derecho Internacional Privado ya no se prevé como una solución viable o suficiente, deviene necesario crear un nuevo trazado que nos conduzca a la mejor solución posible.

De ahí que, ante el “vaticinio” de un futuro un tanto apocalíptico para nuestra economía y sus homólogas latinoamericanas y, lo mismo para su mundo normativo, propongo una serie de soluciones que, estimo, podrían favorecerlos.

⁴ Además de extender el ámbito de aplicación a los prestadores e intermediarios no domiciliados en la Unión Europea, se crean nuevas figuras e intervinientes. Para su conocimiento, el Proyecto de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales, en su primer precepto, de aprobarse, dirá: “**Artículo 1 Objeto y ámbito de aplicación .1. El presente Reglamento establece normas armonizadas sobre la prestación de servicios intermediarios en el mercado interior. En particular, establece: a) un marco para la exención condicionada de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios; b) normas sobre obligaciones específicas de diligencia debida adaptadas a determinadas categorías específicas de prestadores de servicios intermediarios; c) normas sobre aplicación y ejecución del presente Reglamento, por ejemplo, en relación con la cooperación y coordinación entre autoridades competentes. 2. El presente Reglamento tiene los siguientes fines: a) contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios; b) **establecer unas normas uniformes para crear un entorno en línea seguro, predecible y confiable**, en el que los derechos fundamentales consagrados en la Carta estén efectivamente protegidos. 3. **El presente Reglamento se aplicará a los servicios intermediarios prestados a destinatarios del servicio que tengan su lugar de establecimiento o residencia en la Unión, con independencia del lugar de establecimiento de los prestadores de dichos servicios.** 4. El presente Reglamento no se aplicará a ningún servicio que no sea un servicio intermediario ni a ningún requisito que se imponga al respecto de un servicio de esa índole, con independencia de si el servicio se presta mediante el uso de un servicio intermediario” (el resaltado es nuestro). Juzguen ustedes mismos.**

Las recomendaciones a este respecto, serían las siguientes:

a. La uniformidad y homogeneidad de las legislaciones. Mi mundo ideal.

“Las incompatibilidades jurídicas y técnicas son las dos causas principales de dificultades en la utilización transfronteriza de los métodos de firma y autenticación electrónicos, en particular cuando su finalidad es sustituir una firma legalmente válida. Las incompatibilidades técnicas son las que afectan a la interoperatividad de los sistemas de autenticación. Las incompatibilidades jurídicas pueden surgir cuando las leyes de los diferentes ordenamientos estipulan diferentes requisitos en cuanto a la utilización y la validez de los métodos de firma y autenticación electrónicos (...) El riesgo que distintos países adopten criterios legislativos diferentes en relación con las firmas electrónicas exige disposiciones legislativas uniformes que establezcan las normas básicas de lo que constituye en esencia un fenómeno internacional, en el que es fundamental la armonía jurídica y la interoperabilidad técnica”.

Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firmas electrónicas. CNUDMI/UNCITRAL, 2009.

Uno de los objetivos a perseguir es lograr que en el mundo se maneje un lenguaje común, de talante electrónico, donde la nomenclatura sea de uso general y de conocimiento de sus operadores. También, que lo tocante a las ordenanzas sobre protección y tratamiento de los datos de carácter personal, terceros de confianza, servicios intermediarios, derechos y deberes de los cuales gocen las partes que participan en las transacciones electrónicas, derecho de consumo, derechos humanos como prerrogativas de cuarta o quinta generación -sin ánimo de ser excluyente en mis menciones-, se estandaricen.

Esa precisamente ha sido la meta del DUCI desde hace más de 50 años. Misión cuyo valor no puede ser negado ni desconocido, pues, a través de convenciones internacionales, leyes modelo y guías jurídicas, que han favorecido la incorporación de sus atestados a los órdenes internos de gran cantidad de naciones, no ha hecho más que beneficiarnos y abastecer a muchos países en vías de desarrollo, de órdenes jurídicos de avanzada.

Pensemos esto. Si todos habláramos y entiéramos un lenguaje común -entiéndase uniforme-, en un tema donde la nota preponderante es y, siempre será, su carácter internacional y el rompimiento de fronteras, no dudo que viviríamos en un sistema más organizado, menos complejo, complaciente y, con pocos o limitados conflictos, dudas y resquemores. En este espacio quimérico que propongo, ya ni siquiera sería necesario el Derecho Internacional Privado.

Voy más allá. Noten ustedes que en este universo de la homogeneidad, no estoy proponiendo necesariamente que los países y las naciones nos unamos en un Estado supranacional, para nada. Simplemente, creo que el mundo debería marchar en esta materia bajo un mismo norte, en el que los países más desarrollados y avanzados colaboren con los que nos encontramos en vías de desarrollo, para que esa brecha digital y legal que nos separa, desaparezca o, al menos, se reduzca.

Pero bueno, esta solución de equidad no se encuentra alejada de la realidad. Ya la Unión Europea la ha puesto en práctica y, ha funcionado. Es acá donde resaltan las Directivas comunitarias y los Reglamentos europeos -y las flamantes propuestas- traídos a colación en este pequeño ensayo. Además, el mundo de la autorregulación y de los códigos de conducta, grandes aliados en el tema de la electrónica, han sido de gran soporte.

b. Reglas varias.

Hace al menos 20 años uno que otro visionario, como en su momento lo fue Santiago Muñoz Machado, habló de tres posibilidades

regulatorias enrumbadas al sistema de información conocido con el nombre de Internet, la red de redes.

La primera, proponía que este ámbito debía permanecer inescrutado, sometido a su natural desenvolvimiento en un ambiente de libertad plena y, de libre circulación de ideas y mensajes.

La segunda, se decantaba por normar algunos extremos que se previeran de interés, a fin de brindar un flujo adecuado y continuo entre la prestación de servicios y, la protección de los usuarios de la red.

Por último, la tercera propuesta, sugería la necesidad de crear un régimen jurídico extremo, que contuviera cualquier posibilidad de abuso en el uso de las tecnologías de la información.

Con el paso de los años y, con los cambios y quebrantos sufridos por el principio de inalteración del derecho preexistente, podemos decir que ya tenemos un panorama un poco más prístino, que ha ido evolucionando en un vaivén de prueba y error que ha provocado la reforma, derogación, evolución y, cuestionamiento de muchas de las reglas primigenias vertidas para este ámbito⁵. Con esa base ya impuesta, será más sencillo determinar los parámetros que podrían o, deberían, ser incorporados en nuestro sistema normativo.

Pasando a otra idea, hay que tener mucho cuidado con la doble regulación, es decir, con la expedición de reglas contenidas en varios cuerpos legales que, al final de cuentas, pretendan normar lo mismo de manera diferente. Este tema se ha presentado como una constante en nuestra legislación.

Otra circunstancia a tomar en cuenta es que con la expedición de este tipo de ordenaciones debemos, en lo posible, brindar un cierto estatus de libertad al desenvolvimiento tecnológico, en la plataforma que se presente -principio de neutralidad tecnológica-.

⁵ En el actual punto no quiero dejar de mencionar que la única disciplina que ha permanecido incólume en el tiempo, con apenas alguna variación o modernización, lo ha sido la del DUCI; lo que no es otra cosa que prueba fiel de su calidad y consistencia.

Asimismo, en el caso de países que en la actualidad no gocen de marcos legales suficientes en esta disciplina -como lo es el nuestro-, recomiendo acogerse a las prédicas del DUCI, mismas que han sido, con éxito, sometidas a prueba por más de 25 años, superando con creces las expectativas que imagino, pudieron haber vaticinado sus creadores -acá incluyo a la Ley Modelo de Documentos Electrónicos Transmisibles de la CNUDMI/UNCITRAL de 2017-.

No omito pronunciarme también en esta línea, sobre la imperativa necesidad de apuntalar nuestros esfuerzos regulatorios, basándonos en la normativa ya vigente y en las nuevas propuestas de índole comunitario.

c. Valorar la capacidad de los mecanismos de autorregulación.

Los códigos de conducta devienen herramientas básicas en la sostenibilidad y desarrollo de los servicios de la sociedad de la información, en especial, en un mundo donde las plataformas y los mercados a los que pertenezcamos –piénsese en las plataformas en línea, como los mercados y las redes sociales- nos convierten, a nosotros, los seres humanos, en habitantes de una comunidad virtual que, si bien debe respetar el orden público y las normas dispositivas de los Derechos internos, se rigen por sus propias reglas y, hasta contienen sus propios mecanismos de solución de controversias.

d. La confianza: a propósito de la buena fe, como fiel expresión del principio sobre inalteración del derecho preexistente obligaciones y contratos.

Finalmente, quisiera agregar estos pensamientos que la modernidad nos conduce a transitar por caminos que antes no habíamos considerado. En este punto quiero retomar el principio del DUCI que predica la buena fe.

La buena fe, proviene nada más y nada menos que del principio de inalteración del derecho preexistente y, en los tiempos que corren, ha

adquirido una transcendencia impactante que nos reta a nosotros, a todos, como usuarios de las tecnologías de la información, a dejarnos caer en manos de las bondades y beneficios del entorno digital.

Les comento. Hace casi 10 años -este vórtice no se ha resuelto-, surgían una gran cantidad de dudas e inconsistencias en la utilización de las firmas electrónicas, a raíz de la disparidad de ordenaciones jurídicas y los problemas en el reconocimiento de las rúbricas electrónicas extranjeras, a tal punto que la CNUDMI/UNCITRAL publicó un excelso y revelador texto titulado “Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firmas electrónicas”, del cual, se extrajo una cita textual para ilustrar uno de los acápites previos.

Dentro de uno de sus apartados, se hizo referencia a la confianza y, en ese sentido se estatuyó lo que de seguido se transcribe: *“Aunque una firma manuscrita es una forma habitual de “autenticación” y sirve para documentos de transacción que cambian de manos entre partes conocidas, en muchas situaciones comerciales y administrativas una firma es sin embargo relativamente insegura. La persona que confía en el documento no suele disponer de los nombres de las personas autorizadas a firmar ni de especímenes de sus firmas a efectos de comparación. Esta situación es especialmente cierta en el caso de muchos documentos en los que se confía en países extranjeros en operaciones comerciales internacionales. Incluso cuando existe un espécimen de la firma autorizada con fines de comparación, tan solo un perito podrá detectar una falsificación bien hecha. Cuando se tramita un gran número de documentos, a veces ni siquiera se comparan las firmas, salvo cuando se trata de operaciones muy importantes. La confianza es uno de los elementos básicos de las relaciones comerciales internacionales”*.

De nuevo, la sapiencia de la CNUDMI/UNCITRAL salta a la vista. La electrónica, a parte de sus implicaciones y evocación de la distancia entre las partes que la utilizan, muchas veces brinda más seguridad a las

transacciones que se gestan por su intermedio, que sus homólogas del papel.

La práctica y el paso del tiempo, llevaron a la Unión Europea a dictar el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y, los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el Mercado Interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

Dicho entramado, en suma técnico y complejo, crea la disciplina jurídica que va a girar sobre los prestadores de servicios de confianza, los sellos electrónicos y de tiempo y, las firmas electrónicas.

Sin embargo, se debe tener presente que de manera paralela a iniciativas como la mencionada, la tecnología nos está conduciendo a otros rumbos y, acá menciono la idea esbozada por la profesora Teresa Rodríguez de las Heras Ballell. Pese a que es inevitable requerir la intervención de los terceros de confianza, ahora, convivimos en ecosistemas que predicán que los propios participantes de la electrónica, es decir, los servicios intermediarios, se involucren y coadyuven en la generación de la confianza, sin necesidad, muchas veces, de acudir al auxilio de esos otros prestadores de servicios de confianza. Este hecho magnifica el principio de buena fe.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Las posibilidades que la vida nos da en este siglo, son infinitas y, debido al auge electrónico, difíciles de predecir.

En mi criterio, lejos de mostrar miedo y limitar nuestro actuar virtual, debemos disfrutar de los regalos que la modernidad nos facilita, desplegándonos como lo hacemos siempre y, en el mundo real, con cautela.

Resulta aconsejable que los legisladores, gobernantes y los actores comerciales, abran sus mentes y faciliten la inserción de normas nacionales

basadas en el DUCI y en las reglas internacionales testadas a través de los años, para evitar caer en una separación que en algún punto, fortalezca y haga crecer aún más, la brecha digital-jurídica que ya separa el ordenamiento jurídico costarricense, de otras normalizaciones.

Desde mi experiencia, puedo decir que la regulación y expedición de una Ley Marco sobre Comercio Electrónico, conteniendo las menciones al DUCI y a normalizaciones de avanzada, como la comunitaria y la española, es lo ideal.

Pienso entonces, cómo es posible que a estas alturas, muchos se estén cuestionando la inserción a nuestro marco regulatorio de aspectos legales propios de la primera generación de la economía digital -sean, los fundamentos básicos del DUCI-, cuando ya los retos nos están llevando a otras dimensiones.

En este punto de constante inflexión cuestionémonos todos, sobre todo, la realidad que nos abarca y, dirijamos nuestros esfuerzos a renovar de manera decidida el ordenamiento costarricense. Plaguemos nuestro derecho de DUCI y, remocémoslo con las prescripciones del Derecho Comunitario que se requieran.

Les aseguro que con esta simple receta, nuestro país logrará postularse como un referente a nivel regional -sino internacional-, en lo que a la normativización de los mercados digitales atañe.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL de Comercio Electrónico. (1996).

Proyecto de Ley de Reforma al Código Mercantil español (2014).

Reglamento 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el fomento de la equidad y transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea

CNUDMI/UNCITRAL, 2009

Ley Modelo de Documentos Electrónicos Transmisibles de la
CNUDMI/UNCITRAL (2017)

Reglamento (UE) 910/2014. Parlamento Europeo y del Consejo
(2014)

TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN
DIGITAL

Edición 8/1, Octubre 2021
Costa Rica